

El *lawfare* en América Latina y su impacto en la vigencia de los derechos humanos

Libro de Actas
de las I Jornadas Internacionales
“Desafíos en el campo
de los derechos humanos”

CABA, 2 y 3 de diciembre de 2021



El *lawfare* en América Latina y su impacto en la vigencia de los derechos humanos

Libro de Actas
de las I Jornadas Internacionales
“Desafíos en el campo
de los derechos humanos”



ISBN: 978-987-8338-59-0

El *lawfare* en América Latina y su impacto en la vigencia de los derechos humanos.

Libro de Actas de las I Jornadas Internacionales "Desafíos en el campo de los derechos humanos"

1^{ra} edición - Diciembre de 2022

Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329, C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Directora Nacional: María Luz Laici

Coordinación de Ediciones SAIJ: Laura Pereiras

Diseño gráfico: Gabriela Fraga

Equipo editorial: Bernardo Bomaggio - Marlene Chauchard - Sergio Fernández - Maricruz Gareca

Laura Godoy - María Florencia Heredia - Gustavo Justich - Matías Longarte

Correo electrónico: ediciones@saij.gob.ar

Las ponencias presentadas en portugués se publican en su idioma original.

El contenido de esta publicación expresa solo la opinión de sus autores, y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Esta publicación se encuentra disponible en forma libre
y gratuita en: <http://www.bibliotecadigital.gob.ar>

Los artículos contenidos en esta publicación son de libre reproducción
en todo o en parte, citando la fuente.

Distribución gratuita. Prohibida su venta.

Autoridades nacionales

Alberto Ángel Fernández

Presidente de la Nación

Cristina Fernández de Kirchner

Vicepresidenta de la Nación

Martín Ignacio Soria

Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Juan Martín Mena

Secretario de Justicia

María Luz Laici

Directora Nacional del Sistema Argentino
de Información Jurídica

Horacio Pietragalla Corti

Secretario de Derechos Humanos

Nicolás Rapetti

Director Nacional
de Coordinación Estratégica

Equipo de Coordinación

Andrea Copani

Directora Nacional de Gestión de Fondos Documentales
del Archivo Nacional de la Memoria

Mara Palazzo

Integrante de la Dirección Nacional de Coordinación Estratégica

ÍNDICE GENERAL

página

Mesa 1. *Lawfare*: una agenda de investigación

<i>Lawfare</i> : el derecho como la guerra por otros medios. <i>Carlos Rivera Lugo</i>	23
<i>Lawfare</i> : interdependencia armada y autoridad artificial penetrante. Una conceptualización desde el <i>smart power</i> . <i>Rafael Britto Londoño</i>	35
El <i>lawfare</i> y su trayectoria en América Latina: antecedentes y alcances del concepto. <i>Silvina M. Romano</i>	53
<i>Lawfare</i> y neofascismo en América Latina una aproximación. <i>Roberto Ruiz Blum</i>	65

Mesa 2. Los efectos de la criminalización de la política

Criminalización de la política. Hacia el fin de la convivencia democrática. <i>Santiago Giménez y Nayla Santisteban</i>	73
---	----

Mesa 3. Concepto de *lawfare* en la Teoría Constitucional y Política

Constitución y teoría constitucional frente al <i>lawfare</i> y la judicialización de la política. <i>Jorge Francisco Cholvis</i>	85
<i>Lawfare</i> : antítesis de un estado democrático de derecho. <i>Ana María D'Ávila Lopes</i>	101
Uso y abuso del <i>lawfare</i> en Chile: el caso del Tribunal Constitucional chileno. <i>Felipe Paredes</i>	113

¿El derecho en México es un tema sujeto a negociación? <i>Mabel Iraís Sánchez Martínez</i>	125
---	-----

La recuperación histórica del <i>lawfare</i> y los caminos trazados por el fenómeno en América Latina. <i>Martonio Mont'alverne Barreto Lima y Thaís Araújo Dias</i>	139
--	-----

Mesa 4. *Lawfare* y tendencias regulatorias neoliberales

La justicia penal como un actor político relevante en la región. <i>Lourdes Compagnucci, Gustavo Coppini, Daniel Ballistreri, Constanza Gigena, Lucas Cisafulli y Cristina Emilce García Lucero</i>	151
--	-----

<i>Lawfare</i> e mecanismos de proteção do estado democrático de direito brasileiro: análise do projeto de lei 2108/2021. <i>Rômulo Monteiro Garzillo y Gabriel Guratti do Nascimento</i>	165
--	-----

Democratización de la justicia penal y <i>lawfare</i> . <i>Gustavo Coppini, Lourdes Compagnucci y Leticia Lorenzo</i>	185
--	-----

Mesa 5. *Lawfare*, el camino al neoliberalismo y el retroceso en Derechos Humanos

La deuda pública como mecanismo de coerción geopolítico. <i>Daniel Ignacio Arce</i>	199
--	-----

El rol de la Constitución Nacional en la implementación del modelo neoliberal. <i>Martín Erdmann Mc Donald</i>	213
---	-----

Extractivismo de los bienes comunes en las ciudades, poder económico y derechos humanos. Análisis de un caso en Santa Fe Capital. <i>María Fernanda Frangella</i>	235
--	-----

El <i>lawfare</i> contra los sindicatos y la clase trabajadora. <i>Marcelo José Ferlin D'Ambroso</i>	251
---	-----

Colombia. El sistema judicial y su rol legitimador del actuar represivo del Estado frente a la protesta social iniciada el 28 de abril del 2021. <i>Pablo Garcíarena</i>	271
---	-----

<i>Lawfare</i> no Brasil contemporâneo: dispositivos de governamentalidade bio-necropolítica. <i>Roberta Silveira Zanetti y Adalberto Antonio Batista Arcelo</i>	283
--	-----

Mesa 6. Lawfare y judicialización de la política. Antecedentes históricos para pensar el presente

- La judicialización de la política en tiempos de neoliberalismo. Política, Justicia y medios de comunicación en la Argentina de Cambiemos.
Pablo Martín Giurleo 299
- La función judicial, sus crisis y transformaciones desde una perspectiva gubernamental. *Marianela Molinier* 313

Mesa 7. Lawfare: la guerra jurídica con fines ilegítimos

- El caso de la Túpac de Mendoza.
Virtudes Della Santa..... 331
- Del Terrorismo de Estado al Lawfare: los laberintos del juridismo neoliberal.
Foa Torres Jorge Gabriel y Selouma Shams 345
- Aportes al entendimiento del lawfare y los procesos de transformación del sistema de administración de justicia.
Nicolás Macchione..... 355

Mesa 8. Ingreso y remoción de jueces y fiscales: buscando garantías para no repetición de lawfare

- ¿Es posible elegir a los fiscales por voto popular? ¿Es posible limitar los mandatos de los jueces? *Manuel Alejandro Marañón*..... 375
- El Lawfare: una herramienta marginal de la política.
Jorge Eduardo Auat y César Raúl Sivo 381
- Análisis cuanti y cualitativo de las remociones de magistrados (y procesos de destitución) en el periodo 2015-2019.
Joaquín Tomás Raña..... 385
- Causales de remoción de jueces y fiscales.
Mario Alberto Portela..... 399
- O instituto do juiz das garantias como mecanismo de combate ao lawfare e proteção de direitos humanos.
Lina Martins Rezende y Osmar Pires Martins Junior..... 401

Mesa 9. Reformas imprescindibles para mejorar la administración de justicia

La reversión del <i>lawfare</i> como punto de partida imprescindible para cualquier reforma judicial. <i>José Schulman</i>	413
Justicia para la gente. <i>Christian José Fabio</i>	419
Reforma en la Corte Suprema de Justicia de la Nación. <i>José Massoni</i>	423
Reforma del Consejo de la Magistratura. <i>José Massoni</i>	427
La democratización del Poder Judicial. Necesidad de Apertura a la Sociedad y Resistencias del Sistema - El fallo en la causa Rizzo de la CSJN. <i>Ricardo Sasson</i>	431

Mesa 10. *Lawfare* y sindicalismo. Los trabajadores y las trabajadoras como actores/as necesarios/as para detener el *lawfare* en Latinoamérica

La acción sindical y el pleno ejercicio de los derechos laborales de las trabajadoras y los trabajadores del Poder Judicial, Ministerio Público Fiscal y Ministerio Público de la Defensa de la Nación como condición indispensable para desarticular la Guerra por la Vía Judicial (<i>Lawfare</i>) en el Poder Judicial de la Nación. <i>Itati Cruciani</i>	445
Reforma judicial feminista para detener el <i>lawfare</i> . <i>María Eugenia Cassani</i>	449
Por un Poder Judicial democrático, igualitario y al servicio del pueblo. <i>María Tránsito Urueña Russo</i>	457
"La mafia de los juicios laborales". El fuero laboral argentino como enemigo de la política económica en tiempos de neoliberalismo. <i>Andrés Murad y Federico Adler</i>	465

Mesa 11. Impacto del *lawfare* en el Poder judicial y reformas necesarias

"Cómo elegir un juez aliado". <i>Yvonne Blajean Bent</i>	477
El rol de la CSJN en tiempos de <i>lawfare</i> ¿Qué Corte Suprema necesita Argentina para contrarrestar el <i>lawfare</i> y afianzar los derechos humanos? <i>Marcelo Andrés Maisonnave</i>	491
Una reflexión sobre el acceso a la justicia, la defensa pública y las demandas sociales en el marco del <i>Lawfare</i> . <i>Claribel Lingjardi</i>	503

La incidencia del proceso de selección de jueces en el <i>Lawfare</i> . Necesidad de su reforma. <i>Antonella P. Chiarrello y Laurina V. Ciarpella</i>	517
<i>Lawfare</i> y narcotráfico: la construcción del Cartel de los Soles por EE.UU. <i>Fernando Casado Gutiérrez</i>	527
Reforma judicial en Argentina, un paso necesario para prevenir las prácticas de <i>Lawfare</i> . <i>Alejandro Tomás</i>	537
Poder Judicial y reforma constitucional en Argentina: antesala para contrarrestar el fenómeno de la guerra jurídica. <i>Fausto Marchiaro</i>	551
A importância da dimensão política da accountability social do Judiciário brasileiro para a democratização da justiça e para a superação do modelo de gestão do serviço judicial. <i>Claudia María Barbosa</i>	565
El <i>lawfare</i> desde los procesos colectivos. <i>Joaquín Benavidez</i>	577

Mesa 13. La colonización del sistema de justicia: la llamada Mesa Judicial en la era macrista. Complicidades en el intento de consolidación de una hegemonía

<i>Lawfare</i> y Democracia. Sus implicancias en el ejercicio de Derechos Humanos: algunas consideraciones en torno a su tipificación penal. <i>Mariana Catanzaro</i>	585
El <i>lawfare</i> como fuerza legitimante de un gobierno. Responsabilidad del Poder Judicial en su desarrollo. <i>Guillermo Francisco Torremare</i>	591
El caso AMIA. <i>Luis Kon</i>	595

Mesa 15. Propuestas normativas

La revisión de las decisiones ilegítimas en el marco del <i>lawfare</i> . <i>Maximiliano Rusconi</i>	609
---	-----

Mesa 16. *Lawfare* y democracia en América Latina

El <i>Lawfare</i> como mecanismo de reorganización de la geopolítica latinoamericana. Apuntes a propósito del caso ecuatoriano. <i>Javier Calderón Castillo</i>	625
--	-----

Judicialización de la política y bloqueo político: el caso del “Proceso” de la Revolución Ciudadana en Ecuador. *Virgilio Hernández Enriquez*..... 641

Lawfare como herramienta del poder hegemónico en América Latina: el caso argentino en el período 2014-2019 (en proceso).
Ornella G. Condori 657

Mesa 17. El *Lawfare* como estrategia regional: los casos de Brasil, Argentina, Ecuador y Bolivia al debate

Lawfare e Erosão democrática no Brasil.
Marcelo Ribeiro Uchôa y Gisele Ricobom 667

El uso estratégico del derecho frente a la Guerra Integral contra Venezuela.
Sonia Boueiri Bassil..... 677

Notas sobre la movilización de octubre, un absurdo jurídico y la guerra de exterminio contra los correístas. *Virgilio Hernández Enriquez*..... 693

El *lawfare* estadounidense como herramienta de control de recursos naturales: la Operación Lava Jato en Brasil y el caso Petrobras.
Larissa Liz Odreski Ramina y Lucas Silva De Souza 707

Lawfare e Danos Sociais no impeachment de Dilma Rousseff em 2016.
José Carlos Moreira Da Silva Filho y Lia Raquel Sousa Rabelo Fernandes 723

Guerra jurídica en el golpe de Estado boliviano del año 2019: una problemática pasada por alto. *Fausto Marchiaro*..... 739

Da Lava-Jato ao desastre socioambiental na Bacia do Rio Doce: as similaridades entre o *lawfare* e a rough justice aplicada ao caso Samarco. *Manoela Carneiro Roland, Tchenna Fernandes Maso y Felipe Fayer Mansoldo*..... 749

Brasil: poder Econômico, Maçonaria, Igreja e Guerra Jurídica.
Sebastião Rodrigues Gonçalves 765

Mesa 18. El tablero geopolítico de la guerra judicial en América Latina

Dimensión geopolítica del *lawfare*. *Franco Metaza*..... 785

La tarea encomendada al Consejo Consultivo: cumplida y a la espera de las propuestas normativas. *Alessandra Minnicelli*..... 799

Examen de la validez de los TBI y del CIADI. La recuperación de la soberanía legislativa y jurisdiccional de los pueblos de Latinoamérica y el Caribe. <i>Eduardo Barcesat</i>	809
Proyecto de convencionalidad y tipificación como delito del <i>lawfare</i> . <i>Eduardo Barcesat</i>	827
Nueva arquitectura constitucional. Metodología y pautas. <i>Jorge Francisco Cholvis</i>	831
La utilización de declaraciones de imputados incentivados para la construcción de una hipótesis acusatoria fiscal. El caso de la "Ley del Arrepentido" en Argentina. <i>Juan Martín Villanueva</i>	847
<i>Lawfare</i> y misoginia judicial en la provincia de Buenos Aires. <i>María Eugenia Mercado</i>	855
El <i>Lawfare</i> : ¿novedad o arribo a destino? <i>Tomás Angel Pérez Bodria</i>	861
<i>Lawfare</i> no Banco dos Brics. <i>Jonnas Esmeraldo Marques de Vasconcelos</i>	869
Influjo psíquico: entretelones de la teoría con la que condenaron a Rafael Correa. <i>Jorge Vicente Paladines</i>	889
El <i>lawfare</i> y la reconfiguración de la integración latinoamericano-caribeña. <i>Aránzazu Tirado Sánchez</i>	897

Mesa 19. El *lawfare* como dispositivo de colonialidad de poder en Argentina, Bolivia y Brasil

La construção discursiva do ódio como justificação social do <i>lawfare</i> . <i>Ramiro Carlos Humberto Caggiano Blanco (USP)</i>	907
Avá-Guarani, Direitos Humanos Vulnerabilidade. <i>Ademir Ava Iju y Feliciano Sobre Aui</i>	929
Direitos Humanos e Vulnerabilidade. Avá-Guaranis na Região de Fronteira. <i>Sebastião Rodrigues Gonçalves</i>	945
O <i>lawfare</i> no Brasil contemporâneo e a diferença colonial: da intransitividade dos processos justransicionais à sedimentação da bio-necro-política. <i>Adalberto Antonio Batista Arcelo y Lucas de Alvarenga Gontijo</i>	963

Mesa 20. Convencionalidades y tipificaciones necesarias a nivel regional para impedir la guerra judicial en América Latina

Constitución-Justicia- <i>Lawfare</i> . Una nueva construcción de sentido. <i>Maria Virginia Cafferata</i>	975
La violencia política de género y el <i>lawfare</i> en Nuestra América. <i>Paola Renata Gallo Peláez y Andrea Vlahusic</i>	979
Los medios como confabulación. <i>Aníbal Filippini</i>	989

Mesa 21. La criminalización de la protesta como medio para la persecución y prisionización de opositores: el caso Jujuy

Red Internacional por la Libertad de Milagro Sala. <i>Jorge Garcia Orgales</i>	1003
Red Internacional por la Libertad de Milagro Sala. <i>Jorge Garcia Orgales</i>	1023
Jujuy como laboratorio de la tortura legal. <i>D'Arcy Martin</i>	1035

Mesa 22. *Lawfare*: criminología mediática y criminología influencer

El <i>Lawfare</i> como mecanismo de los medios masivos de comunicación concentrados para mantener su <i>statu quo</i> . <i>Juan Esteban barile</i>	1053
Una noche de barbarie: el golpe de Estado en Bolivia en 2019 y la construcción mediática del "otro". <i>Silvina Alejandra Manguía</i>	1067
Definición sin negación. Apuntes de criminología cautelar con base en el golpe de Estado en Bolivia o breve manual para definir situaciones sin colaborar con una masacre. <i>Rodrigo F. Videla</i>	1075
El <i>lawfare</i> latinoamericano frente al espejo del <i>mani pulite</i> . <i>Mariano F. Iguera y César Murúa</i>	1087
Los medios de comunicación. Técnicas de control y su incidencia en el proceso penal. <i>Gastón Sagretti</i>	1105

Persecución judicial, garantías penales y opinión pública: un análisis sobre las causas judiciales contra Cristina Fernández de Kirchner durante el período 2015-2019. *Nayla Santisteban* 1123

El *lawfare* como golpe por goteo. Un análisis desde la criminología crítica sobre democracia, sistema penal y medios en Latinoamérica. *Valeria Vegh Weis* 1133

Mesa 23. El rol de los medios de comunicación concentrados en la estrategia regional de *lawfare* contra los movimientos populares. Estudio de casos

Lawfare y medios hegemónicos al servicio del poder fáctico: la estrategia de desinformación, la construcción del relato y la construcción de sentidos del diario La Nación en el caso de Amado Boudou. *Julieta Galera* 1165

Revisitando la trazabilidad del caso Qunita. *Gustavo Bulla* 1181

Octubre de 2019: medios, represión y *lawfare* en Ecuador. *Werner Vásquez Von Schoettler y Isabel Ramos Ávila* 1195

Los espectros de Nisman. *Susana Martins y Daniel Rosso* 1211

Relatos mediáticos y persecución judicial como estrategia electoral. El *lawfare* argentino sobre "dólar futuro". *Pablo Gasloli y Susana Sel* 1225

Coronavirus, opinión pública y derechos humanos. *Gilberto Paulino de Araújo, Roselei Camargo da Silva, Kenia Teixeira Santos y Alessandro Rezende da Silva* 1239

La mediatización de la movilización social en Colombia. Descripción de caso del Paro Nacional 2021. *Luis Daniel Botero Arango* 1249

Los medios de comunicación hegemónicos, pieza clave en el triunfo del *lawfare* y sus consecuencias electorales. El caso de Ecuador. *Palmira Chavero* 1263

La mirada ibérica sobre las *Fake News* de América Latina. Fenomenología de un paisaje medial. *Julián García Labrador* 1281

Los medios hegemónicos y la causa AMIA: instrumentos del *Lawfare*. *Horacio Lutzky* 1291

El plan de cooptación del sistema judicial entre diciembre de 2015 y diciembre de 2019. *Luis Emanuel Amadeo y Bruno Bagnarelli* 1311

Mesa 24. Hacia una comunicación y criminología de tácticas de resistencia. Desubjetivar el discurso disciplinante hegemónico

Diacronía mitificante. <i>Daniel Isidro Polischuk</i>	1323
El señuelo fascinante de la violencia. <i>Sebastián Rodrigo Andrade y Noelia Soledad Luque</i>	1339
Prisionera de la ciencia, el patriarcado y el artefacto mediático de dominación: caso Soraya. <i>Germán Córdoba</i>	1347

Mesa 25. Poder económico y *lawfare* de cuello blanco

Legalidad fraguada y disputas del capital durante la última dictadura militar corporativa concentrada y sus continuidades en democracia: el caso de funcionarios civiles de la CNV y BCRA contra empresarios en la causa "Banco de Hurlingham". <i>Walter Bosisio</i>	1363
Delitos de cuello blanco, grupos económicos e impunidad. <i>Daniel Cieza</i>	1373
El caso Blaquier: el <i>lawfare</i> al servicio del poder económico. <i>Emiliano Agostino</i>	1381
Del lava jato a los Cuadernos de las Coimas. Ataque a líderes populares y desvalorización de empresas nacionales. <i>Daniel Cieza y Rodolfo Spaventi</i>	1395
"Poder económico y <i>lawfare</i> ": el plan de cooptación del sistema judicial entre diciembre de 2015 y diciembre de 2019 desde el oligopolio mediático. <i>Emanuel Desojo</i>	1401
El <i>lawfare</i> como respuesta de autoinmunidad a los delitos de los poderosos. <i>Martín Ertola Navajas</i>	1409
<i>Lawfare</i> , Neoextrativismo e conflicto nas terras indígenas: o aymarazo e o caso Walter Aduviri. <i>Marcus Vinicius Porcaro, Nunes Schubert y Larissa Liz Odreski Ramina</i>	1415
<i>Lawfare</i> : las transformaciones de las herramientas neoliberales de dominación y su impacto social. <i>Gabriela Álvarez Santos, Alejandro Medici y Juan Cruz Vallefin</i> ...	1431
El <i>lawfare</i> como mecanismo de disciplinamiento laboral: el caso de metrodelegados. <i>Lucio Alberto Vallefin</i>	1447

Mesa 26. Inteligencia y disciplinamiento político en América Latina: una mirada desde la segunda mitad del siglo XX hasta la actualidad

Lawfare, servicios de inteligencia y geopolítica: un enfoque regional, estratégico y prospectivo.

Ana Rodríguez Pros 1455

Mesa 27. Servicios de inteligencia y dispositivos de proscripción en la cultura política Argentina

Procesos de subjetivación y estrategias colectivas de resistencia por la Memoria, la Verdad y la Justicia.

Ana María Careaga..... 1467

Servicios de Inteligencia, formas de control y dominación en América Latina y tecnología. Espionaje y debilitamiento de las instituciones democráticas.

María Rosa Gomez..... 1473

Inteligencia, planificación del genocidio y responsabilidad del Estado.

Gabriela Sosti 1477

Violencia de Estado, dispositivos jurídicos y ejercicio de los derechos humanos.

Guillermo Francisco Torremare 1483

Mesa 28. Comunicación, *lawfare* y discursos de odio: disputas de sentidos y democracia

Patricia Bullrich sobre las vacunas: discurso político, fake news y judicialización de la política.

Marianela Daraio y Sofía De Marziani 1487

Aparato mediático y Poder Judicial. Estrategias y herramientas discursivas al servicio del *lawfare*.

Alvaro Aberastegui Grigioni, Claudia Castro Terina y Noelia Carranza..... 1501

Comunicación y democracia: mapeo de las tradiciones del campo en la región.

Analía Eliades y Natalia Ferrante 1511

Lawfare: la batalla contemporánea contra los populismos de izquierda.

Gisele Rodríguez y Eva Wetzel 1525

Mesa 29. Lex Mercatoria y *lawfare*: la estrategia para mantener en el poder a los gobiernos funcionales al autoritarismo de mercado

La ideología desarrollista, la captura corporativa y la necesidad de un derecho internacional desde abajo.

Andressa Oliveira Soares y Manoela Carneiro Roland 1535

Guerras jurídicas (*lawfare*), contextos y pre-textos.

Manuel E. Gándara Carballido 1545

Mesa 30. Guerras jurídicas y regresividad en materia de DESC en América Latina

El deterioro de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) por aplicación de medidas coercitivas unilaterales contra Venezuela.

Sonia Boueiri Bassil 1559

Salud pública y pandemia en los límites de acción del Estado. Un ejemplo desde Argentina.

Liliana Beatriz Costante 1575

Mesa 1

Lawfare: una agenda de investigación

Carlos Rivera Lugo

Rafael Britto Londoño

Silvina M. Romano

Roberto Ruiz Blum

CARLOS RIVERA LUGO*

***Lawfare*: el derecho como la guerra por otros medios**

El uso original del concepto *lawfare* por los australianos John Carlson y Neville Yeomans, en 1975, se dirige esencialmente a la identificación de la limitación estructural que es consustancial al derecho mismo, por lo menos en su acepción occidental y burguesa: su naturaleza adversativa, instrumental y mercantil. Se trata de un derecho estadocéntrico caracterizado por un proceso adversativo de solución de conflictos con una lógica de suma cero –para que uno gane, otro tiene que perder–, lo que impide toda posibilidad de justicia. En su lugar, según Carlson y Yeomans, se reproduce no la paz social sino un orden de batalla: “El *lawfare* sustituye la guerra y se combate con palabras en lugar de espadas”. Ante ello proponen que se potencie en la alternativa otro modo de solución de conflictos y de regulación social que esté basado en una normatividad comunitaria y consensuada (Carlson & Yeomans, 1975).

Efectivamente, el derecho no tiene otra historia que la que le imprime el orden civilizatorio capitalista, cuya economía política, atravesada por unas relaciones sociales conflictuales, constituye su matriz normativa. En una sociedad de clases, el derecho ha constituido siempre una arma para hacer la guerra –es decir, el *lawfare*– por otros medios: palabras, leyes y procesos judiciales adversativos y acusatorios, lo que a su vez tiene efectos constitutivos de un tipo particular de subjetividad.

Esta comprensión acerca de las limitaciones inescapables del horizonte jurídico burgués no era algo nuevo. Desde Marx, la cuestión acerca de qué es verdaderamente el fenómeno jurídico no es realmente un asunto teórico, es decir, estrictamente remitido a las normas positivas estadocéntricas, sino que en el fondo se trata de un asunto

(*) Profesor e Investigador independiente en Filosofía y Teoría del Estado y del Derecho. Doctor en Derecho (Universidad del País Vasco). Master of Laws (Columbia University, Nueva York). Doctor en Jurisprudencia (Universidad de Puerto Rico). Profesor del Programa de Maestría en Derechos Humanos (Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México). Miembro del Grupo de Trabajo Clacso, “Crítica jurídica y conflictos sociopolíticos” y es editor a cargo de su Boletín *Crítica jurídica y política en Nuestra América*. Publicó, entre otros libros y publicaciones, *El comunismo jurídico*, junto a Óscar Correas Vázquez.

esencialmente fáctico. Es en el ámbito de la facticidad donde se enuncia realmente lo que es el derecho: “El derecho no es más que el reconocimiento oficial del hecho” (Marx, 1987: 48). Si el derecho se entiende a partir de sí mismo o a partir de la economía política no es una controversia que se puede abstraer de su realidad fáctica sin el peligro de caer, como advertía Marx, en puro escolasticismo. Por otra parte, señala en relación al principio de la igualdad que se enuncia formalmente bajo el Estado de derecho burgués: “Entre dos derechos iguales y contrarios, decide la fuerza” (Marx, 2006: 180). Es dentro de este contexto estratégico, con sus relaciones sociales y de poder concretas, que nos puede servir el derecho o la normatividad societal en general de base para su uso a favor de cualquier posibilidad de cambio radical.

Ahora bien, Marx insiste en que la única manera de sobreponerse a la opresión del capital es superando toda forma de servidumbre a este en general y en particular a su institución de la propiedad privada. Aunque no pretendía con ello reducir su crítica a lo económico, no obstante, Marx entendió que su crítica de la economía política, sus conceptos y categorías también servían para revelar la realidad detrás de lo político y lo jurídico (Holloway & Picciotto, 1978: 17-18; Bonnet *et al.*, 2006: 46). La perspectiva marxiana del derecho desemboca finalmente en la propuesta de un horizonte alternativo al representado por el derecho burgués: una normatividad no-estadocéntrica anclada en la forma socioeconómica y política comunal.

El jurista bolchevique Eugeny Pashukanis le siguió los pasos a Marx en su perspectiva sobre la relación entre la economía política y el derecho, entendido este como una derivación en última instancia de relaciones y prácticas sociales específicas. Al igual que Marx, advierte Pashukanis que una relación social específica y sus efectos materiales siempre se impondrán para determinar el contenido sustantivo y la aplicación práctica del derecho, revelándose así que detrás de este y sus enunciados normativos abstractos –entre estos, la igualdad formal de los sujetos jurídicos– anida todo un orden clasista de poder. Para Pashukanis, la forma jurídica esencialmente legaliza y legitima ese orden a través de toda una serie de mecanismos coercitivos, incluyendo los ideológicos. A su vez, puntualiza que el derecho es constitutivo de la subjetividad necesaria para la reproducción continua de ese orden tanto de producción como de dominación.

Pashukanis insiste en que la forma jurídica no se puede desembarazar del carácter jerárquico y adversativo que le impone su matriz normativa, la economía política capitalista. Por tal razón, reafirma la proposición marxista sobre la necesidad histórica de la extinción eventual de la forma jurídica como modo dominante de regulación social, y su sustitución por una forma no jurídica basada en la autodeterminación del pueblo trabajador, como expresión de la forma comunista como nueva matriz normativa. Al respecto, advierte que la presencia continuada de la forma jurídica durante el proceso de transición entre el capitalismo y el comunismo, aun como “derecho socialista”, transmitiría a su vez sus contradicciones principales, lo cual podría ser fatal para la poten-

ciación de una nueva forma política y socioeconómica comunizante (Pashukanis, 1976; Negri, 2003: 255-293; Rivera Lugo, 2014: 164-170). En ese sentido, la forma jurídica no solo está sobredeterminada por la economía política sino que además sirve para la ordenación y reproducción de las formas sociales capitalistas.

Por otro lado, la crítica del derecho realizada por George Lukács (Sartori, 2010: 75-122) reafirmó igualmente la proposición marxista que reconoce las articulaciones entre el derecho y la facticidad socioeconómica. No obstante, si bien Lukács reconoce que el derecho no puede reducirse a lo económico, de igual manera insiste en que no puede separarse de este. Lo jurídico presupone siempre el proceso económico de producción, así como la división social del trabajo y la lucha de clases, y estos, a su vez, no podrán reproducirse sin el derecho.

“El derecho es la forma específica de expresión y reproducción en la consciencia de aquello que realmente ocurre en la vida económica”, afirma Lukács. Aparece como “una esfera de la vida social en la cual las consecuencias de los actos, la posibilidad de éxito, los riesgos y las pérdidas son calculadas de modo análogo a como acontece en el mundo económico”. De ahí las tensiones que se manifiestan aun dentro de la llamada “autonomía de derecho”, sobre todo debido a su relación indisoluble con la economía política. Sin embargo, en la medida en que el derecho no constituye, en sí mismo, un instrumento que produce la solución efectiva de todo conflicto social, este depende de su interiorización por los miembros de la sociedad. Estos deben llevar el derecho por dentro, y es por ello que la legalidad burguesa posee un carácter dual: por un lado, una reificación abstracta que necesita promover al menos la ilusión de la homogeneidad y autonomía del derecho y, por otro lado, una prescripción manipulativa y dependiente de la realidad extrajurídica de la economía política, preñada de contradicciones. Existe, por ende, una tensión entre su dimensión simbólica, es decir, lo que formalmente postula, y lo que en realidad constituye su manifestación material y práctica. A pesar de la necesidad de aparecer como un sistema jurídico unitario y autónomo, fundado en el principio de igualdad, se impone una condición social real que en esencia lo imposibilita, dado el antagonismo ineludible entre los intereses de clase que se pretenden conciliar o controlar, y dada la desigualdad real entre las clases que impera en la sociedad capitalista.

De particular interés al tema de la lucha y la guerra que anida detrás del derecho liberal-capitalista como forma histórica específica de regulación social y solución de conflictos es la contribución teórica hecha por el filósofo político francés Michel Foucault. Para este, detrás tanto de la economía política como de lo jurídico anida la fuerza; incluso, la economía política y las relaciones de fuerza que se producen y reproducen en su seno sirven ya abiertamente como matriz normativa tanto del Estado como del derecho (Foucault, 2007, p. 30). De ahí la devaluación vivida, sobre todo a partir del neoliberalismo, de las abstracciones y ficciones jurídicas –como, por ejemplo, el consentimiento autónomo– frente a los hechos económicos.

Para entender la verdadera naturaleza y las manifestaciones específicas del poder en la sociedad capitalista contemporánea, Foucault insiste en que hay que desprenderse de toda comprensión jurídicista para, en la alternativa, empuñar una perspectiva estratégica. Lo que le interesa es sacar a la superficie la importancia estratégica de las luchas reales y lo decisivo de la situación de fuerzas a su interior, más allá del formalismo engañoso de las prácticas gubernamentales y jurídicas. Tal vez a eso se refería en parte Foucault (2000: 28-30) cuando postuló que “el poder es la guerra” y nos emplazó para que nos reencontrásemos con la guerra que está oculta bajo el dispositivo jurídico, pues la guerra es de hecho una guerra permanente. Al respecto, afirma algo que resulta muy pertinente a la disputa existente en torno al concepto del *lawfare*:

“[N]o se trata de juzgar a los gobiernos injustos, los abusos y las violencias, refiriéndolos a cierto esquema ideal (que sería la ley natural, la voluntad de Dios, los principios fundamentales, etcétera). Se trata, al contrario, de definir y descubrir bajo las formas de lo justo tal como está instituido, de lo ordenado tal como se impone, de lo institucional tal como se admite, el pasado olvidado de las luchas reales, las victorias concretas, las derrotas que quizás fueron enmascaradas, pero que siguen profundamente inscriptas. Se trata de recuperar la sangre que se secó en los códigos y, por consiguiente, no el absoluto del derecho bajo la fugacidad de la historia: no referir la relatividad de la historia al absoluto de la ley o la verdad, sino reencontrar, bajo la estabilidad del derecho, el infinito de la historia, bajo la fórmula, los gritos de guerra, bajo el equilibrio de la justicia, la disimetría de las fuerzas. En un campo histórico que ni siquiera se puede calificar de relativo, porque no está en relación con ningún absoluto, en cierto modo se “irrelativiza” un infinito de la historia, el de la eterna disolución en unos mecanismos y acontecimientos que son los de la fuerza, el poder y la guerra”. (Foucault, 2000: 60-61)

El juridicismo contra el cual nos advierte Foucault es básicamente el mismo que es objeto de la crítica marxista: el fetichismo jurídico, tan común hoy en nuestras sociedades. En la raíz de la disputa actual en torno al concepto del *lawfare* está precisamente la disputa estratégica entre clases y pueblos. Es la disputa también con el normativismo kelseniano y el formalismo kantiano, tan presentes en el entendido de lo que es el derecho a través de América Latina. Por un lado, estamos frente a una concepción negativa del *lawfare* que no solo se basa en la idealización del derecho liberal capitalista, sino que además está divorciada de la realidad particular de la lucha de clases que apenas se oculta detrás de sus normas, reglas, instituciones y procesos. A partir de ello, hay quienes hacen una caracterización negativa del *lawfare*, como si se tratase de un mal uso del derecho y sus instituciones para la persecución política de la izquierda, lo que incluye una politización de la judicatura o una distorsión de la democracia liberal (Vollenweider y Romano, 2017; Tirado, 2021). Bajo esta conceptualización del *lawfare*, la excepción no se entiende como consustancial al derecho liberal-burgués mismo. Menos se comprende que la democracia liberal es, en última instancia, la democracia del capital y, por ende, está fundamentada realmente en la desigualdad de todos y todas ante la ley. Frente a la igualdad formal, prevalece la desigualdad real en la que la fuerza decide en el fondo lo

que el derecho es, cómo se interpreta y cómo se aplica. Y en ese proceso, en el ejercicio de sus funciones adjudicativas, eso de que la judicatura es ajena a lo político e ideológico es otra de las ficciones que choca continuamente con los hechos.

No obstante, Silvina Romano, una de las más reconocidas exponentes sobre el *lawfare* en la América Latina asociada a esta connotación negativa, reconoce que no es algo que fue inventado solo para usarse contra la izquierda. Sin embargo, le parece que en el caso de América Latina, la incidencia mayor del fenómeno del *lawfare* contra líderes, funcionarios o exfuncionarios de gobiernos progresistas tiene necesariamente implicaciones para cualquier conceptualización que se haga de este desde esta parte del mundo, en que este nuevo frente de batalla ha sido abierto y dominado por la derecha neoliberal (Romano, 2019).

Llama la atención que Romano habla de cómo el *lawfare* ha causado una depreciación de la democracia liberal y la materialización de unas relaciones asimétricas de poder. Claro está, habría que preguntarse si frente a esta contracción de la democracia liberal y potenciación de sus grietas estructurales, corresponde asumir ante ello la mera defensa de ese limitado horizonte burgués o, más precisamente, de la idea que se tiene acerca de él. Pienso que, en su lugar y dependiendo del análisis concreto de la situación concreta en cada uno de nuestros países, lo que tal vez corresponde es considerar la articulación de una propuesta de un nuevo horizonte político y normativo fuera de las limitaciones impuestas por el capital a la democracia real y ampliada. Es la opción de la ruptura con la democracia del capital y el fetichismo jurídico, camino que esencialmente ha sido abandonado por la izquierda en estos tiempos. Ello se da como parte también del abandono de la lógica de la lucha de clases, a favor de una lógica conciliadora entre estas para la mera reforma del sistema en vez de su superación. Ello no ha dejado de tener serias consecuencias estratégicas para la izquierda, sobre todo en la medida en que ésta se ha convertido en la principal defensora del orden jurídico liberal, desde una idealización de sus formalizaciones normativas y procesales, mientras que la derecha se muestra mucho más dispuesta a darle un uso estratégico e instrumental a ese mismo derecho en función de sus intereses de clase. Ante ello, la izquierda muchas veces se reduce a unas lógicas políticas defensivas bajo las cuales privilegia la denuncia y la protesta, es decir, la mera negación –como sucede en relación al *lawfare*–, en vez de asumir una lógica combativa, con la propuesta afirmativa de lo nuevo e, incluso, el uso de la guerra jurídica como contraofensiva a favor de sus propios fines.

Se ha impuesto la perspectiva socialdemócrata de la evolución gradual y ordenada –¡hacia un futuro indeterminado!– sobre la política marxista y leninista de la ruptura revolucionaria. La dialéctica material de la negación/afirmación ha quedado así en suspenso. Las incertidumbres sobre el futuro producto de la pandemia han contribuido también a esta condición suspensiva que parece arropar a estos tiempos. El movimiento real de la historia parece habérsenos escapado de las manos a aquellos quienes nos creíamos sus protagonistas, y ante ello, hay que plegarse fatalmente a las lógicas de

forclusión que se viven. Tenemos que reencontrarnos con su contrario e identificar en el presente aquellos hechos que revelan impulsos anticipatorios de una nueva posibilidad. Son apuestas políticas por sacar el movimiento real de la historia de su estado de suspensión. Las revoluciones son precisamente eso: apuestas políticas a favor de la potenciación de momentos que rompen con las lógicas de lo existente.

La apuesta por la ruptura estuvo a la orden del día en América Latina y el Caribe durante las décadas de los 60 y 70. El contexto internacional parecía propiciatorio: la Revolución Cubana de 1959 y la derrota de la invasión estadounidense de 1961 en Playa Girón; las imponentes huelgas de masas y movimientos sociales antisistémicas, sobre todo estudiantiles y obreros, de 1968; la Revolución Cultural China; la derrota militar de Estados Unidos en Vietnam; el creciente protagonismo del llamado Tercer Mundo y el Movimiento de Países No Alineados como nuevo bloque de poder mundial que consigue que la Asamblea General de la ONU se declare en 1974 a favor de un nuevo orden económico internacional; las crecientes luchas de liberación nacional en África, sobre todo a partir de la proscripción por la ONU del colonialismo en todas sus formas y manifestaciones y la promoción de la independencia nacional como un derecho inalienable de los pueblos (resolución 1514 de la XV Asamblea General); la independencia de Argelia en 1962 luego de la victoria de su Frente de Liberación Nacional en una cruenta guerra con Francia; las luchas por los derechos civiles y en contra del racismo en Estados Unidos. Aun la Primavera de Praga de 1968, aplastada por las tropas invasoras de la URSS, forma parte de los nuevos signos de esos tiempos que ponían sobre el tapete la necesidad y la posibilidad de realizar grandes cambios en las estructuras de poder, tanto a nivel del capitalismo como del socialismo real, de los países altamente desarrollados como también de los países en vías de desarrollo, de las fábricas como de las universidades, de los hombres como de las mujeres. Por doquier emergían nuevos sujetos constitutivos no limitados al proletariado clásico ni a sus formas ideológicas u organizativas. Hombres y mujeres nuevas para la construcción de una nueva sociedad era la aspiración compartida desde Pekín hasta La Habana, desde París hasta Nueva York. Pero como era de esperarse, también se fueron movilizando y organizando para su reacción las asediadas estructuras de dominación del capital.

Es en América Latina, con el caso de Chile, entre 1971 y 1973, con el gobierno de la Unidad Popular presidido por el socialista marxista Salvador Allende Gossens, donde se pone a prueba la posibilidad de transitar del capitalismo al socialismo por otro modo que no sea la lucha armada y la destrucción del poder establecido. El fracaso de la apuesta de la izquierda de transformar el sistema desde adentro del sistema mismo, por medio de la legalidad, pareció confirmar la creencia acerca de los límites estructurales que imponía el Estado de derecho burgués como marco desde el cual hacer cambios radicales. Los golpes militares en Brasil, Chile, Argentina y Uruguay parecieron también confirmar que el sistema capitalista está dispuesto a todo para garantizar su continuidad. El sistema respondió desatando una guerra brutal con la izquierda revolucionaria para pacificar a la sociedad toda y reimponer a la fuerza su dominio. Con ello facilitó, además,

la imposición de un nuevo modelo de acumulación, el neoliberal, el cual representó una vuelta a las lógicas salvajes de acumulación del siglo XIX y principios del siglo XX. Su estrategia contrainsurgente buscó recolonizar nuestros cuerpos y mentes por medio de toda una serie de castigos ejemplarizantes, desde la tortura hasta las desapariciones y ejecuciones extrajudiciales de miles de personas. La vuelta a la democracia liberal advino a partir de este atrincheramiento violento, con la advertencia debida de que cualquier reiteración de objetivos antisistémicos serán confrontados con el Estado de excepción y la dictadura, esa otra cara de la democracia liberal.

Por otro lado, a nivel internacional, por ejemplo, los partidos comunistas y socialistas europeos adjudican el fracaso del experimento chileno a las particularidades de ese caso y a errores tácticos cometidos. Deciden redoblar la apuesta por una transición pacífica y ordenada del capitalismo al socialismo, y para ello proceden a renegar de toda perspectiva marxista sobre el Estado y el derecho para, finalmente, adoptar una perspectiva de conciliación entre clases que termina también por abandonar la tesis de la lucha de clases y la caracterización de la forma Estado como una dictadura de clase (Balibar, 1977). El Estado y el derecho burgués pasan así a ser los nuevos instrumentos para adelantar las luchas de los trabajadores, limitándose estas últimas a la mera reforma gradual de la sociedad capitalista y las lógicas salvajes de subsunción impuestas bajo su nuevo modelo de acumulación neoliberal.

Lo anterior pretende anclarse en una interpretación particular de los aportes teóricos gramscianos sobre el Estado en los países capitalistas desarrollados (Althusser, 2020). A partir de esta, la captura del poder ya no se piensa como el resultado de un asalto violento y frontal al aparato estatal, con la correspondiente derrota de la burguesía, incluso de sus fuerzas represivas, ni como el desmantelamiento de la estructura jurídico-política en que se apuntala su dominación. Es lo que Gramsci caracterizó estratégicamente como la clásica "guerra de movimiento". En su lugar, propuso una "guerra de posición", es decir, una guerra de trincheras a través de toda la sociedad civil, incluyendo el campo del derecho; claro está, esta "guerra" sería sin violencia y sin violar la legalidad vigente. La lucha o guerra por la dominación de una clase sobre otra, es decir, la lucha de clases, se sustituyó así por la lucha o "guerra" por la hegemonía, es decir, una lucha de hegemonías en la que la fuerza queda supeditada al consenso. De ahí que la democracia liberal y la contienda electoral pasaran a convertirse en el nuevo escenario de la lucha de los comunistas y los socialistas por el poder.

Muy pronto esta nueva perspectiva estratégica de los comunistas quedó reducida a la mera administración del Estado y el derecho del capital. Sin embargo, se trataba ahora de un Estado de derecho que ha visto reducirse grandemente su limitada autonomía relativa previa, frente a la economía, en el marco del Estado de la subsunción real y total del capital que se ha impuesto como forma política estatal en esta era neoliberal. Esto lo tuvo que reconocer rápidamente el presidente socialista francés François Mitterrand luego de su victoria electoral de 1981, en una alianza con el Partido Comunista

Francés. Esto, a su vez, también explica por qué los comunistas italianos decidieron disolver en 1991 lo que era en ese momento el más importante partido comunista en Europa y en su lugar organizaron un partido social demócrata: el Partido Democrático de la Izquierda. A la izquierda no se le ofrecía otra opción dentro de la contrarrevolución neoliberal que no fuese ser un instrumento más para la reproducción del capital. El impulso histórico del tránsito al socialismo como periodo de transición hacia el comunismo quedó así bloqueado. Los comunistas terminan olvidándose de que la extinción de la forma política estatal, así como de la forma jurídica, no significa la supresión de toda gobernanza o normatividad democrática sino la posibilidad de potenciar nuevas formas comunicantes.

Los gobiernos progresistas de la primera década del siglo XXI en la América nuestra fueron herederos de este nuevo marco conciliador. No obstante, en el caso de Venezuela, Bolivia y Ecuador se plantea una refundación constitucional que permite ampliar el marco de las posibilidades políticas más allá del neoliberalismo. Se reconocen en las nuevas constituciones nuevas formas de propiedad, más allá de la capitalista, y se definen nuevos proyectos de país. La Venezuela bolivariana fue tal vez la más audaz en determinar que su objetivo estratégico era el desarrollo del socialismo del siglo XXI y proponer la organización de un nuevo poder comunal y una nueva esfera comunal de gobernanza que pueda progresivamente ir sustituyendo al Estado heredado. En el caso de Bolivia, también se habló del desarrollo de un socialismo comunitario, aunque subordinado a la forma política estatal. Al igual que lo que ocurrió en el caso de Chile entre 1971 y 1973, la izquierda progresista en estos países volvió a apostar a la posibilidad de transformar lo existente desde la legalidad, si bien ahora se planteaban refundar el marco constitucional de dicha legalidad.

La respuesta de la derecha no se hizo esperar y pronto convirtieron el nuevo orden constitucional en un campo de batalla, incluso acudiendo a acciones extralegales como los golpes y las “marimbas” o movilizaciones violentas y desestabilizadoras, y aun propiciando las traiciones al interior de las filas de los movimientos gobernantes. En aquellos países que no pasaron por procesos constituyentes y refundaciones constitucionales como, por ejemplo, Brasil, Paraguay y Argentina, la legalidad fue instrumentalizada para producir golpes legislativos y judiciales contra gobernantes de izquierda, como en los casos de Fernando Lugo (2012) y Dilma Rousseff (2016), o las persecuciones penales arbitrarias de exmandatarios progresistas como en los casos de Cristina Fernández en Argentina y Rafael Correa en Ecuador. Son los tiempos del **derecho penal del enemigo** (Jakobs, 1985), hecho a la medida del neoliberalismo; según este, ya no existen sujetos de derechos sino sujetos de facto o potencialmente enemigos por su oposición a ese nuevo orden y sus desigualdades.

Pero no nos llamemos a engaño: en estos últimos casos la legalidad se instrumentalizó de conformidad a su razón de ser que no es otra cosa, en última instancia, que el apuntalamiento y la reproducción del orden establecido. Por eso es un error explicar exclusivamente dichos golpes jurídicos, judiciales o legislativos como la subversión del Estado de

derecho por parte de la derecha, con el apoyo de los medios de comunicación de su propiedad, o como la disfuncionalidad de unos sistemas judiciales crecientemente politizados y corruptos. Ello no quiere decir que no reconozcamos que hay mucho de cierto en lo que se denuncia, es decir, el uso del *lawfare* como instrumento para el combate político interno, con el propósito de conseguir por medios que pueden tipificarse de ilegítimos lo que no pueden obtener por medios políticos legítimos, incluyendo las contiendas electorales. Más allá de esto, sin embargo, estamos ante la confirmación de lo dicho por Marx en el sentido de que “entre derechos iguales y contrarios decide la fuerza”. Esa es la realidad inescapable de lo jurídico como forma clasista de regulación y solución de los conflictos sociales. Un derecho que reduce a pura formalidad la igualdad jurídica, permitiendo la desigualdad de facto, tan solo confirma que, en última instancia, representa unos hechos de fuerza, unas relaciones de fuerzas y el balance real entre estas fuerzas, es decir, un orden de batalla.

En el caso del golpe cívico-militar que sufrió en el 2009 el presidente de Honduras José Manuel Zelaya como consecuencia de haber propuesto la convocatoria a una Asamblea Constituyente en su país con el objetivo de iniciar una refundación constitucional similar a las realizadas en Venezuela, Ecuador y Bolivia, llama la atención su caracterización del fenómeno del *lawfare*: “El *lawfare* como arma ha existido siempre, y es utilizado contra los pueblos que buscan su liberación. Es gracias al aparato jurídico del estado burgués, que encarcelan sin mérito a campesinos, estudiantes y obreros. De esa estructura represiva se valen las élites para justificar la represión contra quienes exigen tierras o educación gratuita. Las leyes en nuestros países están consagradas a la propiedad privada, a la preservación (teórica) del libre mercado, y relegan a un segundo o tercer plano al ser humano” (Salgado, 2020). Vemos como aun refiriéndose Zelaya al *lawfare* como arma utilizada contra los pueblos, lo hace en el marco del reconocimiento de las limitaciones estructurales del “aparato jurídico del Estado burgués”.

Ahora bien, la comprensión negativa del llamado *lawfare* también posee una versión de derecha. Por ejemplo, está la postura del *Lawfare Project*, en Estados Unidos, quien define el *lawfare* como un fenómeno usado por los críticos del imperialismo estadounidense y las políticas de *apartheid* de Israel contra el pueblo palestino. Según este proyecto, el *lawfare* se caracteriza por “el abuso de las leyes y los sistemas judiciales de Occidente para lograr unos fines estratégico-militares o políticos” en beneficio de los enemigos de ambos gobiernos. La directora de dicho Proyecto, Brooke Goldstein, de origen canadiense, aclara que su organización está dedicada más bien a una lucha contra el *lawfare* que protagonizan los enemigos del Estado de derecho liberal vigente en Estados Unidos e Israel.

Francamente, esta insistencia, ya sea que venga de la izquierda o de la derecha, de querer reducir nuestra comprensión del *lawfare* a cómo le va a una u otra, nos lleva a un reduccionismo que imposibilita entender este fenómeno desde sí mismo. El *lawfare* no se puede entender reduciéndolo a algo distinto a lo que de facto es su movimiento real en toda su complejidad. El derecho (*law*) es en última instancia una derivación de ese conflicto, lucha o guerra (*warfare*) por otro medio. Desde una toma de posición

comunista, como es mi caso, el derecho, sobre todo en las sociedades de clases, siempre ha sido la lucha y guerra de clases por otros medios. Es por ello que sostengo que el *lawfare* no puede entenderse de otra manera que no sea, en el fondo, como el uso estratégico del derecho dentro de ese orden de batalla que es y ha sido siempre la historia, con el objetivo de adelantar unos fines, sea por la derecha o la izquierda, la burguesía o el proletariado, los imperios o los pueblos coloniales o neocoloniales, las corporaciones privadas o los movimientos sociales o comunitarios (Rivera Lugo, 2021: 22-41).

Desde la perspectiva marxista y la práctica comunista de la lucha de clases, la guerra jurídica o el *lawfare* debe verse como una de las armas que tiene, sobre todo, la izquierda comprometida con la interrupción de los procesos de reproducción del capitalismo y la destrucción de su aparato estatal para abrir paso a lo nuevo, es decir, la parte afirmativa de la negación. Si lo que se busca es la construcción de una nueva sociedad, la izquierda “no puede limitarse simplemente a tomar posesión de la máquina del Estado tal y como está, y a servirse de ella para sus propios fines”, como advirtió Marx (2015, p. 406). Esto es lo que distingue al marxismo de otras perspectivas de izquierda, las cuales se reducen fundamentalmente a entender mejor la realidad y moverse dentro de ella, aunque sin plantearse cómo cambiarla de raíz.

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, desde sus respectivas posturas de clase o políticas, 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, sus límites se tornan indeterminados, tanto en lo espacial como en lo temporal. Una guerra social que tiene como fin la defensa de un orden social o su transformación revolucionaria no parece tener fin. Estamos ante la proverbial *aufhebung*, la cual nos obliga, desde la izquierda radical, a pensar la transformación revolucionaria como una trinchera permanente o, si se prefiere, un conjunto de trincheras que atraviesan la sociedad, incluyendo el Estado y el derecho, lo objetivo y lo subjetivo.

A comienzos de la Revolución Cubana, el nuevo gobierno entendió que necesitaba barrer todo lo que representaba el pasado de la dictadura. Entre otras medidas, se organizaron los tribunales revolucionarios para enjuiciar a los responsables de crímenes contra el pueblo; se trató de un acto legítimo de guerra jurídica para hacer justicia revolucionaria. En nuestros días, la Venezuela bolivariana libra también su propia guerra jurídica contra los crímenes y otros actos ilegales perpetrados por miembros de la oposición de derecha, así como contra el *lawfare* del imperialismo estadounidense en su contra. Bolivia, por su parte, le hace la guerra jurídica a los golpistas del 2019. En Nicaragua, el gobierno empuña también la guerra jurídica contra aquellos sectores de la oposición, sobre todo los apoyados e, incluso, financiados desde Estados Unidos y Europa, comprometidos con la desestabilización política del país. Los palestinos hacen lo propio ante la Corte Penal Internacional y otros foros internacionales en

contra de los crímenes de lesa humanidad protagonizados en su contra por el Estado de Israel.

El uso del *lawfare* también es reivindicado por China como parte de su arsenal estratégico. Aparece en un texto de 1999 titulado *Guerra irrestricta o guerra sin restricciones*, de Qiao Liang y Wang Xianshui, en el que se da cuenta del uso de la guerra jurídica como parte de la doctrina estratégica del Ejército Popular de Liberación chino, en la que se lo reconoce como instrumento que puede emplearse en conflictos armados. La guerra jurídica acompaña así la guerra cibernética, la guerra por la opinión pública y la guerra psicológica, como medios no letales para derrotar al enemigo. En la actualidad, el gobierno de Estados Unidos es crítico de lo que llama el uso del *lawfare* por parte de China contra sus enemigos, tanto internos como externos.

Otra de las voces reconocidas en la disputa trabada en torno al concepto del *lawfare* es Charles Dunlap Jr., el general estadounidense que dirigió la campaña militar de la OTAN de 1999 en Kosovo. El marco de referencia de Dunlap Jr. es el mundo luego de 11 de septiembre de 2001 y el uso que, en general, le están dando las fuerzas insurgentes a través del planeta a la guerra también por medios jurídicos. Dunlap Jr. 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. Según Dunlap Jr., quien tiende a reducir el fenómeno al ámbito militar, el *lawfare* es “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). Asimismo, también nos dice que el *lawfare* se ha erigido en una forma de guerra asimétrica (Dunlap Jr., 2017). Ante ello, le preocupa que los enemigos de Estados Unidos y sus aliados demostraran una capacidad superior para usar el Estado de derecho a favor de sus causas.

Dunlap Jr., quien es actualmente profesor de Derecho, recomienda que no debe idealizarse el derecho, sino que habría que contextualizar y condicionar siempre su interpretación y aplicación en términos de sus implicaciones estratégicas, es decir, relativas al poder. En ese sentido, el *lawfare* se entiende mejor como fenómeno de poder que como fenómeno estrictamente jurídico. No es la idea *a priori* que se tenga del derecho sino los hechos de fuerza a favor de una causa política e ideológica lo que finalmente se impone como derecho. Su concepto del *lawfare* está inscrito dentro de la perspectiva instrumental, realista y estratégica del derecho que tiende a prevalecer en Estados Unidos.

La disputa en torno al *lawfare* no es, pues, solo de índole conceptual sino que es sobre todo práctica. Entre sujetos formalmente iguales con derechos realmente desiguales, en la práctica decide la fuerza. En fin, hasta la derecha entiende que hay que superar la fetichización e idealización del derecho como si fuese otra cosa de lo que es y ha sido siempre: ¡ni más ni menos la guerra por otros medios!

Referencias

- Althusser, Louis 2020 (2018) *What is to be done?* (Cambridge: Polity Press).
- Balibar, Etienne 1977 *On the dictatorship of the proletariat* (Londres/Nueva York: New Left Books).
- Bonnet, Alberto, Holloway J. y Tischler, S. 2006 *Marxismo abierto: una visión europea y latinoamericana I* (Caracas: Monte Ávila).
- Carlson, John & Yeomans, Neville 1975 "Whither goeth the law - humanity or barbarity" en Smith Margaret & Crossley David (eds.) *Radical alternatives in Australia* (Melbourne: Lansdowne Press).
- Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica [CELAG] 2021 "No todo es *lawfare*: Algunas precisiones sobre el término y sus usos y abusos" www.celag.org/autor/observatoriolawfare
- Dunlap Jr., Charles 2015 "*Lawfare*" en Moore, John Norton et al. (eds.) *National Security Law* (Durham: Carolina Academic Press).
- 2017 "*Lawfare* 101: A Primer" en *Military Review* (Fort Leavenworth, Kansas) Vol. 97.
- Foucault, Michel 2000 (1997) *Defender la sociedad* (México DF: Fondo de Cultura Económica).
- 2007 *Nacimiento de la biopolítica* (México DF: Fondo de Cultura Económica).
- Gunther, Jacobs y Cancio Meliá, Manuel 2006 *Derecho penal del enemigo* (Madrid: Thomson-Civitas).
- Holloway, John y Picciotto, Sol (eds.) 1978 *State and Capital* (London: Edward Arnold).
- Marx, Karl 1999 *El capital: crítica de la economía política* (México: Fondo de Cultura Económica) Vol. I.
- 1970 *Miseria de la filosofía* (México DF: Siglo XXI).
- Negri, Antonio 2003 *La forma-Estado* (Madrid: Akal).
- Pashukanis, Eugeni B. 1976 *La teoría general del derecho y el marxismo* (México DF: Grijalbo).
- Pashukanis, Eugeni B. 1932 (1980) "Capítulo 1: Formaciones socioeconómicas, Estado y derecho" (traducido del inglés) en Beirne, Piers y Sharlet, Robert (eds.) *Pashukanis: Selected Writings on Marxism and Law* (Londres/Nueva York: Academic Press).
- Reisman, W. Michael. 1976 "Law From the Policy Perspective" en McDougal, Myres & Reisman, W. Michael (eds.) *International Law Essays* (Mineola, New York: The Foundation Press).
- Rivera Lugo, Carlos 2021 "La guerra jurídica: A propósito de eso que llaman *lawfare*" en *Crítica jurídica y política en Nuestra América* (Buenos Aires: CLACSO) N° 7
- Romano, Silvina (comp.) 2019 *Lawfare: Guerra judicial y neoliberalismo en América Latina*. (Buenos Aires/Madrid: Mármol/Izquierdo Editores/Tarahumara/Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica).
- Salgado, Ricardo Arturo 2020 "Manuel Zelaya Rosales: *Lawfare* es una arma contra los pueblos". www.telesurtv.net/bloggers/Lawfare-es-un-arma-contra-los-pueblos-Manuel-Zelaya-Rosales-20200224-0002.html
- Sartori, Vitor Bartoletti 2010 *Lukács e a crítica ontológica do direito* (San Pablo: Cortez).
- Tirado, Arantxa 2021 *El lawfare: golpes de Estado en nombre de la ley* (Madrid: Akal).
- Vollenweider, Camila y Romano, Silvina 2017 "*Lawfare*. La judicialización de la política en América Latina". www.celag.org/wp-content/uploads/2017/03/LawfareT.pdf
- Wittes, Benjamin, Chesney, Robert y Goldsmith, Jack 2010 "About *Lawfare*: A Brief History of the Term and the Site". www.lawfareblog.com/about-lawfare-brief-history-term-and-site

RAFAEL BRITTO LONDOÑO*

Lawfare: interdependencia armada y autoridad artificial penetrante

Una conceptualización desde el *smart power***

Nada más sorprende para quienes consideran con mirada filosófica los asuntos humanos que la facilidad con que los muchos son gobernados por los pocos, y la implícita sumisión con que los hombres resignan sus sentimientos y pasiones ante los de sus gobernantes. Si nos preguntamos por qué medios se produce este milagro, hallaremos que, pues la fuerza está siempre del lado de los gobernados, quienes gobiernan no pueden apoyarse sino en la opinión, que es, por lo tanto, el único fundamento del gobierno, y esta máxima alcanza lo mismo a los gobiernos más despóticos y militares que a los más populares y libres. El sultán de Egipto o el emperador de Roma pueden manejar a sus inermes súbditos como a simples burros, a contrapelo de sus sentimientos e inclinaciones, pero tendrán, al menos, que contar con la adhesión de sus mamelucos o de sus cohortes pretorianas.

David Hume

Lawfare: concepto y operación de guerra del siglo XXI

Desde su emergencia a comienzos del siglo XXI el *lawfare*, traducido simplemente como “guerra jurídica”, se ha popularizado en América Latina como un término para designar la persecución judicial o la politización de la justicia. Sea como noción y como fenómeno, su llegada al continente ha transformado la vivencia del régimen democrático. Por esta vía, se denuncia, desde su posición especial como poder intraestatal máximo decisor, y en su condición exógena a la competencia por el poder en las democracias,

(*) Abogado. Politólogo. Especialista Epistemologías del Sur. Magister en Estrategia y Geopolítica. Docente (Universidad Nacional de Colombia, sede Medellín). Investigador del Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica (Celag). Director ejecutivo del Centro de Pensamiento Colombia Humana (CPCH). Asesor político y jurídico.

(**) Ponencia presentada como desarrollo posterior de línea de investigación a partir de Britto Londoño (2021).

que los poderes judiciales han perdido la independencia modélica de antaño del clásico Estado de derecho interviniendo de forma parcializada e inconstitucional en la dinámica de la política nacional o dejándose arrastrar por ella.

Sin embargo, ni las persecuciones judiciales ni la politización de la justicia son ideas ni fenómenos nuevos. Entonces, como punto de partida, ¿qué es lo nuevo con el *lawfare*? ¿Por qué antes del siglo XXI no era un fenómeno ni un concepto presente en la experiencia de los regímenes jurídicos democráticos latinoamericanos?

El concepto *lawfare*, anglicismo que contrae las palabras *law* (ley en sentido genérico, derecho) y *warfare* (guerra, en el sentido de arte o formas de la guerra), traducido simplemente como **guerra jurídica**, ha sido definido por Charles Dunlap Jr., general de división retirado de la Fuerza Aérea de Estados Unidos (en adelante, EEUU), como “el uso de la ley como un medio para conseguir lo que de otra manera tendría que conseguirse con la aplicación de la fuerza militar tradicional” (Dunlap Jr., 2017: 2). En este sentido, el *lawfare* es un modo de guerra no convencional en el que, para conseguir un objetivo militar, la ley es empleada como arma “para socavar a los adversarios” (Dunlap Jr., 2017: 49). Desde la perspectiva estratégica, relacionada por su misma naturaleza a la anterior conceptualización militar, otros autores definen el *lawfare* como “el uso estratégico del derecho con fines de deslegitimar, perjudicar o aniquilar un enemigo” (Zanin Martins *et al.*, 2019, p. 26). El *lawfare* es un modo de hacer la guerra que emplea al derecho como arma, con la virtud que este le presta de “camuflarse en la legalidad para disimular sus objetivos ilegítimos”, siendo el de mayor trascendencia, al lado de la subversión de la opinión pública para el desconocimiento de la voluntad popular democrática, “la reconfiguración de la correlación de fuerzas internacional” (Tirado, 2021: 70).

Definida también como guerra jurídica asimétrica, en América Latina el *lawfare* ha consistido, primordialmente, en un fenómeno de “utilización de sectores del poder judicial con fines de persecución política”, en articulación con medios de comunicación, agentes/agencias de inteligencia y embajadas norteamericanas para la (re)creación de “contextos de previa condena mediática (...) para deslegitimar, privar de la libertad y proscribir a líderes políticos populares” (Medici, 2021: 50- 51).

Entonces, se puede reconocer en el *lawfare* como objeto de estudio dos modalidades. Por una parte, aquella más vinculada a las relaciones internacionales/globales como modo y vector de la guerra híbrida en donde se emplea la normatividad jurídica internacional –o como se verá más adelante, para ser más precisos, global– como arma contra los enemigos. Y por otra, aquella más enfocada en la política doméstica como método de persecución judicial en articulación mediática, en donde se emplea una interpretación deformada y grotesca del propio ordenamiento jurídico interno como arma contra proyectos políticos alternativos nacionales/populares y sus liderazgos más representativos, con el fin de propiciar el cambio de gobierno o para impedir que aquellos accedan al direccionamiento del Estado. Sin embargo, como expresión

de un mismo fenómeno, ambas modalidades están interconectadas. Contemplado como un componente de la planificación y ejecución de las operaciones militares y, así mismo, como una operación misma, el *lawfare* puede ser valorado de forma positiva como un método y un arma que obliga a ciertos comportamientos y conduce a resultados menos costosos –incluyendo en ellos vidas humanas– y más eficientes que la guerra cinética tradicional (Dunlap Jr., 2017). En esta medida, el *lawfare* sería una forma de guerra buena (*bellum bona*) moralmente superior a la guerra tradicional de empleo de fuerza letal.

Por otra parte, desde una perspectiva periférica y crítica, el *lawfare* “materializa la asimetría, la colonialidad y la dependencia inscrita en las relaciones internacionales” (Romano, 2019: 22). El *lawfare* tendría dentro de sus objetivos “el proceso de reconfiguración de la correlación de fuerzas internacional” (Tirado, 2021). Mediante el *lawfare* se pretende mantener, impedir, interferir o, incluso, propiciar parcialmente (regionalmente), cuando es favorable a la hegemonía global, la reconfiguración de la estructura del sistema internacional.

Desde ambas perspectivas, en términos generales, el *lawfare* materializaría una idea y operación propositiva por parte de EEUU en virtud de una economía de la guerra. Por el contrario, para esta ponencia, en una y otra modalidad, el *lawfare* es una reacción a los desafíos a la hegemonía de EEUU en el mundo y en la región, en momentos en los que se predica y se acepta un declive relativo de aquel, y de las potencias occidentales en general –sus aliados–, en el sistema internacional. Esto es, el *lawfare* como modo de guerra está inscrito en la estrategia global de EEUU, la cual responde, a su vez, a sus imperativos geopolíticos en medio de un reconocido entorno de declive relativo de su poder. En América Latina, la modalidad de *lawfare* doméstico de persecución judicial está aunada a la estrategia global en tanto se encamina a sofocar los movimientos políticos y los gobiernos que puedan representar una amenaza a la supremacía de EEUU en la región (v. gr., el Brasil bajo el periodo del PT) y/o modificar la libre explotación de los recursos naturales estratégicos nacionales por parte de los capitales transnacionales (v. gr., Ecuador y Argentina) (Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica [Celag], 2021). Dichos recursos naturales estratégicos, desde mediados del siglo XX, y a manera de continuidad, han sido problematizados y permanecen en la estrategia de seguridad nacional de EEUU (Estenssoro, 2018). En consecuencia, esta modalidad de *lawfare* puede ser denominada “interméstica o glocal”, pues, aunque de manera superficial y en principio circunscrita a la eliminación de la competencia política democrática interna, está aunada, como ya se afirmó, a la dinámica de la estrategia global de EEUU en su propia lucha por la hegemonía mundial.

Aquí radica, en conjunto con las condiciones objetivas para la existencia del *lawfare*, la novedad del concepto, la respuesta al por qué antes del siglo XXI no era un concepto y fenómeno reconocido en la experiencia democrática latinoamericana. Se trata

de su relación con el ámbito, la dinámica geopolítica y la reconfiguración del sistema internacional (Romano, 2019; Tirado, 2021; Medici, 2021) en momentos de cambio y en términos de *hard power* (poder duro) como búsqueda de la conservación del dominio internacional/global mediante una fuerza **otra**. Es la fuerza contenida en el derecho más que en las armas, aunque sea más preciso afirmar, por la propia naturaleza del derecho, el despliegue del *lawfare* como *smart power* (poder inteligente). Sobre esto se retornará más adelante.

Así, pues, es un concepto reciente que no se agota en la mera persecución judicial-mediática ni en la politización de la justicia, sino que “es una manera más de sostener el poder geopolítico defendido por una red de intereses y actores a nivel local e internacional vinculados generalmente a las derechas ([neo]liberales y conservadoras) [...] es una estrategia para mantener el *statu quo*” (Celag, 2021). De ahí que, como toda estrategia u operación que responde a la misma, en su sentido más primigenio, su rasgo distintivo es la hostilidad y no la mera contradicción de intereses y voluntades (Zanin Martins *et al.*, 2019). Contra quien se dirige la estrategia es abordado “como un enemigo a ser vencido mediante amenazas o expedientes coercitivos” (Zanin Martins *et al.*, 2019: 24). Asimismo, “... [es] de conocimiento general que la fuerza y el derecho caminan juntos [...] No obstante, no es cualquier relación la que se establece entre la fuerza y el derecho. El proyecto del derecho es regular y limita el uso de la fuerza, constituyendo una técnica para la solución pacífica de los conflictos [...] Por eso el manejo de la violencia del Derecho como medio para imponer la voluntad propia sobre un determinado enemigo es la propia negación del Derecho y los derechos [...] El Derecho como instrumento de guerra es una radical contradicción [...] es el vaciamiento del Derecho [...] en esa medida no es una categoría neutra, siempre tendrá carácter negativo, un fenómeno que sepulta el Derecho” (Zanin Martins *et al.*, 2019: 27).⁽¹⁾

Condiciones estructurales para el *lawfare*: neoliberalismo, interdependencia armada y autoridad artificial penetrante

Conforme lo manifestado en la primera parte, el *lawfare* es un concepto y un fenómeno propio del siglo XXI y no de épocas anteriores. O, de manera más precisa, es un concepto y fenómeno que ancla las condiciones objetivas/estructurales de posibilidad (de existencia) en el mundo de finales del siglo XX, esto es, con el proceso de construcción del orden de la globalización neoliberal, a partir del cual se crean nuevas condiciones objetivas para su desarrollo y funcionamiento. Unas condiciones estructurales de segundo orden.

Por esta razón, se sostiene que el *lawfare* –el uso estratégico del derecho como arma para la disputa hegemónica y como otro modo de hacer la guerra– es producto de las

(1) La traducción me pertenece.

fuerzas neoliberales que tomaron el centro de la política global desde la década del 70 del siglo pasado. Es decir, que el *lawfare*, en cuanto componente de guerra híbrida, no solo está asociado como forma externa de defensa del neoliberalismo, concebida y prestada por EEUU en tanto Estado, sino que surge del propio seno y es producto de las fuerzas sociopolíticas del neoliberalismo.

Neoliberalismo

El capitalismo financiero, como fuente y motor principal de (re)producción del neoliberalismo, está soportado sobre cinco condiciones materiales para su existencia, desarrollo y funcionamiento: el **sistema Swift**; la **Foreign Corrupt Practice Act (FCPA)**; las **unidades de inteligencia financiera (UIF)**; y el **soft law y el derecho global**. Estos cuatro factores y su interconexión le brindan el carácter sistémico al capitalismo financiero. Ahora, en tanto sistema, debe contar con un mecanismo de protección en relación a su entorno y funcionamiento interno que permita la correspondiente gobernanza de la globalización neoliberal. El quinto componente, el **dispositivo de poder-Estado**, se dirige, pues, a esta función dual.

Veamos, brevemente cada uno.

Creada en 1973, la **Society for Worldwide Interbank Telecommunication (Swift)**—cooperativa global de telecomunicaciones financieras interbancarias— realizó su primera transmisión de mensajes en 1977. El sistema Swift es la infraestructura que permite el flujo financiero y los pagos transfronterizos del comercio internacional. Además, permite la estandarización de la comunicación entre las partes. Es decir, la creación de reglas, normas y lenguaje para el entendimiento mutuo de los actores del sistema financiero internacional y, por esta vía, la creación de una comunidad financiera global (Swift, 2016).

En relación a la **Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)** —Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero—, esta entró en vigor en 1977 y es aplicada a nivel mundial, vía jurisdicción universal y extraterritorialidad de EEUU, e implementada por el Departamento de Justicia (DOJ) y la OFAC del Departamento del Tesoro (Romano y Britto, 2021). La FCPA tiene por función “prevenir, investigar y sancionar actos de corrupción y soborno de individuos, empresas y funcionarios estadounidenses, así como a las mismas partes extranjeras, (...) incluso donde no se ha presentado una conexión con empresas, funcionarios o individuos de EEUU”. Esta herramienta es compatible con la postura de seguridad de EEUU en tanto la corrupción ha sido incluida, en los últimos años, como una de las amenazas a su seguridad nacional, securitizando de esta forma el tratamiento contra la corrupción. La FCPA es el instrumento jurídico de disciplina del mercado internacional (Romano y Britto, 2021).

Luego de la creación, en 1989, del FATF/GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional) por el G7 y la acción conjunta del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial,

a principios de los años 90 se crearon las **unidades de inteligencia financiera (UIF)**. Asentadas en cada Estado-Nación, como su nombre lo indica, su misión principal es generar inteligencia, la cual se realiza, en especial, a través del análisis estratégico y la supervisión del cumplimiento de las recomendaciones normativas del GAFI (FMI, 2005). El conjunto de las UIF constituye, en otras palabras, la red neurológica del sistema financiero globalizado.

El *soft law* puede ser definido como “[u]n conjunto de instrumentos regulatorios y mecanismos que, aunque implican algún tipo de compromiso normativo, no se fundamentan en reglas vinculantes o un régimen de sanciones formales [...] pero sí ‘efectos prácticos’ desde un punto de vista normativo, en el sentido de que es capaz de orientar la conducta de determinados agentes” (Sanz y Folloni, 2017: 245).

Por su parte, el derecho global puede ser entendido de forma genérica de dos maneras. Por un lado, como un proceso de creciente juridización de la globalización, empujada por sus propios desarrollos, que superan las capacidades de regulación interna e internacional de los Estados nación modernos. En este sentido, el derecho global tendría su origen en la incapacidad de la propia forma de organización de la sociedad internacional en Estados nación para la ordenación de las relaciones humanas y ecológicas globalizadas. Por el otro, debe ser apreciado como la acumulación de los productos normativos jurídicos de aquel proceso que conduce a una diversidad de ordenamientos jurídicos solapados e interrelacionados. Por esta vía, el derecho global subsumiría a la función reguladora interna e internacional de los Estados nación y, a su vez, trascendiéndola, reconocería otras fuentes de producción jurídica normativa y de autoridad jurisdiccional diferentes al Estado (Frydman, 2018; Darnaculleta Gardella, 2016; Domingo Oslé, 2020).

Por supuesto, el desbordamiento de la capacidad reguladora (nacional e internacional) del Estado nación no afecta a todos por igual. EEUU y algunos pocos Estados participan activamente en la producción de las reglas del juego global y luchan, así mismo, por la confección de la normatividad jurídica junto y/o contra las redes transnacionales de poder. Por aquí también pasa la disputa por la hegemonía global, al igual que las relaciones Norte-Sur y centro-periferia (Pinheiro Guimaraes, 2004). De ahí que Serguéi Lavrov (2021), actual ministro de relaciones exteriores de Rusia, afirmara de forma reciente que “... [en] los documentos aprobados en Cornualles y Bruselas se recoge la promoción de idea del “orden mundial basado en las reglas” que hace de contrapeso a los principios universales del Derecho Internacional recogido, en primer lugar, en la Carta de ONU. Los países occidentales se cuidan mucho de explicar sus “normas”, evitando al mismo tiempo responder a la pregunta de para qué son necesarias, si existen miles de herramientas del Derecho Internacional aprobadas por todos [...] Imponiendo su concepto de un “orden mundial basado en las reglas”, Occidente persigue el objetivo de discutir los temas clave en foros [...] para acordar en este círculo las recetas a imponer a todos los demás [...] Mientras, en el sistema de la ONU hay foros universales [...] pero Occidente prefiere

establecer sus “reglas” [...] El Occidente histórico en su conjunto que dominó el mundo durante unos 500 años se da cuenta de que esta época se aproxima a su fin, pero preferiría mantener las posiciones que pierde, frenar artificialmente el proceso objetivo de formación del mundo policéntrico” (párrs. 5 y 18-19).

De modo que es de notable relevancia, entre los cuatro factores mencionados, la creación del derecho global mediante la participación restringida o limitada y, en muchos aspectos, desconociendo o contrariando el derecho internacional.

La actividad financiera es por excelencia la prototípica y la clave de la globalización; por consiguiente, se ha convertido en “sector de referencia” del derecho administrativo global (Darnaculetta Gardella y Salvador Armendáriz, 2010). Allí diversas organizaciones internacionales, muchas de ellas privadas, confluyen en la producción jurídica normativa; regulación y supervisión que pasa por redes transnacionales de cooperación internacional donde la autorregulación juega un papel central, asistiendo a un proceso creciente de administraciones internacionales privadas o híbridas para la resolución de conflictos surgidos del propio funcionamiento del sistema financiero internacional (Darnaculetta Gardella y Salvador Armendáriz, 2010).

En este proceso de creación del derecho global en el ámbito financiero se puede identificar, en muchos casos, dos fases. Una primera de gestación normativa privada o mixta internacional, donde opera la autorregulación y la cooperación transnacional de autoridades estatales y, posteriormente, una fase de recepción pública a nivel estatal (Darnaculetta Gardella y Salvador Armendáriz, 2010). Esta forma de “cadena de producción normativa”, con múltiples centros de producción en diferentes escalas e intensidades de participación (Frydman, 2018), puede entenderse, también, a modo de tercera consideración del derecho global. Son redes globales de producción jurídica que si bien pueden ser catalogadas de pluralistas (Frydman, 2018) por su diversidad, son, así mismo, de naturaleza restringida, tal como lo ha denunciado Lavrov (2021).

Por último, y en relación al último elemento, cabe señalar que si hay un desbordamiento de las actividades socioeconómicas del capital globalizado en relación a la capacidad regulatoria estatal, es entendible que el dispositivo de poder-Estado que permite la protección del sistema y la coerción de potenciales o reales agentes de amenaza (internos o externos) no pueda ya anclarse a futuro en el Estado nación o, por lo menos, no en cualquier Estado. Mientras tanto, los Estados con mayores capacidades relativas materiales (en especial, las militares) siguen cumpliendo esta función. Siguiendo a Harvey (2003), en la relación ambigua entre la lógica del poder político territorial-estatal y la lógica de acumulación incesante del capital, “cualquier potencia hegemónica, para mantener su posición en relación con la acumulación incesante de capital, debe tratar incesantemente de extender, expandir e intensificar su poder” (Harvey, 2003: 44) Esta es la advertencia histórica de la “sobre expansión imperial” que realizaba Paul Kennedy para los EEUU en 1990, en cuanto debía evitar el destino de declive y extinción de las

potencias hegemónicas precedentes, y que no fue atendida por EEUU, quien continuó su crecimiento político y militar (Harvey, 2003). Una especie de carrera, cada vez más exigente, para el poder político territorial en su intento de mantener la estructura de poder óptima y a la par a la acumulación de capital.

Harvey (2003:45) concluye con el siguiente interrogante central para nuestro tiempo: “Si Estados Unidos ya no es por sí mismo suficientemente extenso y dotado de recursos como para controlar la economía mundial considerablemente expandida del siglo XXI, ¿qué tipo de acumulación de poder político, y bajo qué tipo de organización política, será capaz de ocupar su lugar, dado que el mundo sigue todavía empeñado en una acumulación sin límites del capital?”

Llegados a este punto, se ha afirmado que el *lawfare* ancla las condiciones materiales para su existencia, desarrollo y funcionamiento en el orden de la globalización neoliberal, específicamente en el sistema del capitalismo financiero. Pero, ¿de qué modo?

Interdependencia armada

Conforme a lo expuesto, dos modalidades pueden ser identificadas empíricamente en el *lawfare*. Una de naturaleza más internacional/global y otra de política interméstica de persecución judicial-mediática, siendo esta última la expresión primordial, pero no única, en América Latina. La expresión más acabada del *lawfare* internacional/global son las denominadas “sanciones económicas”, en especial las de carácter financiero, dirigidas contra un Estado o gobierno en particular. Y en la segunda modalidad, la del *lawfare* glocal o interméstico, la expresión más refinada ha sido hasta la fecha la persecución judicial culminante en la privación de la libertad física y proscripción de líderes y movimientos políticos nacionales/populares por la vía de la lucha anticorrupción. Ahora bien, más allá de las diferencias de modalidades, lo que tienen en común, y lo que interesa en esta ponencia, es la concurrencia de ambos como un mismo fenómeno, en las mismas condiciones objetivas y estructurales de posibilidad.

En el apartado anterior se mencionó que los cinco factores nombrados permitían concebir y hacer funcionar al capitalismo financiero globalizado como un sistema, uno de naturaleza reticular. De este modo, el sistema Swift sería la infraestructura de comunicación e interconexión entre nodos; la FCPA y otras normativas conexas, el mecanismo de control universal centralizado en EEUU; las UIF como la red neurológica que permite al sistema conocerse a sí mismo, en otras palabras, identificar cuáles son los nodos principales, secundarios y los flujos cambiantes para el control del sistema como unidad, entender su funcionamiento dinámico; el *soft law* y el derecho global serían **la cadena de producción** creciente de normativas jurídicas para la regulación, estandarización, entendimiento y resolución de conflictos entre las partes del sistema (Frydman, 2018); y el dispositivo de poder, aún hoy estatal, la estructura de protección, la garantía de funcionamiento y la coerción/eliminación de los agentes de amenaza.

Estas condiciones objetivas permiten crear a las fuerzas neoliberales unas condiciones estructurales de segundo orden para el desarrollo y funcionamiento del *lawfare*. Esta afirmación se explica a partir de la perspectiva de **interdependencia armada** de Farrell y Newman (2019). Por medio de esta, los autores visibilizan los factores estructurales de las redes globales no contemplados por la perspectiva de la **interdependencia compleja**. Así, citando la afirmación “evocadora de Rosa Brooks [de que] ‘la globalización ha creado un mundo en el que todo se convirtió en guerra’”, Farrell y Newman (2019: 43) parten del significado sociológico de **estructura** como aquello que impone restricciones objetivas a los actores para afirmar que las redes económicas globales presentan una topografía asimétrica por la cual los flujos correrían por unos pocos nodos intermedios centralizando el intercambio con el paso del tiempo. “El crecimiento asimétrico significa que la globalización, como otras formas de actividad humana en red, genera redes con una marcada desigualdad de influencia” (Farrell y Newman, 2019: 50).

En aquellos Estados donde se forman los nodos que concentran los principales flujos de información, capital, ideas y actividades, las redes económicas globales se **cruzan** con las instituciones y normas [jurídicas] nacionales, que ejercen una jurisdicción efectiva sobre aquellos y convierten “las ventajas estructurales [interdependientes] en armas con fines coercitivos” (Farrell & Newman, 2019); esto es, como ellos mismos lo afirman, con fines estratégicos. “Por lo tanto, las estructuras que fueron generadas por los actores del mercado en pos de la eficiencia (...) [podríamos decir con Harvey (2003), bajo la lógica del capital] pueden ser utilizadas por los Estados para propósitos muy diferentes” (Farrell & Newman, 2019: 54). Esta divergencia de propósitos va creando un conflicto creciente entre la lógica política estatal de EEUU y la lógica de los capitalistas; es el uso de la interdependencia como arma a través de la propia red de la globalización neoliberal. El uso estratégico de la interdependencia brinda dos capacidades o armamentos relacionados. Por un lado, “el efecto panóptico”, la capacidad de obtener conocimiento crítico de los flujos de información que entrega una ventaja clave a los Estados privilegiados, que a su vez compensa el entorno de información débil o incertidumbre característico de la política global. Y, por el otro, “el efecto punto de estrangulamiento”, que es la capacidad de limitar o penalizar el acceso y uso de nodos y flujos críticos. De la combinación de armas en relación a la extensión y topografía de las redes, los Estados pueden desplegar diferentes estrategias unilaterales o cooperativas con aliados. Este es el caso de EEUU y Europa occidental, donde buena parte de los nodos financieros principales están radicados en su territorio bajo la jurisdicción, instituciones y normas estatales (Farrell & Newman, 2019).

Por esta vía, se entiende entonces que las redes de producción jurídica global, igualmente formadas a partir de la asimetría topográfica mencionada, pueden ser usadas, así mismo, de forma estratégica.

Autoridad artificial penetrante

De acuerdo con Alexandra Hofer (2020), desde la perspectiva del Estado emisor, las denominadas **sanciones financieras internacionales** tienen un carácter punitivo en cuanto constituyen un castigo que implica un coste para el actor que se considera responsable de un comportamiento indebido o contrario a la normativa internacional, vía interpretación jurídica unilateral del emisor. Por lo tanto, es **vertical por naturaleza** pues el Estado sancionador adopta una posición de autoridad –sin tenerla, y por consiguiente sin la base de legitimidad material necesaria– y, además de estigmatizarlo y calificarlo moralmente como malo, ubica de paso al otro, al Estado sancionado, en una posición de subordinación o inferioridad. Como resultado, las sanciones financieras internacionales niegan la igualdad jurídica soberana sobre la que se sustenta el orden del derecho internacional vigente, creando una jerarquía de facto entre sancionador y sancionado. Es decir, una forma de organización vertical, de supra/subordinación y estratificada de las relaciones internacionales (Hofer, 2020). En consecuencia, y apartándome de la conclusión de la autora en cuanto a que “las sanciones **crearían** una jerarquía, se considera que más acertado es afirmar que refuerzan o pretenden conservar la existente. Las **sanciones o medidas restrictivas** no buscarían el efecto de “crear”, sino de mantener o resguardar el *statu quo* global, hoy en transición favorable hacia el continente asiático. Es decir, mediante aquellas se pretende conservar la posición privilegiada alcanzada en la modernidad capitalista por Occidente en general y EEUU en particular, mediante las prácticas del colonialismo e imperialismo y sus correspondientes guerras de agresión. De ahí que esta expresión del *lawfare* internacional/global cumpla con uno de sus objetivos primordiales: “la materialización de la asimetría, la colonialidad y la dependencia” (Romano, 2019), interfiriendo en “la reconfiguración de la correlación de fuerzas internacional” (Tirado, 2021).

En cuanto mera idea, las “medidas restrictivas financieras internacionales” y, por supuesto, su aplicación efectiva, solo son posibles ante la existencia de una interconexión infraestructural sistémica global que permite el flujo financiero y los pagos transfronterizos del comercio internacional, aunado al uso coercitivo del acceso a información e inteligencia que permite el entendimiento de las conexiones económicas-financieras vitales del Estado objetivo del *lawfare*.

Por su parte, la persecución judicial-mediática vía lucha anticorrupción se hace posible solo a partir de la conquista de los imaginarios interpretativos judiciales y de opinión pública (y de sus agentes) lograda por el *lawfare* en su fase de guerra de información (sobre hechos) y guerra cognitiva (sobre conocimiento y conceptos) (Estepa *et al.*, 2021). Se trata de una combinación entre el derecho global –sus redes de producción, interpretación y aplicación– y las operaciones de guerra cognitiva y de información; estas últimas como modos de la guerra híbrida operadas a través del comando de comunicación estratégica. Al respecto, **Estepa y otros** sostienen: “El *lawfare* crea una base

interpretativa [artificial] a la construida [históricamente] por una sociedad, que trastoca las percepciones, valores, significados y hasta significantes del ordenamiento jurídico. Es decir, las herramientas que permiten la interpretación judicial de jueces, [la actuación en derecho de las] autoridades gubernamentales y [el entendimiento del orden jurídico vigente por] la sociedad en general. Y de contera, una nueva delimitación de lo legal e ilegal, de lo justo e injusto, [y de lo bueno y lo malo]" (2021: 943).

Sin adentrarnos en la interdependencia comunicacional que facilita internet y la inteligencia artificial, esta operación de guerra es posible ante el proceso creciente de fabricación del derecho global y el *soft law*. Como se dijo, mediante este proceso, que implica en muchos casos la subsunción del derecho estatal en él, organizaciones globales privadas, internacionales públicas, híbridas, de cooperación transnacional, supranacional y otros Estados con las capacidades para su producción (v. gr., EEUU) dan paso a diferentes normatividades y regulaciones globales. Se podría afirmar, ya que se ha extendido como explicación la captura del Estado por parte de las élites, que se trata de una **captura del derecho** por parte de redes transnacionales privilegiadas de la sociedad internacional.

Empero, no sería del todo acertado, pues en la trayectoria de la construcción del derecho occidental se logró implantar el monismo jurídico y jurisdiccional, gracias a **los moldes liberales decimonónicos** empleados en la formación jurídica y por la **expropiación del Estado** territorial moderno del entramado normativo pluralista precedente, conduciendo al mito de **que todo derecho no puede concebirse por fuera del Estado nación** (Botero, 2020). Por consiguiente, desde la perspectiva histórica, sería más bien una especie de **reivindicación** o retorno del reconocimiento material de la producción pluralista del derecho; producción normativa que en la globalización neoliberal es restringida a unos pocos actores.

Por esta vía, los principios, reglas, normas, interpretaciones y prácticas jurídicas y judiciales derivadas de la FCPA y normas conexas, fabricados por fuera de la cadena productiva de los Estados nación latinoamericanos, logran implantarse y superponerse al sistema jurídico nacional creando una interferencia artificial en el orden jurídico nacional. Adicional, todo esto acompañado y garantizado por las capacidades materiales con las que cuenta el dispositivo de poder estatal estadounidense para lograr, en las autoridades políticas y judiciales nacionales reticentes a la operación de *lawfare*, el comportamiento adecuado para la conservación y reproducción del sistema capitalista neoliberal.

Lawfare: despliegue estratégico del *smart power* (poder inteligente)

Se ha aceptado de manera mayoritaria, sea para transformar tal situación o conformarse con los temporales beneficios parciales de la dependencia, que la posición de los

países latinoamericanos en las redes globales y en la estructura del sistema es periférica, marginal y de potencias secundarias o menores. En consecuencia, la influencia y participación de los Estados latinoamericanos en la **cadena de producción del derecho global** (Frydman, 2018) es menor o nula en comparación con otros actores.

Se ha sostenido que el *lawfare* implica el “uso estratégico del derecho” (Zanin Martins *et al.*, 2019), un modo de hacer la guerra, y en esta medida, como expresión del *hard power* (poder duro), el cual se encamina al ejercicio de la coerción para obtener la obediencia debida. No obstante, contemplado en su totalidad y a partir del componente *law* –ley en sentido genérico, como derecho–, el *lawfare* es, más bien, un despliegue de poder inteligente o *smart power* que un poder duro o blando (*soft power*).

El *smart power* “es un enfoque que subraya la necesidad de un ejército fuerte, pero también invierte mucho en alianzas, asociaciones e instituciones en todos los niveles para expandir la influencia estadounidense y establecer la legitimidad de la acción estadounidense” (Armitage & Nye Jr., 2007: 7).

Derivado de la introyección, el reconocimiento intrínseco, la aceptación de su autoridad (Raz, 1985) o del convencimiento racional que todo ordenamiento jurídico pretende, y siguiendo en la definición de *smart power* a Nye Jr. (2003) y Armitage y Nye Jr. (2007), el *lawfare* combina la coacción normativa de la fuerza de la ley (amenaza de sanción punitiva o aplicación de la misma) dirigida contra los enemigos específicos con la capacidad de atracción y/o persuasión de los valores, las ideas y las instituciones que aglutina y desarrolla dirigida contra los órdenes jurídicos, los sistemas judiciales y las sociedades latinoamericanas en general para que asuman las preferencias valorativas de los determinadores del *lawfare*; en este caso, de las redes transnacionales neoliberales con principales nodos en EEUU y Occidente. En relación a esto, Armitage & Nye Jr. sostienen que “... [e]s poco probable que la posición de Estados Unidos como única potencia mundial dure para siempre, y Estados Unidos debe encontrar formas de transformar su poder en un consenso moral que garantice la aceptación voluntaria, si no la promoción activa, de nuestros valores a lo largo del tiempo. Esto requerirá combinar el poder duro y el blando en una estrategia de poder inteligente para trabajar por el bien global. América debe aprender a hacer cosas que otros quieren y no pueden hacer por sí mismos, y hacerlo de manera cooperativa” (2007: 12).⁽²⁾

La cooperación con socios internacionales de la que Armitage y Nye Jr. hablan para “hacer cosas que otros quieren y no pueden hacer por sí mismos” a partir de “un consenso moral que garantice una aceptación voluntaria”, es decir, que asegure la posición de autoridad de EEUU o de sus redes neoliberales a cargo de aquel y de los Estados latinoamericanos, podría verse reflejada en el *lawfare* latinoamericano.

(2) La traducción me pertenece.

Mediante la formación de marcos normativos y de opinión, aun sea de manera coyuntural, como agendas políticas nacionales, regionales o globales revestidas de legitimidad (lucha anticorrupción, protección de los derechos humanos, defensa de la paz y seguridad internacional, etc.), más la imagen favorable de defensores del orden jurídico establecido, vía guerra cognitiva y de información sobre los órdenes jurídicos nacionales, el *lawfare* otorga de manera artificial la posición de autoridad jurídica y la consecuente influencia a sus perpetradores, la cual constituye la dimensión blanda del poder. Es en este punto donde radica la potencialidad y la capacidad penetrante del *lawfare* en los sistemas y órdenes jurídicos latinoamericanos.

La influencia y la persuasión, como fines del componente *soft* del poder inteligente por medio del cual se despliega el *lawfare*, se logran vía operaciones de guerra cognitiva y de información a través de los medios de comunicación tradicionales y digitales como de la convergencia mediática, reforzando de este modo el poder normativo conseguido en la producción de sanciones y normas jurídicas globales: “Lo que caracteriza al ámbito cognitivo contemporáneo es la accesibilidad masiva de la tecnología aplicada a las telecomunicaciones y a la gestión de información, la superabundancia informativa y de canales de difusión y terminales individuales de recepción puestos asequiblemente al alcance de la masa social [...] El lenguaje periodístico o tertuliano preponderante [...] incorpora elementos simplificadores implícitos sobre la construcción de los conceptos asociados a los términos empleados reiteradamente en la semántica de los medios de comunicación (i.e. uso frecuente de parámetros de reduccionismo binario, como la categorización progresista-retrógrado) [...] Las capacidades militares integradas para actuar sobre el ámbito cognitivo han devenido en la función denominada comunicación estratégica o STRATCOM” (de Espona, 2019: 60-61).

Tomando en cuenta los anteriores elementos –posición periférica, sociedad global, guerra de información/cognitiva y *smart power*–, el *lawfare* operaría de manera híbrida entre la coerción reticular de la interdependencia armada y la influencia de una autoridad artificial. Como parte del sistema político-jurídico, el Poder Judicial en los Estados latinoamericanos estaría sometido a la penetración y no propiamente a la injerencia. “Un sistema político penetrado es aquel en el que participan en la toma de decisiones actores no nacionales –actores que pertenecen a otra unidad política– pero que tienen la legitimidad y la autoridad para estar en estas posiciones de poder” (Rosenau, en Velosa Porras, 2012: 42). Por lo tanto, el desarrollo del *lawfare* en los órdenes jurídicos de los Estados latinoamericanos operaría sobre la base de la penetración para el uso estratégico del derecho, global y estatal. Por consiguiente, el desarrollo y el funcionamiento del *lawfare* estarían dados por la autoridad artificial penetrante más que por la injerencia.

La consideración de actores políticos nacionales/populares –líderes/as y movimientos– como enemigos del orden jurídico establecido por parte de agentes del Poder Judicial nacional vendría de la mano de la influencia y persuasión lograda, por una parte, por

las guerras de información y cognitivas operadas a través de las campañas mediáticas, bajo el comando de la comunicación estratégica militar (*stratcom*), más la capacitación y formación profesional operadas bajo agencias de inteligencia revestidas de cooperación técnica internacional que acompaña al *lawfare* latinoamericano. Y, por otra, por las posiciones de autoridad artificial de **poderes exógenos** a los órdenes nacionales brindadas por las redes asimétricas y jerárquicas de la cadena de producción del derecho global. Como resultado, la influencia operaría en dos niveles: uno subjetivo y otro objetivo o estructural.

En el primer caso, en el nivel subjetivo, las campañas mediáticas, constituidas en guerras de información y cognitivas, no solo afectan a la opinión pública, sino que también trastocan los sentidos y herramientas interpretativas de los jueces y magistrados quienes, al ser parte de la sociedad, no se pueden extraer, como en una burbuja, de los medios de comunicación y las redes sociales digitales. Por ejemplo, en el modelo adversarial-acusatorio del proceso penal el **"periodismo de investigación"** revela y adelanta, en etapas muy tempranas del proceso, elementos que serán luego aportados por el ente acusador, tales como los esquemas de estructura de aparentes organizaciones criminales de corrupción elaborados por la policía judicial donde el blanco político del *lawfare* encabeza la organización, todo con el ánimo de influir de manera anticipada e irregular en la mente del juez por fuera del proceso judicial. Claro, todo esto sin adentrarnos en el debate sobre la verdad jurídica procesal como marco y límite de actuación y decisión jurisdiccional.

En el segundo caso, en el nivel objetivo, el sistema y orden jurídico sobre los que actúa el Poder Judicial para la toma de sus resoluciones ya no son producidos, de manera exclusiva, como se piensa aún desde el modelo del Estado de derecho liberal clásico, por el poder legislativo. Tal como se ha expuesto, **la cadena de producción del derecho global y el soft law**, cuyos productos en muchos casos son recibidos o integrados por el derecho estatal, están conformados por múltiples actores, muchos de ellos de naturaleza privada o Estados con gran poder como EEUU (Frydman, 2018). Así, por ejemplo, la FCPA y las normas sobre lavado de dinero; o los estándares y las normas sobre contabilidad en el sector financiero realizadas por la International Accounting Standards Board (IASB), una organización internacional compuesta por entidades privadas; o las NIIF "elaboradas por la International Financial Reporting Standards, IFRS [...] Normas Internacionales de Información Financiera, [que] aunque carecían de fuerza jurídica vinculante, venían siendo utilizadas por las grandes empresas multinacionales en todo el mundo" (Darnacullea Gardella y Salvador Armendáriz, 2010: 160). Aquellas y otras son la base de los programas de *compliance* en las empresas y de la actuación judicial contra la corrupción y el lavado de activos. En este mismo nivel deben ubicarse también las formaciones de jueces y fiscales en programas internacionales o extranjeros de EEUU o de cooperación jurídica técnica internacional –v. gr., el International Visitor Leadership Program (IVLP), del Departamento de Estado o el

proyecto Puentes (Romano, 2019)–, los cuales permiten que la visión, la lógica, las interpretaciones y las prácticas de los nodos principales de producción jurídica y jurisdiccional sean asimiladas por los agentes de los poderes judiciales latinoamericanos, logrando la influencia y persuasión necesaria y suficiente para el desarrollo y funcionamiento de *lawfare* en América Latina a partir de una autoridad artificial penetrante y el ejercicio coercitivo del derecho.

Conclusiones

Caracterizado como una operación de guerra híbrida, el *lawfare* desarrolla el *smart power* a horcajadas entre la coerción normativa y la influencia valorativa, lo que explicaría su capacidad penetrante en los sistemas y órdenes jurídicos latinoamericanos. El *lawfare* como despliegue del *smart power* hace uso de la fuerza del derecho –de la sanción punitiva–, en especial del derecho global que ha logrado, en buena medida, subsumir, subordinar y/o instrumentalizar al derecho estatal (v. gr., el derecho penal) y desplazar al derecho internacional público. Esto es, el componente de *hard power*. Y, a su vez, utiliza la influencia y atracción de los valores, normas e instituciones neoliberales, logrando un consenso moral y una aceptación suficiente para posicionar a las redes neoliberales como autoridades artificiales mediante las operaciones de guerra cognitiva, de información y las capacitaciones técnicas de cooperación internacional. Es decir, el componente de *soft power*.

En conclusión, el reforzamiento artificial de la posición de autoridad que otorga el *lawfare* a Estados Unidos mediante el uso de la interdependencia armada, con el fin de responder a la pérdida relativa de su condición en la estructura internacional, a través de la impostura de sus guerras contra los violadores de derechos humanos o en su lucha contra la corrupción, genera una influencia penetrante en los órdenes jurídicos y los poderes judiciales latinoamericanos, los cuales han desempeñado un papel instrumental protagónico en la desestabilización de sus propios sistemas políticos-jurídicos domésticos a los que pertenecen. Es decir, han desplegado, ¡una guerra contra sí mismos!

Referencias

Arroyo, Luis 2012 *El poder político en escena*. (Barcelona: RBA Libros S. A).

Botero, Andrés 2020 "Breve historia de la idea del derecho nacional: la excepción se hizo regla" en Fabra Zamora, Jorge Luis (ed.) *Las transformaciones del derecho en la globalización* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas_UNAM) Vol. Series versiones de autor 20. //tinyurl.com/yxmlo9fl

- Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica [Celag].** 2021 *El lawfare y los recursos naturales estratégicos. Discusión de trabajo* [mimeo] (Buenos Aires: Celag).
- Darnaculleta Gardella, María Mèrce.** 2016 "El derecho administrativo global ¿Un nuevo concepto clave del derecho administrativo?" en *Revista de Administración Pública* (Madrid) N° 199. // dx.doi.org/10.18042/cepc/rap.199.01
- Darnaculleta Gardella, María Mèrce & Salvador Armendariz, María Amparo** 2010 "Nuevas formulas de génesis y ejecución normativa en la globalización: el caso de la regulación de la actividad financiera" en *Revista de Administración Pública* (Madrid) N° 183. // bit.ly/3CidHln
- de Espona, Rafael José** 2019 "Las operaciones militares en el ámbito cognitivo: aspectos jurídicos" en *Instituto Español de Estudios Estratégicos Cuadernos de estrategia. Límites jurídicos de las operaciones actuales: nuevos desafíos* (Madrid) N° 201.
- Domingo Oslé, Rafael** 2020 "Derecho global y comunidad humana global" en J. Fabra Zamora, Jorge Luis (ed.) *Las transformaciones del derecho en la globalización* (México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM) Vol. Serie versiones de autor 20. // tinyurl.com/yxml9fll
- Dunlap Jr., Charles** 2017 "Introducción a la guerra jurídica. Manual básico" en *Military Review. Edición hispanoamericana* (Kansas). // tinyurl.com/a886mhxj
- Estenssoro, Fernando** 2018 "Escasez de recursos naturales y crisis ambiental como amenazas estratégicas a la seguridad de los Estados Unidos. Las implicancias para América Latina en el siglo XXI" en *Estudios Avanzados* (Santiago de Chile), N° 28. www.revistas.usach.cl/ojs/index.php/ideas/article/viewFile/3154/2866
- Estepa, Constanza y Maisonnave, Marcelo** 2021 Entrevista a Silvina Romano: "El lawfare es un concepto en disputa pero no solo en términos académicos, sino más bien en términos políticos" en Rajland. Beatriz, Machado Fagundes, Lucas y Burgos Matamoros, Mylai (coords.), Rivera Lugo, Carlos (ed.) *Crítica jurídica y política en Nuestra América. El lawfare: un concepto en disputa* (Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales-CLACSO) Grupo de trabajo, boletín 7. // bit.ly/3jtHuiM
- Estepa, Constanza; Maisonnave, Marcelo & Britto Londoño, Rafael** 2021 "Lawfare y concepción del Derecho", V Jornadas Internacionales de Estudios de América Latina y el Caribe. Escenario regional de ofensiva capitalista y rebeliones populares, CABA, 27 al 29 octubre de 2021.
- Farrell, Henry. & Newman, Abraham. L.** 2019 "Weaponized Interdependence: How Global Economic Networks Shape State Coercion" en *International Security* (Boston) Vol. 1, N° 44. // doi.org/10.1162/isec_a_00351
- Fondo Monetario Internacional [FMI]** 2004 *Unidades de Inteligencia Financiera. Panorama general.* (Washington, DC: Fondo Monetario Internacional/Grupo del Banco Mundial) Vol. Manuales y Guías. // doi.org/10.5089/9781589063631.069
- Frydman, Benoit** 2018 (2014). *Breve manual práctico de derecho global* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia).
- Harvey, David** 2004 (2003). *El nuevo imperialismo* (Madrid: Akal) Vol. 26: Cuestiones de antagonismo.

- Hofer, Alexandra** 2020 "Creación y contestación de la jerarquía: efecto punitivo de las sanciones en un sistema horizontal" en *Revista CIDOB d'Afers Internacionals* (Barcelona), N° 125. doi. org/10.24241/rcai.2020.125.2.15
- Lavrov, Serguei** 2021 "El derecho, los derechos y las reglas" en *Red Voltaire*. <https://www.voltaire-net.org/article213583.html>
- Medici, Alejandro** 2021 "La guerra jurídica asimétrica como dispositivo de colonialidad del poder" en Rajland. Beatriz, Machado Fagundes, Lucas y Burgos Matamoros, Mylai (coords.), Rivera Lugo, Carlos (ed.) *Crítica jurídica y política en Nuestra América. El lawfare: un concepto en disputa* (Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales-CLACSO) Grupo de trabajo, boletín 7. //bit.ly/3jtHuim
- Nye Jr, Joseph. S** 2002 (2003). *La paradoja del poder norteamericano* (Bogotá: Taurus).
- Nye Jr, Joseph. S. & Armitage, Richard. L.** 2007 *CSIS Commission on smart power. A smarter, more secure America* (Washington: Center for Strategic and International Studies (CSIS). //carnegieendowment.org/files/csissmartpowerreport.pdf
- Observatorio Lawfare Celag** 2021 "No todo es lawfare". www.celag.org/no-todo-es-lawfare/
- Phillips, Dom.** 2015 "Brazil's new hero is a nerdy judge who is tough on official corruption" en *The Washington post*. wapo.st/3o3qQdj
- Pinheiro Guimaraes, Samuel** 2004 *Cinco siglos de periferia. Una contribución al estudio de la política internacional* (Buenos Aires: Prometeo libros).
- Raz, Joseph** 1985 (1979) *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral* (México DF: UNAM).
- Romano, Silvina** 2019 "Introducción. Lawfare, judicialización de la política y neoliberalismo en América Latina" en Romano, Silvina (comp.) *Lawfare: guerra judicial y neoliberalismo en América Latina* (Buenos Aires: Mármol/Izquierdo Editores/Tarahumara/Celag).
- Romano, Silvina y Britto Londoño, Rafael** 2021 "Ley anticorrupción de Estados Unidos y lawfare en América Latina". www.celag.org/ley-anticorrupcion-de-estados-unidos-y-lawfare-en-america-latina/
- Sanz, Rafael., & Folloni, André** 2017 "El soft law como fuente del derecho internacional: reflexiones desde la teoría de la complejidad" en *Revista de Dereito Internacional* (Brasilia) Vol.14, N° 3. www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/5021/0
- Swift** 2016 "SWIFT: The global financial messaging provider". www.swift.com/swift-resource/23621/download
- Tirado, Arantxa** 2021 *El lawfare. Golpes de estado en nombre de la ley* (Madrid: Ediciones Akal S. A).
- Velosa Porras, Eduardo** 2012 "Las ideas y la política exterior colombiana: una mirada desde la teoría del rol nacional y el institucionalismo discursivo" en Jost, Stefan (ed.) *Colombia ¿Una potencia en desarrollo? Escenarios y desafíos para su política exterior* (Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung).

Zanin Martins, Cristiano; Zanin Martins, Valeska Teixeira & Valim, Rafael 2019 *Lawfare: uma introdução* (San Pablo: Editora Contracorrente).

SILVINA M. ROMANO*

El *lawfare* y su trayectoria en América Latina: antecedentes y alcances del concepto**

Antecedentes

La postura del *mainstream*

La discusión sobre *lawfare* cobró visibilidad y cierto protagonismo, en primer lugar, en el campo de las relaciones internacionales (RRII) y del derecho internacional, vinculada al ámbito militar. En esta intersección se impusieron las lecturas del *establishment* militar y neoconservador estadounidense, que siguen teniendo peso en términos de cantidad de publicaciones y utilización sistemática del concepto (Dunlap Jr., 2009; Kittrie, 2016). Según Dunlap Jr. (2001), el *lawfare* es un método de guerra no convencional en el que se utiliza la ley como un medio para conseguir un objetivo militar. Originalmente se utiliza en términos negativos: el *lawfare* sería el mal uso o abuso de la ley contra EEUU o sus aliados (principalmente Israel), por parte de gobiernos, grupos políticos, "sectas terroristas", organismos no gubernamentales, etcétera, que carecen de los medios y la fuerza para enfrentamientos convencionales y directos.

La obra de Dunlap menciona como antecedente y disparador de la discusión el trabajo de Rivkin y Casey (2003), donde se postulan que tanto aliados como adversarios de EEUU utilizan la ley para condicionar el poder estadounidense. A su vez, retoma principalmente la noción de *lawfare* como parte de la guerra no convencional, protagonizada por actores no estatales, retomando lo sostenido por expertos en geopolítica de la República de China (Liang y Xiangsui, 1999), que llegan a afirmar que el uso de la ley puede tener efectos tan destructivos como el uso de la fuerza. A su vez, desde la academia RRII

(*) Investigadora Adjunta de Conicet. Coordinadora de la Unidad de Análisis Geopolítico y del Observatorio de *Lawfare* del Celag. Doctora en Ciencia Política. Licenciada en Historia y Licenciada en Comunicación Social (Universidad Nacional de Córdoba).

(**) El texto es parte de una investigación publicada en la revista *Nullius. Revista de pensamiento crítico en el ámbito del derecho* (2021) DOI: <https://doi.org/10.33936/revistaderechos.v2i2.4074>

estadounidense, se describe como *lawfare* la estrategia de China para dirimir los conflictos limítrofes y de soberanía en las costas al sur de su territorio (Kittrie, 2016; Cheng, 2012). A su vez, la noción de guerras no convencionales, que involucra diversos actores no estatales, así como múltiples amenazas, etc., vincula al *lawfare* con las nuevas guerras o guerras híbridas (Korybko, 2019; Muñoz Mosquera & Bachmann, 2016; Andrei Josan, 2015) y la guerra psicológica (Romano, Tirado y García Sojo, 2019), cuestiones tratadas desde perspectivas teóricas y político-ideológicas antagónicas.

Tanto Dunlap Jr. (2009) como Kittrie (2016) han cuestionado el carácter negativo del concepto, reformulando el *lawfare* desde un sentido positivo, en relación a la posibilidad de que EEUU utilice la ley en favor de sus intereses a nivel internacional, y como un medio para evitar enfrentamientos armados directos. Desde esta perspectiva, se impulsa y justifica la urgente necesidad de que EEUU utilice el derecho internacional a su favor, generando estrategias que le permitan moldear la ley internacional (Kittrie, 2016). La base político-ideológica que sustenta esta posición es que EEUU e Israel, al contrario que sus enemigos, son democracias ejemplares donde impera la ley (Kittrie, 2016).

La crítica al *mainstream* desde el liberalismo

Desde posturas más afines al internacionalismo liberal o al liberalismo, han ido surgiendo una serie de críticas al discurso inicialmente dominante sobre el *lawfare*. De esta forma, Scheffer (2010) apunta a las contradicciones del discurso de EEUU e Israel, que usan la idea de *lawfare* para denunciar el modo en que el uso legítimo de la fuerza militar es coaccionado por juristas agresivos, tribunales internacionales y medios de comunicación, al mismo tiempo que reclaman la necesidad de obviar o flexibilizar al máximo la legislación internacional para responder a amenazas no convencionales como la del terrorismo. Noone (2010) advierte sobre el peligro que alberga el sentido negativo del concepto, en particular considerando que puede ser utilizado por sectores de derecha que aparentemente buscan defender la democracia liberal frente a determinados enemigos externos, pero que en la práctica reniegan de los tribunales y abogados que buscan esclarecer casos como los de Guantánamo.

También desde una posición liberal, aunque crítica con el gobierno estadounidense, en el caso de Guantánamo, se ha utilizado la noción de *lawfare* tanto para referir las tácticas de los supuestos combatientes detenidos para revertir su situación, desde la perspectiva de las armas de los débiles (Hasian, 2014), como para denunciar las estrategias desde el gobierno estadounidense para asegurar la indefensión legal de los detenidos. Luban (2008) describe como *lawfare* las políticas dirigidas a dificultar la defensa legal de militares y civiles detenidos en Guantánamo en relación a posibles casos de terrorismo. Utiliza una figura retórica (enunciada por un asesor de la administración Bush) del *lawfare* como "continuación de la guerra por otros medios" (Luban, 2008). La ley es utilizada como un arma de guerra, en este caso bajo la justificación de resguardar la seguridad nacional y eliminar a un enemigo del conjunto de la sociedad.

En particular, el caso de Guantánamo conecta con la doctrina de derecho penal del enemigo, de origen alemán. Una doctrina que adquirió nueva vigencia a partir del 9/11, en relación a la justificación legal de las invasiones de Irán y Afganistán y en la lucha de EEUU contra el terrorismo. En el trato y cárcel para los terroristas es donde este tipo de derecho (que minimiza garantías, debido proceso, etcétera) suplanta al derecho penal del ciudadano, con el agravante de que, cuando es utilizado fuera de una situación de guerra convencional, tiende a ser señalado como una muestra de autoritarismo (Back, 2018; Zaffaroni, 2006).

La perspectiva crítica

Más allá de su origen en la ortodoxia de las RRLL y el ámbito militar, el concepto ha tenido cierto recorrido en las ciencias sociales críticas, que han tendido a abreviar de la interpretación marxista del derecho. Desde esta perspectiva, la ley es una institución fundamentalmente ideológica, en su sentido de ocultación (y legitimación) de las relaciones de opresión y explotación en una sociedad (Marx, 1968 [1844]). En esta tradición, hay posturas divergentes. Desde la más apegada a la doxa marxista, podría postularse que el *lawfare* sería un concepto ideológico y no analítico o teórico, pues asume que puede haber un mal o buen uso de la ley. Desde una perspectiva materialista, la ley no responde a una necesidad moral de la sociedad, sino que es una expresión de la dominación burguesa del Estado, y una herramienta de reproducción ideológica y material del sistema (Rivera Lugo, 2021). No obstante, este argumento presupone una interpretación moral de *lawfare* como mal uso de la ley, que no tiene por qué ser el que se está realizando desde perspectivas críticas. Por el contrario, la analogía bélica puede servir precisamente para desenmascarar la ley como un campo de disputa y de lucha de clases, exactamente igual que el Estado, cuya configuración en un momento dado es expresión del equilibrio de fuerzas existente en una determinada sociedad. Hasta cierto punto, este uso se puede rastrear en algunas perspectivas con cierta influencia del marxismo y variantes de la perspectiva crítica (desde la escuela de Frankfurt, pasando por los aportes de Foucault, hasta la decolonialidad), que utilizan la noción de *lawfare* para dar cuenta de relaciones de dominación, coloniales y asimétricas.

En esta línea se encuentra el trabajo de Irani (2017), que hace un aporte desde la teoría poscolonial para dar cuenta de las asimetrías y la violencia explícita e implícita en la noción de “portadores de la ley correcta o buena” pautada desde Occidente, contra la idea de no legal, violenta o “politizada” de otras culturas. Con un planteamiento muy similar, desde la perspectiva de la geografía crítica, Jones (2016) analiza la relación entre ley y guerra, proponiendo el uso del concepto de *lawfare* para comprender la juridificación de la guerra; cuestionando las dinámicas y los procesos por medio de los cuales se define qué es lo legal, y la manera en que esa legalidad define a su vez cuándo existe una guerra y cuándo no. Este último autor problematiza la definición de guerra y su relación con la violencia, que suele reducirse al enfrentamiento armado, desconociendo la manera en

que la ley en sí misma implica violencia. Es en este sentido en el que refiere la existencia de un “*lawfare* colonial”, entendido como imposición de un determinado marco legal desde los países imperialistas, y advierte sobre la importancia de la geografía (dimensión espacial, territorial, etc.) en la existencia, posibilidad y alcances del *lawfare*.

Buena parte de estas lecturas están influenciadas por la obra de Comaroff y Comaroff (2006), que tratan la función de la ley en el orden colonial (y su reproducción), que podría asociarse a la vertiente poscolonial, inaugurada por Said (2004; 1994), donde si bien no se utiliza el concepto de *lawfare*, sí se exponen las dinámicas, herramientas y prácticas cotidianas, incluida la “legalidad” (o “ilegalidad”) implicadas en la imposición violenta de un modelo económico, político y social. En esta línea, destaca la Third World Approaches to International Law (TWAIL), escuela crítica y movimiento intelectual y político de mediados de los 90, que recupera el ideario de la Conferencia de Bandung. TWAIL rechaza que la ley internacional sea objetiva, universal y benigna. Por el contrario, afirma que la ley ha sido utilizada por las potencias para sojuzgar al tercer mundo, como instrumento de dominación y violencia (Mutua, 2000).

Otros trabajos han abordado el *lawfare* desde la perspectiva foucaultiana de la biopolítica (Hasian, 2014; Morrisey, 2011), especialmente para reconocer la existencia estrategias concretas de *lawfare* en la guerra contra el terror de EEUU. Morrisey (2011) define dos formas básicas de *lawfare* utilizado desde el gobierno estadounidense en su guerra contra el terror. La primera, la detención indefinida de supuestos combatientes enemigos utilizando el vacío legal de la Base de Guantánamo; y la segunda, la protección frente a la legislación internacional del personal militar desplegado en el extranjero. En este caso, la instrumentalización militar de la ley extiende la guerra al propio cuerpo de los detenidos, a través de la tortura legitimada por el Estado o las huelgas de hambre utilizadas por los presos.

Antecedentes en América Latina

En América Latina, destaca la presencia del término *lawfare* asociado a los estudios sobre judicialización de la política, activismo judicial, o politización de la justicia y su vínculo con los derechos humanos. Los aportes de Pásara (2007), Domingo (2009), Uprimny (2008), Zaffaroni (2004) van en este sentido. También existe una corriente muy prolifera desarrollada en torno a la judicialización de la política desde abajo que, desde nociones postestructuralistas, aborda el modo en que los miembros de la sociedad civil pueden empoderarse frente al Estado reclamando sus derechos e instrumentalizando un determinado marco legal. Se trata de una corriente que retoma y actualiza los aportes teóricos de los nuevos movimientos sociales y centra su análisis en cómo las batallas políticas en la sociedad civil acuden a los tribunales para resolver demandas (aborto, derechos sexuales, etc.), como alternativa para reclamar derechos sociales, políticos o culturales, en una disputa entre las “minorías” y el Estado (Gloppen, 2017; Gargarella, Domingo & Roux, 2006; Sieder, Schholden & Angell, 2005).

En cuanto a la judicialización de la política “desde arriba” (Hirschl, 2013), se considera el modo en que el aparato judicial se eleva por encima de los poderes del Estado para redefinir (o anular incluso) al mismo Estado, actuando en función de unos intereses políticos, propiciando la judicialización de la política y la juristocracia. En esta línea destacan los aportes de Proner, Cittadino, Ricobom y Dornelles (2018); Zanin Martins, Teixeira & Valim (2018, 2020); Zaffaroni, Caamaño y Vegh Weis (2020), que también hacen referencia al rol clave de los medios de comunicación, que espectacularizan los procesos judiciales (Barros Filho, Alburquerque Farías & Farías de Oliveira, 2017). En términos jurídicos, se ha realizado una crítica a las inconsistencias del proceso judicial, destacándose, entre otras cuestiones, la naturalización del Estado de excepción, la exacerbación del derecho penal del enemigo y la crítica a métodos como la delación premiada, incluso la contradicción entre *lawfare* y democracia o el modo en que el *lawfare* opera directamente en detrimento de la democracia liberal (Valim, 2018). También se viene trabajando sobre el rol de los organismos internacionales en los procesos de judicialización y persecución política por la vía judicial a determinados sectores de la política, con evidencias de una omisión deliberada del debido proceso judicial y articulación con la prensa, tendiente a desprestigiar y desmoralizar a estos sectores (Casado Gutiérrez & Sánchez Figuera, 2020).

En estos antecedentes suele adquirir un papel relevante la cuestión de la injerencia neocolonial en los países latinoamericanos, especialmente de EEUU, a través de la imposición e instrumentalización de marcos legales y la intromisión en las distintas arquitecturas legales nacionales. El *lawfare* se asume entonces como la continuación de la guerra por otros medios, pasa a ser una continuación de la guerra contrainsurgente, de los golpes de Estado militares de América Latina en el siglo XX, por medio de la judicialización (Proner *et al.*, 2018; Romano y Díaz Parra, 2018; Ramos, 2018). Además, utilizando o no el concepto de *lawfare*, existen numerosos trabajos que abordan el rol de los medios de comunicación concentrados y las nuevas tecnologías de la comunicación en este proceso (Castro, 2020; Gomes, 2016; Callegari, Fernandes Dias & Guerra Zaghout, 2020), así como su rol en la judicialización y la espectacularización de la política, de la corrupción y los casos judiciales (Thompson, 2000; Damgaard, 2018; Estepa y Maisonnave, 2020). Buena parte de los antecedentes existentes abordan el conocido caso del Lava Jato brasileño (Feres Junior & Sassara, 2016; Oliveira de Oliveira, 2012; Beale, 2006).

En los últimos años ha habido una cierta proliferación de trabajos que siguen esta línea: retomando los aportes de la crítica del imperialismo, la Escuela de la dependencia y la Teoría decolonial hacen foco en el rol de EEUU en América Latina. Destaca el ensayo de Tirado (2021), la obra colectiva compilada por Romano (2019) y el aporte de Chamorro (2020). En los últimos dos años, la revista académica ecuatoriana *Nullius* (del ámbito jurídico) viene publicando de modo sistemático artículos sobre el tema, abordados desde diferentes aristas. Específicamente sobre el caso argentino, además del ya mencionado libro de Zaffaroni, Caamaño y Vegh Weis (2020), está la obra de Bielsa y Peretti (2019), que plantea, desde una perspectiva histórica, el modo en que opera la articulación entre Poder Judicial

y medios de comunicación, y su impacto en la política a lo largo de las décadas. Fuera del ámbito académico, han aparecido también varios documentales, entre los que destacan *Lawfare. El caso Ecuador* (Mario Cornejo, 2020) y *Al sur de la frontera* (Oliver Stone, 2009) que, además de documentar y testimoniar la persecución política por la vía judicial, brindan ejemplos sobre el accionar de los medios de comunicación en este tipo de procesos.

Alcances y límites del *lawfare*

En términos políticos, existen diferentes perspectivas, que incluyen desde la reducción del *lawfare* a un discurso ideológico y su negación como concepto crítico, hasta un uso laxo de la noción, que tiende a adjudicarla a cualquier tipo de juicio por corrupción o persecución política. Esto ha tendido a generar cierta confusión, así como la potencial pérdida de sentido del concepto para explicar situaciones concretas.

Si bien el *lawfare* puede ser un discurso ideológico desde el poder, y así lo ha sido en su origen, esto no descarta una reapropiación crítica del mismo, como efectivamente se ha producido desde distintas perspectivas. De hecho, la manera en que en América Latina se está utilizando como analogía bélica, como guerra política, hace hincapié en las continuidades entre la guerra abierta y otras formas de conflicto y violencia insertas en las instituciones políticas nacionales e internacionales. De esta manera, *lawfare* no sería un discurso ideológico, sino todo lo contrario: una crítica de la ideología. Un desenmascaramiento del carácter aparentemente neutral de los marcos legales.

Así, el *lawfare* apunta al modo en que la ley ha sido utilizada como una de las herramientas de desestabilización e intervención utilizadas por EEUU en América Latina, en unas relaciones interdependientes y asimétricas de larga data. En un sentido amplio, forma parte de las estrategias de guerra psicológica impulsadas especialmente a partir de la Guerra Fría. Si bien escasean, hay trabajos que abordan esta hipótesis para el caso de las relaciones de EEUU y América Latina, y las similitudes entre el *lawfare* y los golpes cívico-militares centrados en estrategias de guerra psicológica, como el perpetrado contra Jacobo Arbenz en Guatemala en 1954 (Romano, 2021), como una suerte de contrarréplica a los estudios sobre la URSS y el uso del *lawfare* desde la Guerra Fría en adelante (Bartman, 2009; Deeks, McCubbin & Poplin, 2017).

Salvando la falta de antecedentes, pero considerando la presencia y proyección de EEUU por medio de su jurisdicción en otros Estados mediante acuerdos bilaterales y multilaterales, e incluso por vías ilegales (espionaje), parece plausible postular que el *lawfare* se ha venido interpretando como una herramienta de poder blando que actúa en el campo de los marcos legales nacionales y regionales, utilizados para perseguir los intereses geopolíticos y geoeconómicos de la potencia, generalmente propiciando o apoyando procesos de desestabilización e incluso "cambios de régimen". Estos procesos son impulsados por sectores locales disidentes u opositores al gobierno de turno y/o de determinados grupos políticos, que centran su estrategia en la persecución política

por la vía judicial-mediática, buscando y recibiendo apoyo internacional, en particular del gobierno y/o el sector privado de EEUU, movilizado por intereses económicos, políticos y/o geopolíticos más o menos evidentes.

La casuística actual de *lawfare* en América Latina, bajo estos parámetros, cubre un amplio abanico de casos. La persecución política contra el sector vinculado al correísmo en Ecuador –incluyendo prisiones preventivas, allanamientos de locales políticos, pedidos de captura, etc–; el proceso del Lava Jato; el golpe parlamentario a Dilma Rousseff –seguido por la criminalización del Partido de los Trabajadores y la cárcel de Lula da Silva en Brasil–; la persecución política contra Cristina Fernández de Kirchner y algunos de sus funcionarios. Todo ello en un *timing* político clave, en un contexto geopolítico en el que se ha tratado de imprimir un giro neoliberal a los gobiernos de la región.

Considerando el recorrido del *lawfare*, tanto en la academia anglosajona como en su aplicación en América Latina, parece pertinente retomar la acepción propuesta por Valim (2018), que destaca que el *lawfare* es mucho más que la judicialización de la política. Sería una estrategia para destruir enemigos y cumplir objetivos políticos. Supone también la negación de la democracia, en la medida en la que se exacerban los valores neoliberales mediante el uso de la ley como instrumento a favor de unos pocos, en lugar de aplicarse en beneficio de las mayorías. El aporte clave de *lawfare* sería su dimensión estratégica, que se visualiza en tres aspectos: geografía, armamento y externalidades. En lo geográfico entra la territorialidad y el tipo de jurisdicción o alcance de la jurisdicción de determinados organismos.

En el Lava Jato fue clave el rol de la Corte de Curitiba, con el juez Sergio Moro en permanente contacto con el Departamento de Justicia de EEUU. En cuanto al armamento, se refiere a la ley como arma para eliminar al enemigo: en concreto, procesos judiciales por anticorrupción y lavado de dinero, aplicados a partir del mecanismo de las delaciones premiadas, que no aporta unas mínimas garantías jurídicas. Finalmente, las externalidades hacen referencia a diferentes tácticas para generar un ambiente propicio para derribar al enemigo. Aquí destaca el rol de los medios de comunicación articulados con el aparato judicial (la filtración de la conversación entre Lula da Silva y Dilma Rousseff, los cientos de portadas de prensa gráfica y horas de tv dedicadas al proceso contra Lula da Silva y el veredicto de “culpable” con mucha antelación al debido proceso judicial, etc.). Valim (2018) aclara que esta definición se ajusta a los casos de persecución contra Dilma y Lula, Cristina Fernández, Rafael Correa, pero que, estrictamente hablando, el *lawfare* “puede ser utilizado tanto por la derecha, como por la izquierda”.

Retomamos esta definición porque hace alusión a dos cuestiones clave con las que acordamos plenamente: el *lawfare* es mucho más que la judicialización de la política y su potencial está en su aporte en términos estratégicos (diríamos, en términos geopolíticos y geoeconómicos). No obstante, hay varios aspectos que pueden cuestionarse, con el ánimo de ampliar el alcance de los estudios sobre *lawfare* y subrayar su vínculo con el proceso histórico de América Latina. En primer lugar, respecto de su relación con la democracia,

desde una perspectiva crítica, el *lawfare* no supondría tanto una perversión de la democracia liberal, tal como insinúa Valim, sino un cuestionamiento de la imparcialidad de la ley y la separación de poderes en la práctica, no por la injerencia de los gobiernos, sino por la alineación del estamento legal con intereses económicos y políticos (de clase) nacionales e internacionales. Lo anterior cobra un significado especial cuando lo relacionamos con la dimensión territorial –que podríamos denominar estratégico-geográfica– del proceso. El *lawfare* cuestiona la existencia práctica de soberanía territorial, habitualmente definitiva de los Estados nación, y apunta a la capacidad de los agentes geopolíticos más poderosos de imponer su jurisdicción a nivel regional y global. Esto va de la mano con una lectura centro-periferia, donde las relaciones están marcadas por la asimetría organizada y reproducida por las instituciones de los países centrales, en particular el orden de posguerra (aquí, en coincidencia con lo advertido por TWAIL). Es el caso de la ley estadounidense con jurisdicción de alcance prácticamente “universal”.

Esto es clave, porque esa asimetría y extraterritorialidad de la ley estadounidense permite una particular presencia directa e indirecta en aparatos judiciales (y otros aparatos de los Estados América Latina). Con respecto a lo que podríamos denominar dimensión estratégico-militar –uso de la ley como un arma contra un enemigo, desde una perspectiva que trasciende lo jurídico–, habría que destacar que se refiere a la utilización de la ley como arma contra un enemigo “político”. Esto pone en el centro lo político. Se trata entonces de una guerra política por la vía judicial, e incluso de lo que se ha llamado “guerra contra la política” o “instrumento de antipolítica” (Romano y Díaz Parra, 2018). En cuanto a las externalidades o al escenario creado para que opere el *lawfare*, lo que podríamos denominar dimensión estratégico-mediática, desde una perspectiva del imperialismo y las relaciones centro-periferia, nos parece especialmente adecuado retomar el concepto de “manufacturación de consenso” (Chomsky y Herman, 2000), pues hace referencia no solo al consenso creado en la prensa con o sin manipulación directa desde los gobiernos o determinados sectores de la política, sino que advierte sobre la presencia de los *think tanks* y voces expertas de universidades, el vínculo con otros intereses del sector privado (empresas de todo tipo) e, incluso, el comportamiento de organismos internacionales. Este consenso es ideológico ya que justifica el orden instituido (neoliberal), a la vez que busca ocultar esta justificación, especialmente frente a la opinión pública, sin necesidad de conspiración alguna.

De este modo, la cuestión no sería si el *lawfare* es de derechas o de izquierdas. El *lawfare* es un proceso histórico concreto, inserto en las relaciones de clase al interior de los países y de las relaciones geopolíticas de centro y periferia a nivel internacional. En este sentido, el *lawfare* evidencia la manera en que la ley es un instrumento utilizado desde los países centrales (principalmente EEUU) contra países periféricos, sin capacidad para mantener su soberanía en el plano legal. Asimismo, señala el modo en que, al interior de estos países, el estamento legal se encuentra alineado con los intereses de las elites económicas, que proporcionan la gran mayoría de los cuadros para el sistema legal. Es por ello que en América Latina el *lawfare* ha sido utilizado por una derecha que recurre

a este método como último recurso, en sustitución y casi como continuación de la implementación de golpes de Estado convencionales (golpes cívico-militares como los llevados a cabo entre la década de 1950 y 1980). Utiliza el *lawfare* para darle una fachada legal a procesos de desestabilización, obligados por el asalto a las instituciones del Estado y a la política por los movimientos progresistas latinoamericanos del siglo XXI.

Finalmente, es necesario rebatir las posiciones que, desde perspectivas de izquierda, han pretendido cuestionar o incluso negar la existencia de *lawfare*. La mayoría de las publicaciones en este sentido son de corte periodístico, pero redactadas por académicos. Destaca la opinión de Gargarella (2020) negando la aplicabilidad del término *lawfare*. En su lugar señala la existencia de una “dependencia política de la justicia” (falta de autonomía del Poder Judicial) propia de los defectos y debilidades de la institucionalidad latinoamericana, en bastante sintonía con perspectivas liberales sobre el derecho y la crítica a los “populismos”. Desde otro lugar, asumiendo la existencia de *lawfare*, Natanson (2018) cuestiona la falta de rigurosidad y los peligros en el uso de un concepto cuyo alcance no está del todo claro. Advierte sobre la dudosa “coordinación” (premeditada) entre actores, intereses y dimensiones involucradas; sobre parcialidad de su uso (solo para explicar casos judiciales desarrollados contra líderes progresistas); y sobre la “exageración” con respecto a la presencia de EEUU en estos procesos.

Retomando estas críticas, conviene señalar que “no todo es *lawfare*” y, como muchos modismos en la política y la academia, la noción corre el riesgo de un uso abusivo y poco riguroso. No obstante, desde la perspectiva crítica que proponemos, el *lawfare* precisamente sería el cuestionamiento de una perspectiva liberal sobre el derecho, que no responde a un mal funcionamiento de las instituciones del Estado, sino a la alineación del estamento judicial con los intereses de las élites nacionales. De igual manera, aunque el recurso a la intervención exterior (estadounidense) haya podido utilizarse en el pasado para ignorar los procesos y antagonismos interiores a los Estados latinoamericanos (no es este caso), sería inocente ignorar la relevancia de EEUU en los procesos políticos contemporáneos de la región. Aun así, habría que ser prudente a la hora de calificar como *lawfare* cualquier acción contra un gobierno progresista.

Referencias

- Andrei Josan, C. (2015). Hybrid wars in the age of asymmetric conflicts. *Review of Air Force Academy*, 1.
- Back, C. (2018). Derecho Penal del enemigo (político). En C. Proner, G. Cittadino, Gisele, G. Ricobom y J. Dornelles (Comps.), *Comentarios a una sentencia anunciada. El proceso de Lula*. Clacso.
- Barros Filho, G.; Albuquerque Farías, A. & Farías de Oliveira, G. (2017). Consideracoes sobre instituto do *lawfare*. *Revista de Psicologia*, 33.
- Bartman, Ch. (2009). *Lawfare: use of definition of aggressive war by the Soviet and Russian governments*. Dissertation PHD in Philosophy, EEUU, College of Bowling Green State University.

- Beale, S.** (2006). The news media's influence on criminal justice policy: how market-driven news promotes punitiveness. *William and Mary Law Review*, 48.
- Bielsa, R. y Peretti, P.** (2019). *Lawfare: Guerra judicial-mediática*. Ariel.
- Borón, A.; Tirado, A.; Lajtman, T.; García Fernández, A. y Romano, S.** (2019). EEUU. y la asistencia jurídica para América Latina y el Caribe. *Celag.org*. <https://www.celag.org/eeuu-y-la-asistencia-juridica-para-america-latina/>
- Callegari, A.; Fernandes Dias, P. & Guerra Zaghout, A.** (2020). As operacoes de combate a corrupcao no Brasil e o impacto nas ciencias criminais. *Revista Direito Público*, 93.
- Casado Gutiérrez, F. y Sánchez Figueroa, R.** (2020). Lawfare en Ecuador: las acciones del Estado desacreditadas por organismos internacionales. *Nullius. Revista de pensamiento crítico en el ámbito del derecho*, 1(1).
- Castro, E.** (2020). La encrucijada del lawfare: entre la judicialización y la mediatización de la política. *Nullius Revista de pensamiento crítico en el ámbito del derecho*, 1(1).
- Chamorro, G.** (2020). *Lawfare: o la continuación de la política por otros medios*. Nuestra América.
- Cheng, D.** (2012). Winning Without Fighting: Chinese Legal Warfare. *The Heritage Foundation*. <https://www.heritage.org/asia/report/winning-without-fighting-chinese-legal-warfare>.
- Chomsky, N. y Herman, E.** (2000). *Los guardianes de la libertad*. Crítica.
- Comaroff, J. & Comaroff, J.** (2006). *Law and disorder in the postcolony*. University of Chicago Press.
- Damgaard, M.** (2018). Cascading corruption news: explaining the bias of media attention to Brazil's political scandals. *Opinio Pública*, 24(1).
- Deeks, A.; McCubbin, S. & Poplin, C.** (2017). Addressing Russian Influence: What Can We Learn From U.S. Cold War Counter-Propaganda Efforts? *The lawfare institute*. <https://www.lawfareblog.com/addressing-russian-influence-what-can-we-learn-us-cold-war-counter-propaganda-efforts>
- Domingo, P.** (2009). Ciudadanía, derechos y justicia en América a Latina Ciudadanización-judicialización de la política. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, 3(52).
- Dunlap, C.** (2001). Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Century Conflicts. Working Paper. Harvard Kennedy School.
- Dunlap, C.** (2009). Lawfare: A Decisive Element of 21st-Century Conflicts? *Joint Force Quarterly*, 54.
- Estepa, C. y Maisonnave, M.** (2020). Poder judicial, medios y política: lawfare en Argentina. *Nullius Revista de pensamiento crítico en el ámbito del derecho*, 1(2).
- Foeli, M.** (2016). Judicialización de la política y activismo judicial: una aproximación a América Latina. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 27(1).
- Feres Júnior, J. & Sassara, L.** (2016). Corrupção, escândalos e a cobertura midiática da política. *Novos Estudos Cebrap*, 35(2).
- Gargarella, R.** (15/12/2020). Por qué el lawfare es un cuento. Clarín. https://www.clarin.com/opinion/lawfare-cuento_0_mrNkXtBup8.html
- Gargarella, R.; Domingo, P. & Roux, T. (Eds.)**. (2006). *Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?* Ashgate
- Gloppen, S.** (2017). Conceptualizing Lawfare: A Typology & Theoretical Framework. *Centre on Law and Social Transformation*. Borrador.

- Gomes, M.** (2016). Crítica à cobertura midiática da Operação Lava Jato. *Revista brasileira de ciências criminais*, (122).
- Hasian, M.** (2014). Biopolitics and Thanatopolitics at Guantánamo, and the Weapons of the Weak in the Lawfare over Force-Feeding. *Law & Literature*, 26(3).
- Hirschl, R.** (2013). The Judicialization of Politics. En R. Godin, *The Oxford Handbook of Political Science*. Oxford University Press.
- Irani, F.** (2017). Lawfare, US military discourse, and the colonial and the constitution of law and war. *European Journal of International Security*, 1(21).
- Jones, C.** (2016). Lawfare and the juridification of late modern war. *Progress in Human Geography*, 40(2).
- Kittrie, O.** (2016). *Lawfare: Law as a Weapon of War*. Oxford UP.
- Korybko, A.** (2019). *Guerras Híbridas. Revoluciones de colores y Guerra no convencional*. Batalla de Ideas.
- Lajtman, T.; Romano, S. y García Fernández, A.** (2018). EE.UU. Avanza sobre el Brasil de Temer. *Celag.org*. <http://www.celag.org/eeuu-avanza-sobre-el-brasil-de-temer/>
- Liang, Q. & Xiangsui, W.** (1999). Unrestricted Warfare: China's Master Plan to Destroy America. *PLA Literature and Arts Publishing House Arts*.
- Luban, D.** (2008). Lawfare and Legal Ethics in Guantánamo. *Stanford Law Review*, 60.
- Marx, K.** (1968 [1844]). Introducción para la crítica de la filosofía del derecho de Hegel. En G. Hegel, *Filosofía del Derecho, con introducción de Carlos Marx*. Editorial Claridad.
- Morrisey, J.** (2011). Liberal Lawfare and Biopolitics: US Juridical Warfare in the War on Terror. *Geopolitics*, 16(2).
- Munoz Mosquera, A. & Dov Bachmann, S.** (2016). Lawfare in Hybrid Wars: The 21st Century Warfare. *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, 7.
- Mutua, M.** (2000). What is TWAIL? *American Society of International Law*, 94.
- Natanson, J.** (03/12/2019). Qué es el lawfare. Página/12. <https://www.pagina12.com.ar/149041-que-es-el-lawfare>
- Noone, G.** (2010). Lawfare or strategic communications? *Case Western Reserve Journal of International Law*, 43(1).
- Oliveira de Oliveira, J.** (2012). Mensalão: contextualización histórica y los juicios del STF en la desconstrucción de las imágenes del caso como único y aislado. *Observatoire Politique de L'Amérique Latine et des Caribes*. <https://www.sciencespo.fr/opalc/category/mots-cles/mensalao.html>
- Pásara, L.** (2007). Estado de derecho y justicia en América Latina. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 1.
- Proner, C.; Cittadino, G.; Ricobom, G. y Dornelles, J.** (2018). *Comentarios a una sentencia anunciada. El proceso de Lula*. Clacso.
- Ramos, V.** (2018). "Democracia: ¿fortalecimiento o extinción en América?" Palabras de la Presidenta Continental de la Asociación Americana de Juristas, expuestas el 30/08/2018, en la ceremonia inaugural del Seminario Internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Pablo, São Paulo, Brasil.
- Rivera Lugo, C.** (2021). La guerra jurídica. A propósito de eso que llaman lawfare. *Boletín de Crítica jurídica y política en Nuestra América, GT Crítica Jurídica CLACSO*, 2(7).

- Rivkin, D. & Casey, L. (2003). A The Rocky Shoals of International Law. En Woosley, J. (Org.), *National Interest on International Law and Order*. Transaction Publisher.
- Romano, S. (2021). El lawfare en la era Trump: antecedentes y continuidades de Guerra Fría". En L. Morgenfeld y M. Aparicio (Coord.), *El fin de una era: la presidencia de Trump como manifestación de la crisis hegemónica de EE.UU.* Clacso/Siglo XXI.
- Romano, S. (Comp.). (2019). *Lawfare: Guerra judicial y neoliberalismo en América Latina*. CELAG, Mármol-Izquierdo Editores.
- Romano, S. y Díaz Parra, I. (2018). *Antipolíticas: neoliberalismo, autonomismo y realismo de izquierda en América Latina*. IEALC-Luxemburg.
- Romano, S.; Tirado, A. y Sojo, G. (2019). Lawfare y guerra híbrida: Venezuela en la disputa geopolítica. En Romano, S. (Comp.). *Lawfare: guerra judicial y neoliberalismo en América Latina*. Celag-Mármol Izquierdo Editores.
- Said, E. (2004). *Orientalismo*. DeBolsillo.
- (1996). *Cultura e imperialismo*. Anagrama.
- Scheffer, D. (2010). Whose Lawfare is It, Anyway? *Case Western Reserve Journal of International Law*, 43(1).
- Sieder, R.; Schjolden, L. & Angell, A. (2005). *The judicialization of politics in Latin America*. Palgrave Macmillan.
- Tellería, L. y González, R. (2015). Hegemonía territorial fallida. Estrategias de control y dominación de Estados Unidos en Bolivia: 1985-2012. Centro de Investigaciones Sociales, Vicepresidencia del Estado, Presidencia de la Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia.
- Tirado, A. (2021). *Lawfare: golpes de Estado en nombre de la ley*. Akal.
- Thompson, J. (2000). *Political scandal: power and visibility in the media age*. Polity Press.
- Uprimny, R. (2008). La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos. En J. Ferejohn; K. Ansolabehere; A. Dalla, A. y R. Uprimny (Coords.). *Los jueces entre el derecho y la política*. Editorial Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.
- Valim, R. (2018). Lawfare: the law against democracy. Conferencia en Universidad de Manchester. https://www.researchgate.net/publication/329197714_Lawfare_the_law_against_democracy
- Vollenweider, C. y Romano, S. (2017). Lawfare: la judicialización de la política en América Latina. *Celag.org*. <https://www.celag.org/wp-content/uploads/2017/03/LawfareT.pdf>
- Zaffaroni, R. E. (2004). Dimensión política del Poder Judicial. En M. Carbonell, H. Fix, y R. Vásquez (Eds.), *Jueces y derecho*. Porrúa.
- (2006). *El Derecho Penal del enemigo*. Dykinson.
- Zaffaroni, R.; Caamaño, C. y Vegh Weis, V. (2020). *Bienvenidos al Lawfare! Manual de pasos básicos para demoler el derecho penal*. Capital Intelectual.
- Zanin Martins, C.; Teixeira, V. y Valim, R. (2018). *El caso Lula: la lucha por la afirmación de los derechos fundamentales en Brasil*. Astrea.
- (2020). *Lawfare: La guerra jurídica*. Astrea.

ROBERTO RUIZ BLUM*

***Lawfare* y neofascismo en América Latina una aproximación**

Introducción

La victoria de Pedro Castillo en Perú, de Luis Arce en Bolivia y de Alberto Fernández en Argentina como también las protestas en Chile, Colombia y Brasil reflejan la incapacidad del neoliberalismo para brindar bienestar económico y social y estabilidad política. Aun así, el ciclo corto neoliberal que experimentaron varios países en la región evidenció el uso del *lawfare* como un mecanismo al cual recurre el neoliberalismo para apropiarse del Estado. En ese sentido, los sistemas judiciales, en los gobiernos neoliberales de la región, tomaron un rol protagónico en el contexto político, siendo los casos más notables la persecución contra el correísmo en Ecuador, contra Cristina Fernández y funcionarios de su gobierno en Argentina y el caso "Lava Jato" de Lula en Brasil. Es así, entonces, que el neoliberalismo se encuentra en un proceso de reconfiguración, incorporando elementos como el *lawfare*; el desprecio al Estado de derecho; el evangelismo político; la homofobia, la xenofobia y el machismo; el trumpismo; y políticas económicas neoliberales, profundizando de esta manera su carácter neoliberal y emergiendo en un neofascismo. Para la presente investigación se abordará el uso del *lawfare* como herramienta a la cual recurre el neofascismo para la captura del Estado, lo que plantea los siguientes interrogantes: ¿cuál es la definición del *lawfare*? y ¿cuál es la relación entre el *lawfare* y el neofascismo?

El concepto y sus alcances

El concepto proviene del ámbito militar, donde el general Charles Dunlap Jr. define al *lawfare* como "un método de guerra no convencional en el que la ley es usada como un medio para conseguir un objetivo militar" (Holzer, 2012). También se lo puede

(*) Estudiante de grado en Economía (Universidad de Guayaquil, Ecuador). Colaborador en organizaciones sociales sobre asuntos económicos y activista por la defensa de los derechos humanos.

definir como una guerra política, por la vía judicial, que incorpora intereses económicos, políticos y geopolíticos, ocultos a la opinión pública (Celag, s.f). Además, se puede sostener que el *lawfare* es la utilización de normas legales para tratar de obtener ganancias de carácter político (Guilfoyle, 2019); incorpora actores como jueces, medios de comunicación, policías, embajadas, líderes de opinión, *think tanks* y un poder económico no visible. Se manifiesta como una guerra que opera desde arriba, desde el aparato judicial, sobrepasando poderes como el Legislativo y el Ejecutivo, con un carácter de juristocracia. En este aspecto, el uso de la ley desde arriba propicia un aumento creciente de la juristocracia, –presentando un alcance del aparato judicial o en el marco de los tribunales de la política– intentando resolver a través de la vía judicial lo que se debería solucionar por medio del sistema político (Romano, 2019).

El *lawfare* también se enmarca como una herramienta en la disputa por la región de América Latina, con un carácter asimétrico que profundiza la relación centro-periferia. De hecho, la Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), conocida como Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, tiene como objetivo investigar, prevenir y sancionar actos de corrupción, empresas y sobornos de funcionarios estadounidenses, con una extensión y aplicación extraterritorial (Romano y Britto Londoño, 2021). Por lo que la vía legal de los Estados Unidos sirve como un mecanismo legítimo, que involucra a los tribunales nacionales e internacionales, con el fin de seguir propiciando su hegemonía. El caso más notorio fue “Lava Jato”, donde se hicieron evidentes las conversaciones que mantenían el juez Sergio Moro y funcionarios estadounidenses (Barrocal, 2019). En ese marco, la fiscal Diana Salazar, figura clave en el caso de los sobornos, fue condecorada con el Premio Internacional de los Campeones Anticorrupción, otorgado por el Departamento de Estado de Estados Unidos (“Diana Salazar es reconocida con un premio anticorrupción del Departamento de Estado de EEUU”, 2021). Es así que Estados Unidos contribuye a debilitar los sistemas judiciales y administrativos de la región, reforzando el perjuicio hacia los Estados latinoamericanos como Estados débiles (Romano y Britto Londoño, 2021). Como bien sostiene Romano (2021), “el *lawfare* apunta al modo en que la ley ha sido utilizada como una de las herramientas de desestabilización e intervención utilizadas por EEUU en América Latina, en unas relaciones interdependientes y asimétricas de larga data”. Una idea similar puede encontrarse en Casado y Sánchez (2020), quienes sostienen que “se trata de una estrategia pensada inicialmente desde los cuarteles militares norteamericanos, su traslado al escenario de América Latina se cristaliza a través de la configuración y legitimación de casos amparados en el estandarte anticorrupción”, por lo que mediante el *lawfare* se pretende influir en la región cuando se es favorable a la hegemonía global, incidiendo en las estructuras del sistema internacional.

Desde otra perspectiva, el *lawfare* se articula como una estrategia de la guerra híbrida, un mecanismo de guerra que involucra actores estatales y no estatales e incorpora todo el espectro de modos de guerra, que incluyen desde capacidades militares convencionales, no convencionales, ciberguerras hasta acciones terroristas, guerra financiera,

mediática, etc. (Romano y Tirado, 2018). Consecuentemente, la ley se perfila como un arma que forma parte de la guerra asimétrica; a su vez, el mecanismo de guerra asimétrica es uno de los métodos en lo que se conjura la guerra híbrida. De hecho, como sugieren Romano y otros (2019), “[e]ste rol de la ley en la guerra o el uso de la ley como arma, adquiere cada vez mayor protagonismo en un escenario de guerra híbrida”, aumentando la relación entre centro y periferia, donde la ley y la noción de justicia se enmarcan en los centros económicos, mientras que el uso indebido de la ley, lo ilegal y su abuso se darían en las periferias. Otro aspecto relevante del *lawfare* como estrategia de guerra híbrida es la manipulación de la ley con el fin de realizar un cambio de régimen, implicando una disminución de costos políticos si se gesta como un golpe de Estado tradicional. Por lo tanto el *lawfare* es una de las modalidades que se aplican para modificar el tablero político, económico y de seguridad latinoamericana, ya que una de las características de la guerra híbrida es la simultaneidad de tácticas, objetivos y escenarios bélicos (Romano y Tirado, 2018).

Otra noción del *lawfare* es su uso como mecanismo de guerra psicológica, entendiéndose como un objetivo que pretende desmoralizar y deslegitimar al adversario político por la vía jurídica; incluye allanamientos a locales políticos, uso y abusos de las prisiones preventivas, persecución a familiares, propagación del miedo en los involucrados en determinados procesos políticos, situaciones de exilio y refugio político (Celag, 2021). Los allanamientos en contra de la prefecta Paola Pabón y su equipo de colaboradores, como Virgilio Hernández y Christian González, que fueron transmitidos en vivo por los medios de comunicación hegemónicos en el Ecuador, generando efectos de instigación y violando derechos, enmarcan el carácter del *lawfare* como un mecanismo de guerra psicológica (Calderón *et al.*, 2021). A su vez, estas prácticas se pretenden presentar como legales y legítimas, pero se caracterizan por recurrir al miedo como arma principal para aniquilar. Ese miedo se esparce entre quienes ocuparon cargos en instituciones del Estado en gobiernos progresistas, apuntando a una noción de “no metas” en la política de gobiernos que realizan una transformación en pro de mejorar los niveles de vida de las capas sociales populares (Romano y Vollenweider, 2020).

Desde otra noción existe lo que se define como *lawfare* prolongado, característico de procesos donde se defiende la propiedad privada, abusando de procesos legales en conflictos que se presentan en distintas cortes y cuyas apelaciones son de manera prolongada. Como lo hacen notar Casado y Sánchez, (2020), “un *lawfare* prolongado fue definido en el año 2012 por los extenuantes procesos legales desplegados por Chevron-Texaco contra las víctimas de los desastres medioambientales y de derechos humanos realizados por la petrolera en la Amazonía ecuatoriana”.

También se incluye la noción de *lawfare* corporativo como una nueva forma de poder que parte desde las corporaciones para criminalizar a las voces disidentes. Este tipo de *lawfare* es utilizado en casos relacionados a litigios ambientales, siendo calificado como una de las

categorías establecidas en la taxonomía de litigios contra corporaciones (Taylor, 2020). Desde el análisis de las élites económicas, el *lawfare* es una herramienta por la cual se puede dar un proceso de captura del Estado. Tal como sugiere Rivera (2021), "... 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". Este punto de vista se apoya en Romano (2021), quien sostiene que "la analogía bélica puede servir precisamente para desenmascarar la ley como un campo de disputa y de lucha de clases", por lo que el *lawfare* es un mecanismo para regular las relaciones sociales en la lucha de clases.

El vínculo entre *lawfare* y neofascismo

La llegada a presidente de Bolsonaro en Brasil y el golpe de Estado en Bolivia con Añez marcan un punto de inflexión en la configuración de liderazgo de la derecha latinoamericana. En ese sentido, tanto Añez como Bolsonaro comparten una misma esencia: son sectores ligados a la extrema derecha y las estrategias para capturar el Estado difieren de la derecha tradicional. Utilizan herramientas como el desprecio al Estado de derecho, el evangelismo político, la homofobia, la xenofobia, el machismo y el trumpismo. Asimismo, el ciclo corto neoliberal de los gobiernos de Lenín Moreno y Macri compartieron determinadas similitudes a la ahora de afianzar el neoliberalismo en sus respectivos países. Lo que se plantea entonces es que el neoliberalismo transita hacia una fase neofascista. En ese marco, Atilio Borón (2019) sostiene que la personalidad de los rasgos fascistas no son elementos esenciales para determinar que un gobierno sea fascista., por lo que esas condiciones responden a un momento histórico del capitalismo que se dificulta replicar. El mismo autor plantea que es una categoría histórica que presenta dificultades para reproducirse por el hecho de que las condiciones que hicieron emerger el fascismo han desaparecido, por lo que la presencia de una burguesía nacional en un contexto de globalización neoliberal, en el que la burguesía misma se beneficia de las condiciones de intercambio desigual, representa un aspecto contradictorio.

Otro elemento que se posiciona contrario es la característica de que el fascismo es estatista, por lo que la elección de Bolsonaro en Brasil responde al intervencionismo económico del gobierno de Lula. En palabras de Borón (2019), "los regímenes fascistas fueron radicalmente estatistas. No solo descreían de las políticas liberales, sino que eran abiertamente antagónicos a ellas". Un tercer aspecto del fascismo es su carácter desmovilizador de masas que partían del Estado como formas corporativas del mismo que responden a las decisiones del gobierno.

En ese sentido Borón (2019) sostiene que Bolsonaro acentúa la despolitización de la sociedad brasileña y profundiza su disgregación y atomización, generando con ello la privatización de la vida pública. Contrario a esta posición, Ramírez (Guamán *et al.*, 2019) argumenta que el autoritarismo libertario emerge como efecto de la expansión de un régimen libertario de libertad ("*a libertarian order of freedom*") abocado al desmonte del

vínculo social, la solidaridad colectiva y el bienestar público, generando con ello que la sociedad demande el resguardo de los individuos mediante una autoridad fuerte que fortalezca los vínculos comunitarios, algo contradictorio con la propia tesis neoliberal.

Si se formula el hecho de que ciertos elementos del fascismo confluyen con el autoritarismo libertario y que las contradicciones propias del neoliberalismo implican que este se adecue, es posible encontrarse en un momento histórico del neoliberalismo que incluye elementos fascistas y lo transitan hacia un neofascismo.

El *lawfare* sería una de las herramientas a la cual recurre el neofascismo para capturar el Estado, basado en un supuesto discurso de la corrupción. Una idea similar sostiene Carol (2019) al afirmar que el *lawfare* es una herramienta de los neofascismos, por lo que la eficiencia del *lawfare* radica en su componente contemporáneo, en donde se realizan alianzas entre el sector de la justicia y los medios de comunicación hegemónicos, potenciándose así el discurso del odio. Consecuentemente, el *lawfare* ha sido un elemento que se ha manifestado para degradar la democracia tanto a nivel institucional como en la cultura política ciudadana (Salas Oroño, 2021), lo que provoca una manipulación del derecho, que se alía con uno de los elementos del neofascismo: el trabajo de la movilización de las masas (Proner, 2019).

Aunque todo proceso judicial orientado a los políticos o ex funcionarios puede ser concebido como *lawfare*, no necesariamente es un golpe blando, ni tampoco un golpe de Estado tradicional –como la situación que experimenta Jeanine Añez por el golpe de Estado en Bolivia–, por lo cual no toda persecución es *lawfare*; ello sí difiere de los procesos judiciales como el caso “Lava Jato” o los sobornos y el delito de rebelión hacia el correísmo, además de la persecución a Cristina Fernández y funcionarios de su gobierno (Celag, 2021). Se puede afirmar que la mayor característica de estos procesos es la orientación del Estado hacia el neoliberalismo y el favorecimiento a los intereses geopolíticos del norte global, principalmente la hegemonía de Estados Unidos.

Conclusión

A modo de cierre, el *lawfare* es una realidad y se concibe como el uso indebido de la ley con fines políticos que incorpora actores como jueces, medios de comunicación, líderes de opinión, embajadas y agentes. Además, el *lawfare* profundiza las relaciones asimétricas entre el centro y la periferia, favoreciendo los intereses de la hegemonía de los Estados Unidos. También es un mecanismo de guerra híbrida y, a su vez, es una estrategia de la guerra psicológica, consiguiendo desmoralizar al adversario político. La presidencia de Bolsonaro en Brasil y Añez en Bolivia marcaron un punto de inflexión en la configuración de los liderazgos del neoliberalismo en la región, ligados a la extrema derecha. En ese sentido, los gobiernos de Lenín Moreno en Ecuador y Mauricio Macri en Argentina compartieron similitudes, aunque partían de la derecha tradicional, por lo

que podría decirse que elementos característicos del fascismo confluyen con el autoritarismo libertario, orientando así al neoliberalismo hacia un neofascismo, emergiendo el *lawfare* como una herramienta del neofascismo para capturar el Estado.

Referencias

- Barrocal, André** 2019 "Agentes americanos atuaram dentro do Brasil na Lava Jato". www.cartacapital.com.br/politica/agentes-americanos-atuaram-dentro-do-brasil-na-lava-jato/
- Borón, Atilio** 2019 "Bolsonaro y el fascismo". [//atilioboron.com.ar/bolsonaro-y-el-fascismo/](http://atilioboron.com.ar/bolsonaro-y-el-fascismo/)
- Calderón Castillo, Javier; Chaves García, Nery; Estepa, Constanza y Ruiz, José Roberto** 2021 "Lawfare recargado en Ecuador" *Celag* www.celag.org/lawfare-recargado-en-ecuador/
- Casado Gutiérrez, Fernando y Sánchez Figueroa, Rebeca** 2020 "Lawfare en Ecuador: las acciones del estado desacreditadas por organismos internacionales en *Nullius. Revista de pensamiento crítico en el ámbito del Derecho* (Manabí), Vol 1, N° 1.
- Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica [Celag]** 2021 "Observatorio de Lawfare Celag". www.celag.org/observatorio-lawfare/
- 2021 "No todo es Lawfare" en *Celag.org*. www.celag.org/no-todo-es-lawfare/
- Diana Salazar es reconocida con un premio anticorrupción del Departamento de Estado de EEUU" 2021 en *El Comercio* (Quito). [HYPERLINK "http://www.elcomercio.com/actualidad/seguridad/diana-salazar-anticorruptcion-estados-unidos.html"](http://www.elcomercio.com/actualidad/seguridad/diana-salazar-anticorruptcion-estados-unidos.html) www.elcomercio.com/actualidad/seguridad/diana-salazar-anticorruptcion-estados-unidos.html
- Proner, Carol** 2019 "Lawfare como herramienta de los neofascismos" en Guamán, Adoración; Aragonese, Alfons y Martín, Sebastian (dirs.) *Neofascismo, la bestia neoliberal* (Madrid: Siglo XXI).
- Guilfoyle, Douglas** 2019 "The rule of law and maritime security: understanding lawfare in the South China Sea" en *International Affairs* (Oxford) Vol 95, N° 5.
- Rivera Lugo, Carlos** 2021 "La Guerra Jurídica: a propósito de eso que llaman lawfare" en Rajland. Beatriz, Machado Fagundes, Lucas y Burgos Matamoros, Mylai (coords.), Rivera Lugo, Carlos (ed.) *Crítica jurídica y política en Nuestra América. El lawfare: un concepto en disputa* (Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales-CLACSO) Grupo de trabajo, boletín 7. [//bit.ly/3jtHuim](http://bit.ly/3jtHuim).
- Romano, Silvina** 2021 "El lawfare como agenda de investigación" en *Nullius. Revista de pensamiento crítico en el ámbito del Derecho* (Manabí), Vol 2, N° 2.
- Romano, Silvina y Britto Londoño, Rafael** 2021 "Ley anticorrupción de Estados Unidos y lawfare en América Latina" en *Celag.org*. www.celag.org/ley-anticorruptcion-de-estados-unidos-y-lawfare-en-america-latina/
- Romano, Silvina (comp.)** 2019 *Lawfare: Guerra judicial y neoliberalismo en América Latina* (Buenos Aires/Madrid: Mármol/Izquierdo Editores/Tarahumara/Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica).

Romano, Silvina y Tirado, Arantxa 2018 "Lawfare y guerra híbrida: la disputa geopolítica en América Latina" en *Celag.org*. www.celag.org/lawfare-guerra-hibrida-disputa-geopolitica-america-latina/

Romano, Silvina y Vollenweider, Camila 2020 "¿Lawfare o lawfear? La guerra judicial y el miedo" en *Celag.org*. www.celag.org/lawfare-o-lawfear-la-guerra-judicial-y-el-miedo/

Salas Oroño, Amílcar 2021 "Los efectos del *lawfare* sobre la democracia brasileña: del lava-jato a Bolsonaro en *Nullius. Revista de pensamiento crítico en el ámbito del Derecho* (Manabí) Vol 2, N° 2.

Taylor, Mark. B. 2020 "Litigating Sustainability – Towards a Taxonomy of Counter-Corporate Litigation" en *University of Oslo Faculty of Law Research Paper*, N° 2020-08. <file:///C:/Users/User/Downloads/SSRN-id3530768.pdf>

Holzer, Mark W. 2012 "Offensive *lawfare* and the current conflict". <https://harvardnsj.org/2012/04/offensive-lawfare-and-the-current-conflict/>

Mesa 2

**Los efectos
de la criminalización
de la política**

Santiago Giménez - Nayla Santisteban

SANTIAGO GIMÉNEZ* - NAYLA SANTISTEBAN**

Criminalización de la política

Hacia el fin de la convivencia democrática

Introducción

El presente trabajo pretende reflexionar en torno al *lawfare*, entendiéndolo como la práctica que utiliza el Poder Judicial con fines de persecución política. En Argentina fue implementada por parte de la oposición, en conjunto con los grupos concentrados de la economía, a partir del segundo mandato presidencial de Cristina Fernández y alcanzó su mayor intensidad en el período 2016-2019, durante el gobierno de la Alianza Cambiemos, cuando fueron encarcelados dirigentes políticos, referentes sociales y empresarios de medios, entre otros actores.

Dentro del marco de la también llamada guerra judicial, nos enfocaremos en lo que se conoce como “Doctrina Irurzun”, analizada desde el punto de vista procesal, centrándonos en sus efectos perniciosos para la convivencia democrática.

En el marco del juicio por la obra pública en la provincia de Santa Cruz, la actual Vicepresidenta, explicó lo que a su entender constituye el *lawfare*:

“...Todo esto tuvo un claro intento, que fue demonizar un proyecto político a través de las causas judiciales, es el *lawfare*, esto es el *lawfare* y la matriz que caracteriza las causas que se me siguen siempre es la misma. Inicio e impulso de causas por parte de adversarios políticos ampliamente difundidos por la prensa, dirigentes políticos de la oposición, que fueron oposición durante los 12 años de nuestros gobiernos, van a los medios, son impulsados por los medios para denunciar... (Fernández de Kirchner, 2019)”.

Por su parte, Rafael Bielsa y Pedro Peretti desarrollaron una definición de *lawfare* teniendo en cuenta los objetivos del mismo: “Designa el uso legítimo que puede hacer el Poder

(*) Estudiante de abogacía (Universidad de Morón). Miembro del Instituto de Políticas Públicas de Seguridad y Justicia (IPPSEJU).

(**) Abogada (UBA). Miembro del Instituto de Políticas Públicas de Seguridad y Justicia (IPPSEJU).

Judicial del derecho nacional o internacional con el objetivo de dañar a un oponente, en la lucha para obtener determinado objetivo político, como la exclusión de cargos públicos...” (Bielsa Peretti, 2019: p.13).

Por su parte, Cristina Caamaño hizo hincapié en sus efectos, al sostener “... tiene como efecto inminente un notorio debilitamiento de la democracia y la consolidación de un liderazgo mediático-político que deja a la ciudadanía vulnerable ante los deseos de las potencias económicas mundiales y los grandes grupos económicos...” (Zaffaroni, Caamaño, Vegh Weis, 2020: 63).

Asimismo, Valeria Vegh Weis (2021: párr. 23) expresó:

“... Se trata de una modalidad específica de la selectividad penal que se manifiesta a través de la manipulación del sistema mediático-judicial a iniciativa o con el soporte de los poderes corporativos nacionales y globales en un proceso de dos dimensiones. Por un lado, se procura la muerte política y jurídica de dirigentes progresistas a través de la presentación y diseminación de diversas denuncias penales, aún cuando los/as acusados/as no hayan cometido delitos. Por otro lado, se procura salvar de esa misma muerte política y jurídica a dirigentes funcionales al capitalismo financiero, aún cuando sí los hayan cometido...”.

Las garantías constitucionales del debido proceso

Previo a adentrarnos en el análisis de la Doctrina Irurzun, consideramos oportuno hacer referencia, someramente, a las garantías constitucionales que revisten el debido proceso y que resultaron vulneradas por el fallo en cuestión.

En primer lugar, el principio de inocencia representa la garantía más relevante que asiste a cualquier persona a la que el Estado le endilgue una acción punible. Cabe mencionar que el art. 18 CN prevé que “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”. Esta afirmación impide que se trate como culpable a un imputado, en tanto no se expida una resolución judicial que lo declare tal y que la misma quede firme.

El principio de inocencia también se encuentra contemplado en los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Tal es así que, ya desde 1789, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano establece en su art. 9° el derecho de “toda persona (a ser) presumida inocente hasta que sea declarada culpable”; mientras que la Declaración Universal de Derechos Humanos indica, en su art.11.1, a la presunción de inculpaibilidad como criterio de enjuiciamiento y principio rector del proceso; en la misma dirección se orientan la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8.2) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.2). Por lo tanto, se considera que toda persona es inocente, y debe ser tratada como tal, hasta tanto se decida su culpabilidad en un juicio.

En igual sentido, se desempeña la regla general que determina que el imputado debe atravesar el proceso penal libre. Es decir, que la libertad durante el proceso es la regla y solo puede ser restringida, excepcionalmente, bajo determinados supuestos. Al respecto Julio Maier sostuvo: "Toda persona debe ser tratada como si fuera inocente, desde el punto de vista del orden jurídico, mientras no exista una sentencia penal de condena, por ende, que la situación jurídica de un individuo frente a cualquier imputación es la de un inocente, mientras no se declare formalmente su culpabilidad y, por ello, ninguna consecuencia penal le es aplicable".

En cuanto a esta regla de transcurrir el proceso en libertad, el Código Procesal Penal de la Nación establece, por un lado, en su art. 2°: "Toda disposición legal que coarte la libertad personal, que limite el ejercicio de un derecho atribuido por este Código, o que establezca sanciones procesales, deberá ser interpretada restrictivamente. Las leyes penales no podrán aplicarse por analogía"; mientras que, en el art. 280, regula la restricción a la libertad, al determinar que: "La libertad personal sólo podrá ser restringida, de acuerdo con las disposiciones de este Código, en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley. El arresto o la detención se ejecutarán de modo que perjudiquen lo menos posible a la persona y reputación de los afectados y labrándose un acta que éstos firmarán, si fueren capaces, en la que se les comunicará la razón del procedimiento, el lugar donde serán conducidos y el juez que intervendrá".

Podemos advertir una estrecha vinculación entre la presunción de inocencia, como garantía constitucional, la regla general de atravesar el proceso en libertad y la limitación en el uso de la prisión preventiva que regula la ley de forma.

De lo expuesto se desprende que las medidas de coerción solo pueden implementarse de manera excepcional, y que deben considerarse teniendo en cuenta la existencia de determinados supuestos, con el único fin de asegurar la verdad y la aplicación de la ley, y de manera tal que perjudiquen lo menos posible al imputado.

La restricción de la libertad mediante prisión preventiva es la medida cautelar más gravosa que prevé nuestro ordenamiento procesal, ya que permite encarcelar a una persona antes del dictado de la sentencia; es decir, a una persona inocente.

En lo referido a la procedencia de la prisión preventiva, el art. 312 del Código Procesal Penal de la Nación prevé: "El juez ordenará la prisión preventiva del imputado al dictar el auto de procesamiento, salvo que confirmare en su caso la libertad provisional que antes se le hubiere concedido cuándo: 1°) Al delito o al concurso de delitos que se le atribuye corresponda pena privativa de la libertad y el juez estime, prima facie, que no procederá condena de ejecución condicional. 2°) Aunque corresponda pena privativa de libertad que permita la condena de ejecución condicional, si no procede conceder la libertad provisoria, según lo dispuesto en el artículo 319".

Esto implica que la prisión preventiva del imputado puede dictarse solo cuando se den dos supuestos: que para el delito que se le atribuye, se estipule una pena privativa de

la libertad en la que no fuera procedente una condena de ejecución condicional; o bien, que exista peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación, remitiéndose al art. 319 del mismo cuerpo para denegar la excarcelación o exención de prisión.

Por lo tanto, no puede aplicarse la prisión preventiva si no existe sustento que fundamente la participación del imputado en el hecho juzgado. Y, además, deben darse los supuestos que se vinculan a la necesidad de que la detención permita y asegure la realización del juicio. Dichos supuestos son los riesgos procesales: el peligro de fuga y el entorpecimiento del accionar de la justicia.

Evolución jurisprudencial respecto a la procedencia de la prisión preventiva

En cuanto a la evolución jurisprudencial relativa a la aplicación de los criterios que habilitan la coerción durante el proceso, cabe traer a colación los siguientes fallos, que en sus partes pertinentes revelan lo que a continuación se consigna:

- **“Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/ infracción art. 139 bis del C. P.” (CSJN, 22/12/1998):** “La prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva, y que a su vez no debe constituir la regla general, como expresamente lo consagra el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 9.3), pues de lo contrario se estaría privando de la libertad a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, en violación del principio de inocencia (8.2 del Pacto de San José de Costa Rica y 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) (conf. caso Suárez Rosero, sentencia del 12 de noviembre de 1997, párrafo 77)”.

De la decisión se desprende el carácter excepcional de la prisión preventiva. Además, al señalar que es no punitiva, se indica que no debe utilizarse como un adelanto de condena.

- **“Barbará, Rodrigo Ruy s/ exención de prisión” (CNCrim y Correc, Capital Federal, sala I, 10/11/2003):** “Las características principales de la coerción es que, en sí, no es un fin, sino que es solo un medio para asegurar otros fines, que en este caso son los del proceso, no teniendo estas medidas carácter de sanción, ya que no son penas, sino medidas instrumentales [...] Si previamente se ha dispuesto una libertad, esta solo puede revocarse si se constatan objetivamente los peligros procesales señalados en el art. 280 del CPPN: de fuga y/o entorpecimiento de la investigación [por lo que] el mero cambio de calificación posterior no puede incidir sobre ella”.

Aquí se resalta la naturaleza instrumental de la prisión preventiva, entendida como un medio para asegurar los fines del proceso y que solo puede tener lugar cuando se verifiquen los peligros procesales.

- **“Díaz Bessone, Ramón Genaro s/ recurso de inaplicabilidad de ley” (CNac. de Casación Penal, Capital Federal, 30/10/2008):** “No basta en materia de excarcelación

o eximición de prisión para su denegación la imposibilidad de futura condena de ejecución condicional, o que pudiere corresponderle al imputado una pena privativa de la libertad superior a ocho años (arts. 316 y 317 del CPPN), sino que deben valorarse en forma conjunta con otros parámetros tales como los establecidos en el art. 319”.

De esa manera, se produjo un avance fundamental en la limitación al alcance de la prisión preventiva. Este fallo plenario de la Cámara Federal de Casación Penal determinó que todas aquellas personas que se encuentren procesadas con prisión preventiva tienen el derecho a atravesar el proceso en libertad, siempre y cuando no haya peligro de fuga ni entorpezcan la investigación, independientemente de la gravedad del delito objeto del proceso.

- **“Loyo Fraire, G. E.” (CSJN, 26/02/2014):**“Pues omitió dar motivación suficiente que permita evaluar si la medida, fundada en una norma local que establece una presunción *iuris tantum* de peligro de fuga, se ajusta a los requisitos impuestos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre ellos, el de necesidad, en el sentido de que sea absolutamente indispensable para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido”.

El máximo tribunal destacó que la prisión preventiva debe ser la excepción, no la regla, e indicó que los peligros procesales constituyen una presunción *iuris tantum*.

En conclusión, existe una coincidencia en la jurisprudencia expuesta respecto de que la prisión preventiva debe ser absolutamente indispensable. Sobre los requisitos procesales, resulta determinante lo establecido en el plenario Díaz Bessone, en cuanto a que deben valorarse las posibilidades de fuga y de entorpecimiento de la causa por parte del imputado. Respecto del entorpecimiento de la investigación, se refiere al resguardo de la producción probatoria y a evitar la obstaculización de la justicia.

4. La Doctrina Irurzun

Esta breve reseña nos introduce a una mejor comprensión de la gravedad jurídica que implicó el voto emitido por los camaristas Leopoldo Bruglia, Eduardo Farah y Martín Irurzun en el fallo “Larregina, Miguel A. s/detención”(CNac. Apel. Crim. y Correcc., sala II, 17/10/2017).

Del análisis de sus principales líneas argumentativas, se desprende una nueva interpretación de los supuestos para considerar la existencia de peligros procesales que ameriten la aplicación de la prisión preventiva. Esta pone el foco en las características personales del imputado y su potencialidad para obstaculizar el proceso. De ese modo, se elaboró una teoría que presume la existencia de lazos de poder residual, vinculados a la función ejercida, que permanecen vigentes una vez finalizada la misma y que permitirían entorpecer una investigación penal. Dentro de este criterio podría quedar *enmarcado* cualquier exfuncionario,

por la simple razón de haber ocupado su cargo. Es oportuno recordar que en nuestro ordenamiento el derecho penal de autor está prohibido, por lo cual la investigación debe recaer sobre los hechos que constituyen el objeto del proceso y no sobre la persona del imputado.

Para contextualizar, es menester recordar que fue Germán Moldes –en ese momento revestía el cargo de fiscal general ante la *Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional*–, quien solicitó que se impulsara el desafuero del entonces diputado Julio De Vido, por considerar que: "... su capacidad de estructurar lo que definió como "la más compleja y efectiva trama de corrupción", muestra por sí misma los riesgos que su libertad supone, y sin poder descartar la fuga, alude además a la posibilidad de entorpecer mediante la presión e influencia en posibles testigos, como así también a partir de sus vínculos con reparticiones en las que conserve algún grado de incidencia real".

Esta definición resultó ser un eje fundamental de la ingeniería montada entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial durante el período 2016-2019 y constituyó el principal argumento para las detenciones que se suscitaron en ese marco.

Vamos a dividir, a los fines de una mejor comprensión, los fundamentos de los votos de los camaristas Bruglia, Farah e Irurzun, entre aquellos que pongan el foco en cuestiones relacionadas con las condiciones personales del imputado y los que se refieran a la complejidad de los hechos investigados, en lugar de centrarse en la verificación de la existencia de riesgos procesales, tal como la ley y la jurisprudencia determinan.

En ocasión de emitir su voto, Martín Irurzun, sostuvo: "A la hora de examinar la presencia de riesgos procesales no corresponda limitar el análisis al arraigo o la manera en que los involucrados se comportan formalmente en el proceso penal, sino que resulta especialmente relevante determinar si existen datos reales, concretos y objetivos que permitan razonablemente presumir que los lazos funcionales tejidos al amparo del acuerdo criminal se encuentran aún vigentes y pueden estar siendo utilizados en perjuicio de la investigación penal" (2017: 4).

Tras enumerar una serie de obstáculos que tuvieron lugar durante la pesquisa, agregó: "Todo indica que las posibilidades de enfrentar nuevas interferencias –o continuar otras– aún permanecen vigentes", argumentando que: "Es razonable valorar como uno de los indicadores del "riesgo latente" al que hace referencia el Sr. Fiscal General, que parte de la actividad legislativa que desarrolla actualmente en su condición de presidente de la Comisión de Energía de la Cámara de Diputados se encuentra íntimamente ligada, precisamente, con la actividad del Yacimiento Carbonífero de Río Turbio". Finaliza esgrimiendo: "La totalidad de las circunstancias analizadas permiten concluir que, en tanto se verifican en derredor de De Vido indicios de entidad suficiente como para presumir que su libertad constituye un riesgo para el proceso en curso, su encarcelamiento resulta la única alternativa viable para garantizar el éxito de esta investigación. Para ello, más allá de toda especulación, el tiempo es fundamental frente a los peligros concretos de obstrucción verificados".

Por su parte, Bruglia señaló que: "... resultando además relevante –a los fines de la presente– el cargo que desempeñaba Julio De Vido al momento de los hechos, con su extensa trayectoria en la actividad pública ejercida en la provincia de Santa Cruz y el actual puesto que –como Diputado de la Nación y presidente de la Comisión de Energía– ocupa en el Congreso de la Nación [y agregó que] A la luz de la concreta imputación fijada por el juez de grado al momento de ordenar su declaración indagatoria, lo referenciado constituye claras circunstancias objetivas que demuestran la viabilidad de obstaculizar la investigación y dan fundadas razones para presumir que el nombrado tendría a su alcance las oportunidades y los medios necesarios –considerando especialmente la capacidad de influenciar y determinar a terceros– para intentar entorpecer la pesquisa y provocar una grave afectación al avance del "proceso y a la averiguación de lo ocurrido".

Por su parte, Farah fue quien hizo referencia a la complejidad del caso, indicando que: "La complejidad de los hechos, su extensión temporal, las vicisitudes que rodearon la obtención de documentación, la actividad procesal que falta emprender con miras a la determinación de los alcances de las maniobras y la individualización de todos los responsables y, sustancialmente, la ubicación y eventual recuperación de los fondos involucrados en las maniobras ilícitas, habilitan la procedencia de la diligencia reclamada respecto de quien ha sido sindicado en autos como uno de sus principales responsables".

A lo que Bruglia añadió: "Nos encontramos ante un caso bastante particular, que se encuentra caracterizado por diversos componentes que luego referiré, los que permiten afirmar la concreta presencia de riesgos procesales sobre la incautación y producción de la prueba, que podrían poner en peligro el progreso de la investigación [...] Los hechos investigados en autos revisten una importante e inusual complejidad, detallados como un significativo entramado de corrupción con permanencia en el tiempo [...] Estamos ante una compleja plataforma fáctica, con sus particulares pliegues, que involucra una multiplicidad de actos efectuados por particulares y diversos funcionarios de dependencias estatales asentadas en más de una jurisdicción, entidades autárquicas y hasta una fundación. Involucra la participación de funcionarios públicos que ostentaban disímiles jerarquías".

5. Preponderancia del Poder Judicial en desmedro de los otros dos poderes del Estado como consecuencia del lawfare

El 25 de octubre del mismo año, la Cámara de Diputados de la Nación trató el dictamen de mayoría de la comisión de asuntos constitucionales de ese cuerpo, en relación al desafuero del entonces Diputado Julio De Vido, a pedido del Poder Judicial.

Entre los votos de los legisladores se destacan aquellos que remiten al fallo de la Cámara, con los alcances antes mencionados. Es decir, que el Poder Legislativo admite la injerencia del Poder Judicial, acatando, sin cuestionarla, una orden que se basa en argumentos que resultan contrarios a nuestra ley suprema, a los tratados internacionales de Derechos Humanos y a las normas emanadas del propio Congreso, tal como lo es el Código Procesal de la Nación.

Una de las principales consecuencias del lawfare es la preponderancia del Poder Judicial en desmedro de los otros dos poderes del Estado. En éste caso, quedó en evidencia cómo el Poder Judicial infringió en las decisiones del Poder Legislativo para criminalizar a ex miembros del Poder Ejecutivo, en razón de sus funciones y con fines de persecución política. De los argumentos esgrimidos por algunos diputados en el marco de la mencionada sesión, se desprende un avance del Poder Judicial sobre las competencias del Poder Legislativo, judicializando sus debates y sus resoluciones.

A continuación repasamos algunos de los fundamentos en los que basaron su voto los legisladores, remitiéndose, en algunos casos, de manera literal a la decisión de la Cámara y específicamente al voto del juez Irurzun⁽³⁾.

- Tonelli (PRO): Ésta es la razón por la cual se pide el desafuero, porque de lo contrario, como ya dije, la causa podría continuar hasta su final sin necesidad de ningún desafuero, pero dos jueces federales y la Cámara Federal consideran que es estrictamente indispensable detener al diputado De Vido, y por eso piden el desafuero. (pág. 10)
- Brugge (UNA): Precisamente ésta última es la que en uno de sus fundamentos señala que existe un riesgo latente de que el señor diputado De Vido, en función de su cargo legislativo y de sus relaciones, pueda entorpecer el proceso. Ésto necesariamente exige que debe ir a prisión, como única medida para evitar esta situación y, más allá de quitarle el pasaporte, impedirle salir del país y trabarle los embargos correspondientes. (pág. 13)
- Ciciliani (Partido Socialista): Durante mi recorrida en la campaña electoral la semana pasada, en el pueblo Arroyo Ceibal, ubicado al norte de la provincia de Santa Fe y con 1.200 habitantes –que ojalá estén mirando por televisión–, un grupo de mujeres me preguntó qué posición iba a tener y me dijo: “Cuando en una bolsa de papas hay una papa podrida, hay que sacarla rápidamente porque se corre el peligro de que se pudra toda la bolsa” (pag. 16)
- Bianchi (Compromiso Federal): Por primera vez tenemos en nuestras manos un informe de la causa y el pedido de la Justicia. El fiscal Moldes pide el desafuero del diputado De Vido, considerando la capacidad de su estructura, que definió como la más compleja y efectiva trama de corrupción. No tuvimos esto antes, por lo menos los diputados de Compromiso Federal. (pág. 19)
- Giordano (Izquierda Socialista - Frente de Izquierda): Señora presidenta: en nombre de la Izquierda Socialista y del Frente de Izquierda queremos sumarnos al voto positivo para que el corrupto y mafioso de Julio De Vido vaya a la cárcel como corresponde y como venimos luchando desde hace años; tanto De Vido como todos los corruptos (pág. 23)
- Olmedo (Salta Somos Todos): Con respecto al desafuero del diputado De Vido, la Justicia fue clara y yo también soy muy claro: respeto a la Justicia. Fui el único que la respetó cuando sucedió lo del 2x1. Creo que hoy somos muchos más los que vamos

(3) <https://www.hcdn.gob.ar/sesiones/sesiones/sesion.html?id=3439&numVid=0>

a respetar a la Justicia. No les quepa ninguna duda de que mi voto será en favor del desafuero del diputado De Vido. También quiero pedir a la Justicia que no le otorgue la prisión domiciliaria al igual que lo hizo con Milagro Sala. Espero que no aparezca la Comisión Internacional de Derechos Humanos diciendo que es un preso político, porque de esta manera voy a tener que volver a presentarme ante la Justicia a fin de que vuelva a prisión. Los corruptos tienen que estar presos en la cárcel. Solicito a esta Cámara que apruebe el proyecto que presenté en el sentido de que sea obligatorio el trabajo dentro de las cárceles de los corruptos, los violadores y los presos comunes. Encima que robaron, los mantenemos; encima que cometieron un delito, los mantenemos. (pág. 25)

- Daer (Bloque de los Trabajadores): Por supuesto, personalmente, tengo algunas dudas sobre si amerita o no la prisión preventiva. Hay un universo de casos muy grande, algunos tienen prisión preventiva y otros no, pero la coherencia que debemos tener en esta Cámara es la que nos lleva a estar presentes (pág. 26)
- Negri (UCR): "...Creo que ningún gobierno de ningún color político ha puesto tanto poder en las manos a una persona como ocurrió con el diputado hoy en cuestión..." "...La corrupción en los gobiernos comienza cuando se pierden los principios y cuando en nombre de la celeridad –vale como ejemplo– se dejan de lado los controles, se otorga el poder a uno solo y se cree que la consecuencia es el beneficio del pueblo, pero en definitiva es la violación de la ley y seguramente la corrupción..." (pág. 28)

A partir del desafuero y de la posterior detención de De Vido, la ampliación de criterios que dio lugar al pedido de su prisión preventiva, fue utilizado para encarcelar a otros ex funcionarios y dirigentes opositores.

En ese entendimiento, cabe destacar que ésta teoría de las relaciones residuales, gestada en el Poder Judicial, avalada por el Poder Legislativo y defendida por el poder económico, sobre todo desde los medios de comunicación hegemónicos, fue el principal argumento del fallo que decidió la detención del Ex Presidente Amado Boudou. En efecto, el juez Ariel Lijo al resolver respecto de su prisión preventiva, remitió al fallo que dio nacimiento a la Doctrina Irurzun, al señalar que "A la hora de examinar la presencia de riesgos procesales no corresponda limitar el análisis al arraigo o la manera en que los involucrados se comportan formalmente en el proceso penal, sino que resulta especialmente relevante determinar si existen datos reales, concretos y objetivos que permitan razonablemente presumir que los lazos funcionales tejidos al amparo del acuerdo criminal se encuentran aún vigentes y pueden estar siendo utilizados en perjuicio de la investigación penal."

Resultados de la guerra judicial en argentina

Para concluir, la persecución de dirigentes opositores, durante el gobierno de la Alianza Cambiemos, en complicidad con el Poder Judicial, fue un instrumento imprescindible para consolidar un modelo económico que implicó el endeudamiento de nuestro país,

el estancamiento de su matriz productiva, el saqueo a la capacidad de consumo de los trabajadores, la destrucción del sistema previsional y una transferencia inédita de recursos hacia los sectores financieros.

Consideramos que el lawfare fue una condición sine qua non para poder llevar a cabo ese proyecto político con las consecuencias mencionadas.

Pero también, creemos que es oportuno mencionar los resultados que arrojó y sus implicancias dentro del sistema de justicia en nuestro país, con consecuencias graves que tensan los límites de la democracia:

- El 14 de diciembre de 2015, a tan sólo cuatro días de asumir la presidencia, Mauricio Macri firmó el decreto 83/2015, mediante el cual designó a los doctores Carlos Fernando Rosenkrantz y Horacio Daniel Rosatti como Jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación;⁽⁴⁾
- La entonces Procuradora General de la Nación, Dra. Alejandra Gils Carbó, elegida constitucionalmente por la Cámara de Senadores, padeció el hostigamiento político y mediático y las amenazas a su familia, incluida la publicación del número de celular de su hija en un diario, hasta provocar su renuncia;⁽⁵⁾
- Con el objeto de designar a la ex Diputada de Cambiemos, Laura Alonso, como titular de la Oficina Anticorrupción, a través del decreto 252/2015 se modificó la ley que exigía el requisito del título de abogado/a para acceder a ese cargo;⁽⁶⁾
- Se designó como titular de la Unidad de Información Financiera (UIF), organismo encargado de la investigación del lavado de activos, al ex asesor del Fondo Monetario Internacional, Mariano Federici; en segundo lugar se nombró a María Eugenia Talarico, abogada del HSBC; y como Jefa de relaciones humanas a María Pía Monjes Calcaterra, prima del entonces Presidente, Mauricio Macri. Resulta necesario mencionar que tanto la Oficina Anticorrupción, como la UIF, se constituyeron como querellantes en todas aquellas causas donde se investigan a ex funcionarios kirchneristas;
- En el año 2016, en una sesión irregular, Tonelli, Diputado del PRO, se apropió de una banca en el Consejo de la Magistratura que correspondía a la oposición;⁽⁷⁾

En resumen, los diferentes procesos reseñados, plagados de irregularidades, dieron lugar a la configuración de un nuevo mapa de la justicia que abarca a la Corte Suprema,

(4) <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/255000-259999/256848/norma.htm>

(5) <https://www.perfil.com/noticias/politica/gils-carbo-dara-de-baja-el-celular-de-su-hija-porque-clarin-lo-hizo-publico.phtml>

(6) <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/255000-259999/257350/norma.htm>

(7) <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-292578-2016-02-16.html>

a la conducción de los fiscales, al máximo tribunal penal del país y al cuerpo encargado de designar y remover magistrados. Éste escenario constituye un legado peligroso que amenaza a la democracia y quebranta el Estado de derecho.

Referencias

Fernández de Kirchner, Cristina (3 de diciembre de 2019). 5. Lawfare: la demonización de un proyecto político a través de causas judiciales [Video]. Youtube. https://www.youtube.com/watch?v=BEKNJyk53ZE&ab_channel=CristinaFern%C3%A1ndezdeKirchner

Vegh Weis, V. (2021). El lawfare como golpe por goteo. Un análisis desde la criminología crítica sobre democracia, sistema penal y medios en Latinoamérica. Revista Pensamiento penal, junio,(403). pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/09/doctrina89569.pdf

Mesa 3

Concepto de *lawfare* en la Teoría Constitucional y Política

Jorge Francisco Cholvis

Ana Maria D'Ávila Lopes

Felipe Paredes

Mabel Iraís Sánchez Martínez

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima - Thaís Araújo Dias

JORGE FRANCISCO CHOLVIS*

Constitución y teoría constitucional frente al *lawfare* y la judicialización de la política

Proemio

1. Para desarrollar el tema de esta ponencia, recurriremos a conceptos preambulares que han de ser el pórtico que nos permitirá recorrer y ampliar la temática que proponemos.

El marco político e ideológico del modelo neoliberal y del mercado como panacea es expresión del poder concentrado ejercido por los sectores dominantes y el egoísmo e individualismo incorporados como pautas de conducta. Constitucionalismo y teoría de la constitución no son concepciones estáticas, sino que han de registrar transformaciones hacia el progreso social.

Debemos actualizar el debate sobre los conceptos de derecho, constitución y justicia; definir un ideal filosófico-jurídico de liberación, soberano y autocentrado. Una epistemología jurídica para adecuar la didáctica del derecho y la teoría constitucional para un nuevo Estado, nuevas realidades y sujetos sociales.

2. "Estado de derecho" significa que su vigencia excluye la arbitrariedad. Las garantías individuales no pueden estar sujetas al *forum shopping* de jueces amanuenses de los poderes fácticos y *de iure*. Con el *lawfare* se pervierte el servicio de justicia hasta convertirlo en instrumento de persecución con la nefasta práctica de la prisión por causas políticas para quienes confrontan con dichos planes, a lo que contribuye una relación fluida con medios masivos de comunicación.

En una nueva Constitución será necesario incorporar normas precisas, cual medios para confrontar con el *lawfare*, la judicialización de la política y el "periodismo de guerra", que son una evidente estrategia de disputa geopolítica.

(*) Abogado (UBA). Constitucionalista e Historiador. Docente en la Universidad Nacional de Lanús, en la Universidad Nacional de Avellaneda y en la Universidad Nacional del Oeste. Integrante del cuerpo docente en la Diplomatura "Pensamiento Nacional y Modelo Argentino de Desarrollo" (Universidad de San Isidro, Dr. Plácido Marín). Miembro del Instituto de Historia del Derecho y del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Autor de numerosos libros y ensayos sobre temas de su especialidad.

Será menester prevenir esta perversión jurisdiccional y mediática, y replantear la estructura institucional de nuestra magistratura y la actuación de los medios masivos de comunicación.

Asimismo, será necesario transformar el Poder Judicial y su democratización para garantizar la vigencia de los derechos que consagra la Constitución; instituir un sistema de comunicación social con derecho a la información, libertad de expresión y participación ciudadana; y hacer efectivo el derecho a la verdad como un “derecho autónomo e inalienable” que no admite suspensión ni estar sujeto a *fake news*.

Epistemología jurídica y teoría constitucional

3. La problemática de los derechos humanos no transcurre en la actualidad solamente por el meridiano de su identificación y formulación, sino que debe incorporar principalmente en la Constitución cómo asegurar su vigencia para todos y en todo tiempo y lugar; o sea, en otros términos, cómo realizar el bienestar general que equivale a la Justicia en su más alta expresión y cómo alcanzar la vida abastecida con los bienes exteriores que la persona necesita para tender libremente a su desarrollo y disfrutar los bienes interiores que la perfeccionan y hacen feliz.

El derecho es lucha, señaló Rudolf von Ihering. Sostuvo que la lucha no es un elemento extraño al derecho, antes bien es una parte integrante de su naturaleza y una condición de su idea. “Todo derecho en el mundo debió ser adquirido por la lucha [...] ha sido indispensable imponerlos por la lucha a los que no los no los aceptaban”. Así, afirmó que “el derecho no es una idea lógica, sino una idea de fuerza” (Ihering, 1939: 52). No puede ser de otro modo porque el derecho siempre es político. El derecho no puede nunca ser neutro, jamás puede ser no ideológico, porque siempre contiene una cosmovisión, un sistema de ideas. La cuestión está en saber qué ideas expresa. Siempre los derechos resultaron de luchas políticas y les dieron forma a sus logros. El derecho es el medio necesario para impulsar la política de respeto a la dignidad humana. Sin duda, el derecho es el medio necesario para empujar la política de respeto a la dignidad humana (conf. Zaffaroni, 2016).

Expresaba Sampay que a medida que la generalidad de los componentes de la sociedad intensifica su cultura intelectual y política, progresa la ciencia jurídico-social, que consiste en la exigencia de la gente respecto a las condiciones de vida que en la ocasión histórica son posibles, y que en consecuencia les son debidas. La ciencia política dilucida qué es la constitución en cualquier tiempo y lugar, porque el ser humano, a raíz de su naturaleza social, se integra en una comunidad política, y a esta, necesariamente la instituye y ordena una constitución. La ciencia política, entonces, determina qué es la constitución y descubre que su fin verdadero es la justicia política o bien común. La interpretación de las normas de la constitución jurídica es el objeto del derecho constitucional o ciencia dogmática de la constitución (Sampay, 1973: 67 y ss.).

No existe norma jurídica o código cuyo contenido positivo sea eterno e inmutable. El derecho es una técnica social específica, y no se debe perder de vista que se presenta

como un producto histórico en una sociedad determinada. Es sabido que desde la Escuela Histórica del Derecho, Savigny sostuvo que el *ethos* social es expresión viva de la conciencia jurídica popular y que a partir de ella surge el derecho. El derecho es obra humana, y primero ingresa en la conciencia merced a la fuerza de la necesidad. El derecho va apareciendo con la ocasión, afirma Ihering (Cholvis, 2017: 15).

La expresión “estado de derecho” significa que la comunidad humana se halla asentada, toda ella, sin excepción, en normas fundamentales, cuya vigencia excluye, en principio, la arbitrariedad. La soberanía, por su parte, constituye uno de los conceptos más complejos de la teoría del Estado y la constitución, dado que en su contenido se mezclan aspectos morales, legales y políticos. Por ello, la idea de soberanía se manifiesta de formas muy diversas: como aspiración, como ideología, como mito, incluso como pura ficción (conf. Jauregui, 1998: 59).

4. Entendemos necesario señalar un aspecto esencial respecto a la constitución y precisar que en su integridad ella es, ciertamente, una estructura multidimensional: cultural-económica en la base (constitución real) y jurídico-institucional en el vértice (constitución jurídico-formal). La constitución real es la suma de los factores de poder –tanto internos como externos– que predominan en una sociedad determinada. Desde el momento en que se recuperó la noción de la realidad conceptual de la constitución, frente a la ideología que presentaba a la constitución escrita abarcando la realidad global de la constitución, quedaron claramente conceptuadas la infraestructura sociológica y la sobreestructura jurídica de la constitución. Y como a estos dos aspectos de una misma realidad se los llamó constitución, hubo que diferenciarlos con nombres complementarios: al primero se lo llamó constitución real y al segundo constitución escrita o jurídico-formal.

Es claro que el tema constitucional no pasa solo por la constitución escrita, que está sujeta férreamente por la constitución real, ni es exclusivamente un tema jurídico, sino que principalmente se encuentra en el ámbito del poder político y de un proyecto de nación compartido por un pueblo organizado y participe directo de su institucionalización al más alto rango normativo. Una constitución no es sino su consecuencia, y el poder encarna la única instancia capaz de transformar la política en historia. Entonces, es ineludible tener presente la correlación que existe entre la constitución real y la constitución escrita; y también la afirmación de la justicia que debe contener la constitución real atento a las condiciones sociales de producción y cultura. La adecuación a tales condiciones sociales conforma los criterios para valorar la constitución real y la constitución escrita; y así, esos criterios vienen a servir de ideales para animar la lucha del pueblo por una constitución mejor.

La constitución escrita es una declaración programática de principios y aspiraciones en la que no solo se regula lo que ya es, sino que se afirma una vocación de lo que debe ser orientadora de los gobernantes y educadora de los gobernados. Es la función docente de la constitución.

5. La teoría de la constitución se ha venido desarrollando progresivamente por períodos históricos, tal como lo han hecho las mismas constituciones; tiene como uno

de sus objetivos reconocer los derechos inherentes a la persona. Es una explicación razonable y razonada sobre el surgimiento y desarrollo histórico de la norma superior en las sociedades humanas. Por ende, constitucionalismo y teoría de la constitución no son concepciones estáticas sino que registran transformaciones a través de las cuales se van planteando con más amplitud los derechos de las personas y grupos humanos, como los límites y responsabilidades del poder político.

6. Para Bidart Campos, la teoría de la constitución incorporada a la ciencia política procura ofrecer el encuadre jurídico al Estado; tiene por objeto de estudio, entre otros, qué es una constitución (conf. Bidart Campos, 1992; 2013). Expresa Ferreira en *Fundamentos constitucionales* que “posiblemente, Alberdi sea uno de los primeros juristas en pleno siglo XIX que acude y emplea ‘teoría constitucional’, en un sentido moderno: cuerpo de proposiciones coherentes y unitarias (saber) referenciales al estudio del objeto (normativo), el propio Derecho Constitucional. Singular originalidad” (2013).

Dentro de la teoría de la constitución se encuentran establecidos los principios necesarios para poder interpretar la constitución; es decir, el fundamento. Bien expresó Ferdinand Lassalle que “los problemas constitucionales no son, primordialmente problemas de derecho, sino de poder. La verdadera constitución de un país solo reside en los valores reales y efectivos de poder que en ese país rigen; y las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social” (1964: 92).

Se puede expresar entonces que la teoría de la constitución es un conjunto sistemático de tesis y criterios en el orden conceptual. El constitucionalismo, por su parte, es un movimiento sociopolítico que enfoca la formación de constituciones y su transformación o reforma; como movimiento intelectual y político impulsa la teoría del desarrollo constitucional. La teoría de la constitución, con sus propuestas programáticas e interpretación de los derechos humanos, consigna cada vez con mayor claridad el constitucionalismo como movimiento de avance social.

Lawfare, fakes news y judicialización de la política

7. Hace ya muchos años, Perón señaló que “el desprestigio es un arma poderosa que utilizan para erosionar la figura de los líderes populares” (2015: 277), pues indicó que “para conducir no es suficiente la popularidad. Para conducir es necesario el prestigio [...] y nadie puede conducir sin ese principio básico de la conducción que es el prestigio”; que es precisamente el objetivo a destruir por lo que se conoce como *lawfare*.

Siempre han existido noticias engañosas, pero a partir de la emergencia de internet y de nuevas tecnologías de comunicación e información, las *fake news* han proliferado a lo largo y ancho del planeta. Así se genera un círculo vicioso, y una noticia falsa se replica miles de veces en cuestión de segundos. Ello tiene incidencia en la sociedad en su conjunto, afecta la integridad democrática y debe ser abordado en sus dimensiones política, social y cultural. “Las herramientas digitales deben servir para la plena

realización del ser humano. De lo contrario, no solo son inútiles, sino también perjudiciales” (Tolcachier: 2021).

Las *fake news*, o eufemísticamente la posverdad, han adquirido carta de naturalización con renovado impulso a partir de la socialización de internet, de sus redes sociales y de sus medios-buscadores como Google, entre otros. Así es que “esta era digital también tiene su lado negativo, como lo diría el propio creador de la *World Wide Web*, Tim Berners-Lee: la desinformación se disemina fácilmente en internet” (Richter Morales, 2018). Por ello –dice– ahora estamos pasando a la era de la desinformación: con la expansión de las redes digitales se ha presentado su lado oscuro. Entre ejemplos de las tareas de desinformación, enuncia: desprestigiar, denostar, hostigar a líderes políticos y personajes, así como también filtrar sospechas desestabilizadoras (Ritcher Morales, 2018: 17-18 y 24).

Podría decirse entonces que esta metodología de ataque utilizada contra líderes que encabezan proyectos populares ha existido desde hace tiempo. La diferencia con nuestros días es la dimensión que ha alcanzado el fenómeno. Que, además –como vimos–, convive “con otros términos, como noticias falsas (“*fake news*”), hechos alternativos, entre otros, que no necesariamente quieren decir lo mismo, pero sí están estrechamente relacionados” (Morales Campos, 2018).

8. El *lawfare* puede ser definido como una persecución política por la vía judicial, y en América Latina es cada vez más frecuente; su objetivo es eliminar al adversario.⁽²⁾ Para Zaffaroni, el “*lawfare* es una expresión paralela a “*warfare*”, utilizada para referirse a una guerra jurídica (Zaffaroni, 2021). Sin duda, exige una relación fluida entre el Poder Judicial y los medios de comunicación, y “en cierto modo el *lawfare* es una vuelta de rosca más a una tendencia conocida, la judicialización de la política” (Nantanson, 2018).

El origen y evolución del neologismo “*lawfare* es una contracción de las palabras *law* (derecho) y *warfare* (guerra), y uno de sus primeros registros remonta a un artículo de Jhon Carlson y Neville Yeomans publicado en 1975, en el cual se afirma que el “*lawfare* sustituye a la guerra y el duelo es con palabras y no con espadas” (conf. Zanin Martins *et al.*: 2020). “Así el *lawfare* se convierte en una “estrategia de usar –o de abusar– de la ley como un sustituto a los medios militares tradicionales para alcanzar un objetivo operacional” (Zanin Martins *et al.*: 2-3).

El término “*lawfare*” fue popularizado por el general de División retirado Charles Dunlap Jr, en un artículo que publicó en el año 2001 titulado “*Law and military interventions: preserving humanitarian values in 21st conflicts*”, en el que abordó el conflicto que ocasionaban los abogados del Estado a los generales en el campo de combate al interferir en las acciones de bombardear libremente Afganistan, contrariando las convenciones internacionales de derechos humanos. En dicho artículo, Dunlap Jr. definió la guerra jurídica (*lawfare*) como un método de guerra en el que el derecho es usado con el fin de cumplir con objetivos militares, y citando a los abogados David Riviken

(2) www.celag.org/wp-content/uploads/217/03/LawfareT.pdf

y Lee Casey sostuvo que “si se permite que las tendencias del derecho internacional maduran y se conviertan en reglas vinculantes, el derecho internacional puede convertirse en una de las armas más potentes jamás desplegadas contra los Estados Unidos” (2001: párr. 4). Por tanto, se debe entender que con dicho criterio, tanto para los militares estadounidenses como para los abogados que acompañaron las intervenciones de dicha potencia en el extranjero, era contra los Estados Unidos que se hacía la guerra jurídica cada vez que se apelaba a una instancia internacional con el objetivo de frenar los ataques sobre poblaciones civiles al exigir el cumplimiento de la normativa internacional.

9. El profesor de la Universidad de Derecho de Arizona, abogado del Departamento de Defensa de los Estados Unidos, Orde F. Kittrie, publicó en 2010 un libro titulado *Lawfare: a law as a weapon of war* (*Guerra jurídica: la ley como un arma de guerra*) y también un artículo titulado “*Lawfare and U. S. National Security*”, donde en tres secciones explica el cambio del accionar del Estado norteamericano, desde una posición defensiva a una de ataque. Según Kittrie, son cinco las herramientas que tiene el presidente de los Estados Unidos para alterar el comportamiento de un país extranjero: “1) hablar (declaraciones y negociaciones); 2) edulcorar (incentivos); 3) sanciones (restricciones económicas y diplomáticas); 4) sabotaje; y 5) soldados (acción militar). En el caso de Irán [-dice-] hablar y endulzar han fallado, y los soldados son una opción muy problemática”. Es por esta razón -explica- que la estrategia fueron las sanciones económicas y el sabotaje” (2010: 403).

Cabe señalar los aspectos de la puesta en marcha del *lawfare* defensivo, con sus numerosas modalidades y tácticas, para centralizar un ataque a quienes impulsen políticas soberanas o directamente contra países, implementando medios que recreen el escenario perfecto para el *lawfare*:

- a. manipulación de las reglas de competencia o abuso e inadecuada utilización del “*forum shopping*”;
- b. exceso de prisiones preventivas como forma de tortura para la obtención de delaciones premiadas;
- c. utilización de delaciones premiadas para deslegitimar y aniquilar enemigos a través de falsas incriminaciones;
- d. “*overcharging*” (exceso en la acusación);
- e. creación de obstáculos a la actuación de abogados que luchan contra las arbitrariedades del *lawfare*;
- f. interposición de acciones judiciales para delimitar la libertad de expresión y difundir miedo;
- g. los estados de excepción (creación de normas “*ad hoc*”);
- h. manipulación de pautas movilizadoras para iniciar la persecución del enemigo;
- i. promoción de desilusión popular: influenciar a la opinión pública y la utilización del derecho para efectuar publicidad negativa (provocar la desilusión de la población en relación al enemigo) (conf. Zanin Martins et al., 2020: 59, 65, 68, y 72).

Así construyen este fenómeno cancerígeno que carcome las bases de la democracia que jugó un rol fundamental a nivel regional, al contribuir al retorno de las derechas (vía golpe o de elecciones). Los golpes de Estado judiciales, o las derrotas electorales empezaron a modificar el mapa político dando lugar a una reversión conservadora. Pues, como observaron perfectamente los abogados David Rivken y Lee Casey (en Dunlap Jr., 2001), “si se permite que las tendencias del derecho internacional maduren y se conviertan en reglas vinculantes, el derecho internacional puede convertirse en una de las armas más potentes jamás desplegadas contra los Estados Unidos.

10. Por tanto, el concepto de *lawfare* proviene del ámbito militar y se trata de un método no convencional de guerra que, en este caso, se dirime en el terreno jurídico/legal,⁽³⁾ e implica “una novedosa estrategia de disputa geopolítica” (Romano y Tirado, 2018). Es una metodología cuya finalidad consiste en destruir y eliminar al “enemigo” elegido, bajo determinadas estrategias y tácticas.

Así como en la década del 70 se instaló la Doctrina de la Seguridad Nacional para instalar gobiernos de facto liberales y la persecución de actores políticos populares, actualmente se utiliza esta nueva herramienta, más sofisticada y con apariencia legal, para deslegitimar a esos mismos actores so pretexto de corrupción e ineficacia estatal.

Su objetivo es operar contra los procesos de cambio que atentan contra la vía neoliberal mediante una rápida vía para impedir la “restauración populista”, y una de las características de esta guerra híbrida es la simultaneidad de tácticas, objetivos y escenarios bélicos. La “batalla comunicacional” fue y es un campo propicio para desplegar el *lawfare*.

Hacia comienzos de este siglo ya se hizo notorio que los medios concentrados de comunicación actúan como suprapoderes y han logrado una enorme dimensión que excede al Ejecutivo y los poderes legítimamente constituidos. En nuestros países el dispositivo tecno-mediático articulado al poder corporativo global ha reemplazado a los partidos políticos proveyendo los argumentos principales de la disertación y la réplica política. Además, el espacio público ya no es la tribuna, son los medios.

De tal forma, el diseño de las políticas de comunicación está en manos empresariales. En síntesis, el dispositivo tecno-mediático, en su proceso de avance hacia la suma del poder (a través del grupo económico que se ubique en el centro de la convergencia tecnológica-empresarial), se inviste también como actor político, imponiendo las agendas, sus reglas y los imaginarios sociales. De tal modo, entonces, los medios tradicionales dejaron de ser testigos del poder y pasaron a ejercerlo.

11. Es con esa metodología que en América Latina se continúa ejecutando un plan para perseguir y procribir a líderes populares. El *lawfare* no reconoce fronteras territoriales e ideológicas, y “en Latinoamérica en estos últimos años ha sido clara la utilización de esta herramienta, en especial contra gobiernos que han sido etiquetados bajo el rótulo de ‘populistas’” (Gutiérrez Colantuono, 2020). Esta etapa de alta agresividad contra los líderes populares tiene dos objetivos: por un lado, la restauración e impo-

(3) <http://harvardnsj.org/2012/04/Offensive-lawfare-and-the-current-conflic>

sición total y definitiva del modelo neoliberal salvaje, y, por otro, la demonización y descalificación de los dirigentes y sus políticas sociales para que nunca más puedan regresar (Luzzani, 2018)

Es actor principal el Poder Judicial, en connivencia con los medios de comunicación. La víctima, por su parte, siempre es un referente social, dirigente popular o funcionario público. Con este instrumento se destituyó a Manuel Zelaya en Honduras; a Fernando Lugo en Paraguay, a Dilma Rousseff en Brasil y se encarceló al vicepresidente de Ecuador Jorge Glass y a Luiz Inacio Lula Da Silva en Brasil. También se persigue a Cristina Fernández de Kirchner y otros actores políticos en Argentina.

Por ello, si analizamos con detenimiento y profundidad el fenómeno actual del *lawfare*, vemos cómo nuevamente se da un proceso simultáneo y paralelo en toda Latinoamérica para deslegitimar, remover o directamente apresar a los líderes populares; todo con el afán de instalar nuevamente políticas económicas neoliberales que no estaban siendo receptadas desde fines de los años 90, gracias a victorias de gobiernos nacionales y populares.

- 12. ¿Cómo opera el *lawfare*? El caso judicial se hace público en momentos de alto costo político para la persona o grupos que son desprestigiados. Los medios de comunicación masivos y concentrados operan como “periodismo de guerra” de modo transversal a estas dinámicas, manipulando la opinión pública al magnificar algunos casos e insensibilizar otros. Se puede afirmar, entonces, que los medios de comunicación (incluyendo las redes) y el Poder Judicial (alternado en algunos países con el Legislativo) son su columna vertebral. El accionar es el siguiente: primero se “filtra” a la prensa un supuesto delito y se publica, todos los días y a todas las horas, sospechas o noticias falsas que involucran al “enemigo político”. Este bombardeo mediático crea una sensación o presunción de culpa. Finalmente, esas noticias falsas se toman como base para realizar investigaciones policiales y demandas judiciales. Mientras tanto, en la opinión pública se consolida la idea de que el “sospechoso” es culpable y que la justicia actúa con equidad (conf. Luzzani, 2018). Así es que asistimos a un proceso de notable deterioro de la credibilidad del accionar de los poderes judiciales en Latinoamérica (Barcesat, 2018).**

Actualmente nos encontramos ante esta novedosa estrategia de disputa geopolítica que se dirime en el terreno jurídico/legal. Lo que a inicios del siglo XXI era algo más bien incipiente e intermitente, adquirió protagonismo y permanencia al concluir la primera década. Por ello, “será menester prevenir la reiteración de esta perversión jurisdiccional, y para eso, habrá de replantearse seriamente la estructura institucional de nuestra Magistratura, conforme a una nueva Constitución” (Zaffaroni, 2020).

Sin el escudo del sistema jurídico, la impunidad de las acciones y de las decisiones políticas gubernamentales llevadas a cabo por el *lawfare* hubiera sido imposible. Los medios de comunicación jugaron un papel central “en la conformación de una opinión pública que permitiera que las violaciones a los derechos humanos tuvieran lugar” (Desojo, 2020: 21). Este plan sistemático de persecución penal y proscripción

política de los opositores afectó al sistema judicial argentino al haberse perseguido también a magistrados por el contenido de sus sentencias; es decir, existió disciplinamiento y amedrentamiento del sistema judicial.

Por tanto, como se observa cotidianamente, en esta cuestión juegan un rol trascendental los grupos de medios, encargados de destruir la imagen pública de personas que se animan a confrontar a los factores de poder más concentrados. En este juego de *lawfare*, los medios y el Poder Judicial son protagonistas y manejan el tiempo y los recursos necesarios para instalar noticias, desprestigiar a una persona y finalmente armar un proceso judicial carente de fundamentación y legalidad. Esto lo dejó en evidencia el trascendente fallo del Tribunal Oral Federal 8, del 7 de octubre de 2021, que sobreescribió a Cristina Kirchner y a todos los demás imputados, considerando que la firma del Memorándum con Irán no constituyó delito alguno; dejó en claro, asimismo, que el objetivo en esa causa –instruida por el juez Claudio Bonadío– era la persecución política, no la verdad, y que el delito imputado era inexistente.

13. Remarcó Zaffaroni que “los gobiernos populares, seamos sinceros, pudieron a veces cometer errores, a veces ser autoritarios y a veces paternalistas. Pero todos los errores juntos de los gobiernos populares del siglo pasado empalidecen frente a las atrocidades que se cometieron para contener la ampliación de la base de ciudadanía real que esos gobiernos posibilitaron. Si solo me limito a la de mi país Argentina, puedo mencionar el golpe de Estado del 55, la derogación de una Constitución Nacional por bando militar, la convocatoria a una Asamblea Constituyente invocando poder revolucionario, fusilamiento por delito político sin proceso, proscripción del partido mayoritario durante 17 años, y la lista podría seguir. Se empleó el Poder Judicial para estigmatizar a nuestros líderes” (Zaffaroni, 2021: párr. 15). En este programa –agrega– tiene que ser parte, naturalmente, la criminalización de los líderes populares. Y ello se ha logrado “mediante deformaciones institucionales de nuestros poderes judiciales y del deterioro y la degradación de los perfiles de los jueces. En gran medida, esto no se debe descargar solamente en los jueces, que no nacen en incubadoras: los formamos en las academias” (Zaffaroni, 2021: párrs. 29-30).

El “Pronunciamiento de la Asociación Americana de Juristas ante la utilización del ‘*lawfare*’ para enfrentar e impedir el cumplimiento del programa comprometido por un gobierno electo por el pueblo: el caso argentino”,⁽⁴⁾ del 29 de enero de 2021, expresó que “se ejecutó en la República Argentina un plan para establecer un sistema judicial donde no importaba mantener la imparcialidad de sus jueces, fiscales y defensores, o reforzar la calidad institucional de la magistratura, sino más bien todo lo contrario; se trató de la necesidad de encontrar un respaldo punitivo a decisiones políticas que, sin ese escudo judicial, hubiera sido imposible de ser llevadas a cabo” (3). Señala también “que toda esta línea discursiva y persecutoria, se ha impuesto en gran parte de nuestra Región Latinoamericana, encontrando su exponente máximo de concreción en el denominado *lawfare*. Este nuevo modo de dominación institucional, mediática y cultural

(4) Disponible en: <http://www.asociacionamericanadejuristas.org/sitio/pdf/Pronunciamiento-AAJ-Utizacion-lawfare-Caso-Argentino.pdf?2021>

confluye en un debilitamiento del Estado. Uno de sus objetivos nucleares es deconstruir las bases e instituciones del Estado-Nación y de la sociedad” (19).

Por todo ello, desde el derecho internacional de los derechos humanos se puede afirmar que la práctica del *lawfare* por un Estado lo hace responsable internacionalmente. Este reproche se sustenta ni más ni menos que en la violación concreta de derechos humanos reconocidos tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos como en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y en un gran número de fallos correspondientes al entramado jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Pues el debido proceso implica, al mismo tiempo, el respeto de la dignidad humana y es una garantía que debe estar presente, como se desprende del artículo 8° de la Convención Americana, y que a su vez encuentra un vínculo estrecho con los derechos reconocidos en los artículos 7° (incisos 3 al 6), 9, 10, 24, 25 y 27 del mismo cuerpo convencional, violados con las recientes prácticas del *lawfare*. En consecuencia, el artículo 23 de la Convención Americana abre la puerta para tratar las situaciones de *lawfare*. La judicialización de las prácticas de *lawfare* ante el Sistema Americano de Derechos Humanos es la vía para restaurar el estado de Derecho y detener un plan sistemático de uso indebido de recursos jurídicos para fines de persecución política (conf. Abogados Bonaerenses por la Democracia, 2018).

El derecho a la verdad cual derecho autónomo e inalienable

14. Desde hace años se trata de hacer efectivo un nuevo derecho humano: “el derecho a la verdad”. Así fue que en septiembre de 2005, a propuesta de nuestro país, pero con apoyo de toda América Latina, la Comisionada de la ONU para Derechos Humanos, Louise Arbour, presentó ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en Ginebra, un informe para reconocer a la verdad como un derecho “autónomo e inalienable”, que “no admite suspensión y no debe estar sujeto a restricciones”.

Por ello, cabe sostener que la manipulación y vaciamiento del significado de las palabras por los medios concentrados de comunicación conforma una estafa al pensamiento; y la promoción que se efectúa desde los sectores de poder dominante de criterios educativos y editoriales llevan a la colonización cultural. Esas argucias impulsan una estrategia académica y mediática con la que ocultan esas consecuencias y la incidencia negativa en cuanto al goce de los derechos humanos básicos, ocasionada por las políticas económicas que sostienen. Solo una actitud de este tipo puede explicar –en el plano intelectual, no en los intereses concretos– la persistencia del discurso neoliberal. Es simplemente ocultar el argumento. Cuando se trata de impedir ver, lo esencial se encuentra en lo efectivamente invisible (Cholvis, 2017).

15. Nuestro país, como otros del continente, vienen siendo desviados de los caminos que conducen hacia la independencia en sus diferentes facetas: económica, cultural,

científico-tecnológica, etc. Por cierto, será necesario incorporar normas precisas para confrontar con el *lawfare*, las *fake news* y la judicialización de la política, como también establecer disposiciones expresas en cuanto a los medios de comunicación y a hacer efectivo el derecho a la verdad. Para ello serán imprescindibles la formación de los abogados, un procedimiento acorde para evaluarlos en su aspiración a ser miembros del Poder Judicial y procedimientos para su designación y garantizar su idoneidad para dicha función.

Debemos actualizar el debate sobre los conceptos de derecho, constitución y justicia; definir un ideal filosófico-jurídico de liberación, soberano y autocentrado. Una renovada epistemología jurídica será necesaria para adecuar la didáctica del derecho y la teoría constitucional a las nuevas realidades y sujetos sociales. En forma elocuente expresó Gerardo Pisarello que “la construcción del constitucionalismo democrático comporta la eliminación de privilegios y la minimización de poderes en beneficio de los derechos de todos los habitantes, su puesta en marcha no sería posible sin luchas, conflicto e importantes niveles de movilización social. El reconocimiento de derechos no ha sido nunca producto de pacíficas y gratuitas concesiones” (2003: 267). Es necesaria, entonces, una base ética rigurosa para esclarecer y sostener la praxis necesaria, deseable y posible, para confrontarla con la realmente existente.

Ana Jaramillo indica que “el derecho positivo es una cosificación de los procesos históricos sociales de los cuales surgieron las necesidades de reglamentación de las sociedades, pero su *ethos* social se modifica a lo largo del tiempo así como es diverso en las distintas culturas. Por otra parte, dichas reglamentaciones legislativas surgen de los debates del poder político y económico, que limita asimismo los alcances de la norma” (2017: 23).

Una nueva etapa para la Argentina

16. En esta circunstancia histórica que estamos viviendo debemos profundizar el debate alrededor de estas cuestiones. El tratamiento del tema no puede restringirse a un grupo de notables, sino que debe ampliarse a un gran debate a lo largo y a lo ancho del país entre los distintos sectores de la sociedad. La ciencia política eleva a categoría de dogma el principio participativo. Una gran deuda con el pueblo argentino que debe ser cancelada: democratizar el Poder Judicial, y la necesaria modificación de los sistemas procesales vigentes.

Es deber de los juristas comprometidos con los intereses populares explicar la veracidad de los conceptos y las tendencias dominantes que sobre ellos se exponen. Señalaba Sampay en 1972 que “el uso clínico del conocimiento debe conjugarse con el patriotismo constitucional que, en una sociedad dependiente, requiere órganos y estudiosos compenetrados con la idea de la Justicia Política, estrella directriz que debe orientar la interpretación y valorización de las normas de derechos público”.

La totalidad de los actos humanos se objetivan en instituciones sistémicas que, como vimos, conforman lo que se llama “estado de derecho”. La ley recibe su fuerza moral del hecho de estar ordenada al bien común. La lengua griega clásica tiene la voz “*nomikós*” para significar legalidad, esto es, la condición de un acto social cuya ejecución se atiene a la ley del Estado, y la expresión “*nómimos*” para designar legitimidad, vale decir, la conformidad de un acto social con lo justo natural. No puede ser legítimo gobernar sin considerar si se lo hace justa o injustamente, ya que la Justicia es el valor que legitima una política constitucional.

El objetivo preeminente de la constitución es lograr el bienestar general, es decir la justicia en su más alta expresión, la justicia social. La legitimidad auxilia al desenvolvimiento del orden vigente en un momento dado de la comunidad, del Estado y es la justificación del poder. El político debe convertir en decisiones de prudencia, en soluciones técnicas las demandas de justicia que recoge del pueblo, enderezadas al cumplimiento de la vida humana plenamente realizada, la vida buena que los griegos denotaban con la palabra *eu bios*; a la justicia social por la que bregaba la Constitución Nacional de 1949, o al buen vivir que el nuevo constitucionalismo suramericano con voz aymara denomina *sumaj qamaña*, o en quechua *sumak kausay*. La acción constitucional es legítima cuando concuerda con el fin verdadero de la comunidad política, e ilegítima cuando apunta a un fin falso.

El entramado del poder financiero transnacional, sostenido con la clase herodiana de grandes grupos económicos oriundos que lo secundan con los medios de comunicación hegemónicos pregonando a su favor, más la estratificación social y cultural en la que nos encontramos actualmente, impide solucionar la problemática actual. Se ha de tener en cuenta, entonces, que la conciencia ética está en el origen de toda transformación histórica de liberación, y que la debilidad se transformará en fortaleza ética a mediano y largo plazo.

La política de no ingresar al tema constitucional y debatirlo a nivel popular es una manifiesta y definida actitud con el oculto objetivo de sostener el *statu quo*. Quienes actúan de aquella manera proponen el debate y el consenso para mantener las bases establecidas en la constitución real siguiendo las pautas de la democracia liberal, y en sostén de las normas de política económica insertas en la constitución jurídico-formal que posibilitan que perdure el “neoliberalismo”.

No nos debe preocupar que cuando se traten estos grandes temas se generen “agudas controversias” o se lleguen a “crear tensiones en la sociedad”. Toda constitución que sostenga cambios de estructuras en dirección al progreso de la justicia entrará ineludiblemente en conflicto con los beneficiarios de los privilegios que esa nueva constitución suprime.

Un nuevo diseño para el sistema de comunicación social

17. Las ideas que sostenemos en esta ponencia para un futuro texto constitucional no cierran la consideración de otras que surjan del debate. Pues como ya señalamos, entendemos que la Constitución Nacional requiere un nuevo diseño que evidencie

una nueva arquitectura distinta, amplia y profunda; y no se debe restringir a una simple modernización de su parte dogmática o a la modificación de su faz orgánica para actualizarla solamente.

Tenemos presente valiosos principios constitucionales establecidos por pueblos de Nuestra América, tal los que establecen las constituciones del Estado Plurinacional de Bolivia y de la República del Ecuador (ambas del año 2008).

Los principios que formulo a continuación para un título específico respecto al sistema de comunicación social se indican para el debate y consideración de los distintos sectores de la Nación, a efectos de que normas claras, precisas y unívocas integren la nueva arquitectura jurídico-constitucional, en la cual sus normas establecerán expresamente que

- la información y las opiniones emitidas a través de los medios de comunicación social deben respetar los principios de veracidad y responsabilidad; estos principios se ejercerán mediante normas de ética y autoregulación de las organizaciones de periodistas y medios de comunicación, y de su ley;
- atentará contra el sistema democrático quien incurriere en actitudes de *lawfare*, *fake news* y otros medios que ocasionen desinformación y/o confusión maliciosa al pueblo argentino, lo cual se considerará grave delito contra el Estado; a esos fines el Congreso Nacional sancionará la ley que lo establezca con carácter de orden público;
- el Estado garantizará la emisión, recepción y circulación de la información económica, política y cultural. Los medios de comunicación tienen el deber de coadyuvar a su debido cumplimiento; la ley establecerá los términos y modalidades de éstas obligaciones;
- los medios de comunicación social, públicos y privados, deben contribuir a la formación ciudadan, a la elevación de su formación jurídico-política y al conocimiento de sus derechos y deberes, como forma de hacer efectiva la función docente de la constitución;
- se establecerá el derecho a crear medios de comunicación social y acceso en igualdad de condiciones al uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, como también a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas;
- el Estado fomentará la pluralidad y la diversidad en la comunicación; y, asimismo, facilitará la creación y el fortalecimiento de medios de comunicación públicos, privados y comunitarios, así como el acceso universal a las tecnologías de la información y comunicación;
- no se permitirá el oligopolio o monopolio, directo ni indirecto, de la propiedad de los medios de comunicación y del uso de las frecuencias;
- el sistema de comunicación social asegurará el ejercicio de los derechos a la comunicación, la información y la libertad de expresión, a la rectificación y a la

réplica, como también el derecho de emitir sus ideas por cualquier medio de difusión; asimismo, fortalecerá la participación ciudadana;

- el Estado formulará la política pública de comunicación con respeto irrestricto de la libertad de expresión y de los derechos de la comunicación consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos; la ley definirá su organización, funcionamiento y las formas de participación ciudadana.

Aunque un examen del derecho constitucional comparado excede el objetivo de esta ponencia, podemos mencionar que la Constitución de la República Federativa de Brasil, del 5 de octubre de 1988, estableció en su artículo 220, inciso 5, que “[o]s meios de comunicacao social nao podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio”; y en su artículo 222 que “[a] propriedade de empresa jornalística e de radiodifusao sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, aos quais caberá a responsabilidade por sua administracao e orientacao intelectual”. Por su parte, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su texto actual, después de establecer que el Instituto Federal de Telecomunicaciones es un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, expresamente establece en su artículo 28 que el mismo “impondrá límites a la concentración nacional y regional de frecuencias, al concesionamiento y a la propiedad cruzada que controle varios medios de comunicación que sean concesionarios de radiodifusión y telecomunicaciones que sirvan a un mismo mercado o zona de cobertura geográfica, y ordenará la desincorporación de activos, derechos o partes necesarias para asegurar el cumplimiento de estos límites garantizando lo dispuesto en los artículos 6° y 7° de esta Constitución”, los cuales establecen importantes principios en cuanto a “la manifestación de las ideas” y a la “información. A continuación, el mismo artículo 28 precisa que “las concesiones del espectro radioeléctrico serán otorgadas mediante licitación pública, a fin de asegurar la máxima concurrencia, previniendo fenómenos de concentración que contraríen el interés público”.

18. Sin duda, para concluir con el *lawfare* es indispensable la transformación del Poder Judicial y su democratización, orientada a garantizar la vigencia y aplicación de los derechos que consagra la Constitución. Con dicho objetivo proponemos la creación de un tribunal constitucional que supere el régimen de incertidumbre sobre la constitucionalidad de las leyes y evitar la duración indefinida de situaciones injustas. Se concluirá con todo privilegio de los integrantes del Poder Judicial.

Estos principios propuestos se incorporarán y serán precisamente desarrollados en las diversas partes, títulos, capítulos, secciones y el articulado de la nueva Constitución jurídico-formal. Con ella los sectores mayoritarios del país comenzarán la nueva etapa en este siglo contemporáneo. De tal modo, avancemos hacia el diseño de esa nueva Constitución y su novedosa orientación filosófico-política y fisonomía técnico-jurídica.

El marco político e ideológico del discurso único del modelo neoliberal y del mercado como panacea es la expresión del poder concentrado ejercido por los factores de poder dominantes, y el egoísmo e individualismo incorporados como pautas de conducta llevan a la pérdida de la solidaridad social. Con las armas del *lawfare* como

estrategia de guerra híbrida para el cambio de gobiernos y construcción de democracias tuteladas, sostenidas por *fake news* de un pseudo periodismo que sirve como instrumento para la desinformación deliberada o el engaño.

Avancemos en el debate constitucional con la necesaria participación protagónica de nuestro Pueblo, y con la meta de institucionalizar al más alto rango normativo un Proyecto Nacional, Popular, Democrático, Integrado y Federal. En otras palabras, diseñar una novedosa arquitectura constitucional que concluya con el *lawfare* e impida la proliferación de las *fake news* que lo sostienen.

Referencias

- Abogados Bonaerenses por la Democracia** 2018 "Algunas consideraciones sobre el fenómeno *lawfare* (guerra jurídica)". perio.unlp.edu.ar/catedras/comyddhhlic/wp-content/uploads/sites/152/2020/08/3-Abogados-y-abogadas-de-la-pcia.-de-Buenos-Aires.-Algunas-consideraciones-sobre-el-fen%C3%B3meno-Lawfare.pdf
- Barcesat, Eduardo S.** 2018 "Ficciones Judiciales" en *Página/12*. www.pagina12.com.ar/106129-ficciones-judiciales
- Bidart Campos, Germán J.** 1992 *Tratado elemental de derecho constitucional argentino* (Buenos Aires: Ediar).
- 2013 *Manual de la Constitución reformada* (Buenos Aires: Ediar)
- Cholvis, Jorge F.** 2017 *Los Derechos, la Constitución y el Revisionismo Histórico Constitucional* (Remedios de Escalada, Lanús: Ediciones de la UNLa).
- 2014 *Revisionismo Histórico Constitucional. Proyecto Nacional y Constitución* (Buenos Aires: Ediciones Fabro).
- 2019 *Argentina. Historia y Constitución* (Buenos Aires: El Cid Editor).
- Desojo, Emanuel** (coord.) *Justicia a la Carta, el poder judicial en la era macrista* (La Plata/Buenos Aires: Edulp/Clacso).
- Dunlap Jr., Charles,** 2001 "Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts", Humanitarian Challenges in Military Interventions Conference, Washington DC, 29 de noviembre.
- Ferreira, Raúl G.** 2013 *Fundamentos constitucionales* (Buenos Aires: Ediar).
- Gutiérrez Colantuono, Pablo A.** 2020 "Prólogo" en Zanin Martins, Cristiano; Zanin Martins, Valeska Texeira y Valim, Rafael *Lawfare. La guerra jurídica* (Buenos Aires: Astrea).
- Ihering, Rudolf von** 1939 en Posada, Adolfo (trad.) *La lucha por el derecho* (Buenos Aires: Araujo).
- Jaramillo, Ana** 2017 *Justicia y dignidad humana* (Remedios de Escalada, Lanús: Ediciones de la UNLa).
- Jauregui, Gurutz** 1998 "Constitución. Estado, soberanía y Constitución: algunos retos del derecho constitucional ante el siglo XXI" en *Revista de Derecho Político* (Madrid) N° 44.

- Kittrie, Orde F.** 2010 "Lawfare and U.S. National Security" en *Case Western Reserve Journal of International Law* (Cleveland) Vol. 43, N° 1.
- Lassalle, Ferdinan** 1964 *¿Qué es una Constitución?* (Buenos Aires: Ediciones Siglo XX).
- Luzzani, Telma** 2018 "Lawfare, el nuevo ensayo neoliberal" en *Caras y Caretas*. historico.carasyca-retas.org.ar/#!/nota/lawfare-el-nuevo-ensayo-neoliberal-26171/
- Morales Campos, Estela (coord.)** 2018 *La posverdad y las noticias falsas: el uso ético de la información* (México DF: UNAM).
- Natanson, José** 2019 "Qué es el lawfare" en *Página/12*. www.pagina12.com.ar/149041-que-es-el-lawfare
- Perón, Juan D.** 2011 (1974) *Modelo Argentino para el Proyecto Nacional* (Buenos Aires: Editorial Docencia).
- 2015 *Manual de Conducción Política* (Buenos Aires: Biblioteca Peronista).
- Pisarello, Gerardo** 2003 "Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico" en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo (comps.) *Estado constitucional y globalización* (México DF: Porrúa/UNAM).
- Richter Morales, Ulrich** 2018 *El ciudadano digital. Fake news y posverdad en la era de Internet* (México DF: Océano).
- Romano, Silvia M y Tirado, Aranxta** 2018 "Lawfare y guerra híbrida: la disputa geopolítica en América Latina" en *Celag.org*. www.celag.org/lawfare-guerra-hibrida-disputa-geopolitica-america-latina/
- Sampay, Arturo E.** 1973 *Constitución y Pueblo* (Buenos Aires: Cuenca Ediciones).
- Tolcachier, Javier** 2021 "Por el derecho a una Internet con Derechos" en *TeleSURtv.net*. www.telesurtv.net/bloggers/Por-el-Derecho-a-una-Internet-con-Derechos-20211007-0002.html
- Zaffaroni, Raúl E.** 2016 "El derecho es lucha" en *Página/12*. www.pagina12.com.ar/diario/contratapa/13-308798-2016-09-07.html
- 2020 "Prólogo" en Desojo, Emanuel (coord.) *Justicia a la Carta, el poder judicial en la era macrista* (La Plata/Buenos Aires: Edulp/Clacso)
- 2021 "Lawfare, poder punitivo y democracia" en *Suplemento Especial de Página/12*. www.pagina12.com.ar/369614-raul-zaffaroni-lawfare-poder-punitivo-y-democracia
- Zanin Martins, Cristiano; Zanin Martins, Valeska Texeira y Valim, Rafael** 2020 *Lawfare. La guerra jurídica* (Buenos Aires: Astrea).

ANA MARIA D'ÁVILA LOPES*

***Lawfare*: antítesis de un estado democrático de derecho**

Teoría Política: *Lawfare* y Estado de Derecho

La vida de una persona se desarrolla en dos planos ontológicos: el de la autenticidad personal y el de la "socialidad" impersonal, categorías que nada tienen que ver con la antítesis aislamiento/relación, ya que toda vida humana está condicionada por el hecho de que la existencia es compartida, de tal manera que nuestra existencia está condicionada por la del otro y viceversa.

Bobbio (1992) enseña que son muchas las teorías que explican las razones por las que el hombre sale del estado de naturaleza y se reencuentra con los otros en el estado civil, entre las que destacan las doctrinas iusnaturalistas que divide en dos grandes categorías:

- a. las doctrinas que, en el tránsito del estado de naturaleza al estado civil, consideran extinguidos –o al menos transformados– los derechos naturales y, según las cuales, el estado civil se superpone por completo al estado natural hasta el punto de suprimirlo (Hobbes, Rousseau);
- b. las doctrinas que, al mismo tiempo, conservan lo mejor del estado de naturaleza y presentan el estado civil no como su sustitución, sino como una versión más plena y eficaz del mismo (Locke).

De esas dos posiciones, Bobbio (1992, p. 119) entiende que Kant adoptó la segunda, propia de una concepción liberal de Estado porque, a pesar de algunas influencias recibidas por Rousseau, Kant se mantuvo en la línea del pensamiento liberal.

(*) Doctora en Derecho Constitucional por la Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Profesora Titular del Programa de Posgrado en Derecho Constitucional de la Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Becaria de Productividad en Investigación del Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq (PQ2)

Sin embargo, hay una diferencia entre el pensamiento de Kant y el de Locke, tal vez los dos pensadores liberales que más influyeron en la concepción de Estado que dominó las décadas siguientes.

Para Locke, el tránsito del estado de naturaleza al civil sucedió por razones de utilidad, mientras que, para Kant, el tránsito se debió a la necesidad de obedecer a una ley moral, ya que el estado de naturaleza es un estado esencialmente injusto (BOBBIO, 1992, p. 122).

Entiende Kant que es un deber moral y, por lo tanto, derivado de un imperativo categórico porque es una acción que no tiene por objeto satisfacer intereses o evitar daños, sino alcanzar un estado de justicia capaz de suprimir el injusto e inmoral estado de naturaleza (KANT, 1994).

El paso del estado de naturaleza al estado civil ocurre, según Kant, a través de un contrato originario. Enseña Bobbio (1992, p. 124) que, al aceptar el contractualismo, Kant vuelve a revelar sus vínculos con el iusnaturalismo tradicional, ya que utiliza sus instrumentos conceptuales para la constitución del Estado. Sin embargo, para Kant, existe una diferencia: el contrato no es un hecho histórico ocurrido en un momento determinado, derivado de la evolución de los hombres, como defiende el pensamiento iusnaturalista, sino una idea de razón, un principio ideal que debe servir para la justificación racional del Estado. No es un acontecimiento empírico, sino un ideal racional que, como tal, es válido independientemente de la experiencia.

Para comprender la finalidad del Estado, según Kant, es necesario conocer primero el doble concepto de libertad conforme explica Bobbio (1992, p. 130-131):

- a. la libertad como no impedimento, que representa el momento de la libertad natural, es decir, aquél en el que el hombre es libre en tanto no esté dominado por leyes externas y coercitivas. Este es el concepto que corresponde a la teoría del estado liberal;
- b. la libertad como autonomía, que representa el momento de la libertad política, es decir, el momento en que el hombre se convierte en ciudadano y queda, por tanto, sujeto a las leyes del Estado, siendo libre sólo en tanto es él mismo creador de las leyes que debe obedecer. Tal es el concepto que corresponde a la teoría del Estado Democrático.

El fin real y último al que apunta el Estado kantiano es el reconocimiento y promoción de la libertad, ya que concibe la libertad como ausencia de impedimento, y no como autonomía; por tanto, la teoría kantiana del Estado pertenece al movimiento liberal, no al pensamiento democrático (BOBBIO, 1992, p. 132).

Según la concepción liberal del Estado, su fin debe ser la libertad, "O Estado é tanto mais perfeito quanto mais permite e garante a todos o desenvolvimento da liberdade individual" (BOBBIO, 1992, p. 132). Su tarea es prescribir fines para que cada individuo pueda alcanzar las metas que libremente se proponga, de acuerdo con su propia capacidad y talento.

El bien público que debe tenerse en máxima consideración en un Estado, según Kant, es su constitución legal (ley suprema), instrumento que garantizará a cada uno su libertad y, de esta forma, permitirá a cada uno alcanzar, dentro del alcance de esta libertad, su felicidad personal (BOBBIO, 1992, p. 134).

De ese pensamiento, Bobbio concluye que “Se a função principal do Estado é a constituição jurídica, é bem possível dizer que o estado kantiano é um estado de direito” (BOBBIO, 1992, p. 135).

En consecuencia, para un liberal como Kant, basta con que el Estado establezca las condiciones en las que cada individuo pueda perseguir sus propios fines, sin perjudicar a los demás y sin ser perjudicado por ellos. En esta concepción, el Estado cumple el papel de instructor y conservador del orden a través del derecho (BOBBIO, 1992, p. 138).

De hecho, la pretensión de que el Estado es el encargado de determinar la felicidad de sus propios súbditos se basa en la idea equivocada de que existe un criterio general para definir la felicidad de la raza humana. Sin embargo, el soberano que intente imponer su propia visión de la felicidad será considerado un déspota (BOBBIO, 1992, p. 134).

Sin embargo, en el pensamiento kantiano, aunque un Estado actúe injustamente, el ciudadano no tiene derecho a resistir. El pueblo tiene el deber de soportar el abuso de poder “aun cuando se considere insoportable”. Si una constitución admitiera el principio de la resistencia, el Estado dejaría de ser soberano. Este es un ejemplo del formalismo excesivo de Kant, que prescinde del contenido.

Este formalismo, tantas veces criticado, debe entenderse dentro de la exigencia lógica de su método crítico. Salgado afirma que el formalismo moral kantiano no puede concebirse como una clausura o aislamiento de la ley moral en relación con la realidad, sino que surge de la necesidad de la universalidad de la ley moral, traducida en la idea del deber ser como una creación de la razón a partir de sí misma, es decir, sin recurrir a contenidos externos (SALGADO, 1995, p. 163-167).

El Estado de Derecho no es, por lo tanto, el que hace Derecho, porque eso no es esencial a todo Estado, ni es el que tiene vocación ética de justicia, ya que esto también puede afirmarse de todo aquel que hace Derecho. El Estado de Derecho es el que realiza una concepción particular de justicia a través de una técnica específica.

Para Kant, la ley, para corresponder al ideal de justicia, debe ser el conjunto de condiciones a través de las cuales la voluntad de uno puede estar de acuerdo con la voluntad de otro, según una ley universal de libertad. La idea de libertad, en este concepto, es libertad exterior, libertad “en relación con los demás” (BOBBIO, 1992, p. 144).

Pero la ley no es, pura y simplemente, libertad exterior. Kant pensaba que la única función del derecho era garantizar la libertad exterior, lo que haría posible el ejercicio de la

libertad interior o moral. El problema es que no toda libertad jurídica es libertad exterior, sino, ante todo, interior.

La libertad real no es sólo la libertad política reconocida en la constitución. Se convierte en simple palabra vacía cuando no tiene contenido concreto, económico o jurídico. O cuando hay discrepancia entre las formas sociales de vida y las determinaciones positivas de normas y organización jurídica, entre la conciencia que aspira a una justicia más progresiva y la legalidad, que está al servicio de un orden establecido, cuyas injusticias aparecen con mayor fuerza. Cuando el Estado de Derecho sólo sirve a los intereses de una clase privilegiada, ¿Puede justificarse una ruptura violenta del orden existente? ¿Estaría justificada esta ruptura para dar lugar a una vocación ética por la justicia, aunque eso signifique romper con la legalidad vigente?

Para Kant, la respuesta sería no. La ruptura del pseudo orden sólo estaría justificada si la finalidad de esta alteración fuese siempre la creación de un nuevo Estado de Derecho, ya que sólo a través del Derecho se puede alcanzar la justicia. Kant, explica Bobbio (1992, p. 151), entendía que el ciudadano debía obedecer al Estado de manera absoluta, aunque tenía el derecho a expresar públicamente su propio pensamiento sobre las leyes, es decir, a hacer uso público de su propia razón. ¿Pero es eso suficiente?

El Estado de Derecho no debe ser entendido como sólo aquel que tiene como función principal y específica la institución de un Estado jurídico, en la medida en que esto puede significar deificar al Estado, o caer en el formalismo kelseniano que lo identifica con un orden normativo.

Lo más importante en el Estado de Derecho debe ser la vigencia social de los valores jurídicos, cuyo centro y finalidad debe ser el ser humano. Sólo en el Estado de Derecho es válida la idea de justicia, que defiende la dignidad de la persona humana y sus derechos fundamentales.

Cuanto menor es la validez social de la valoración de la persona, mayor es la necesidad de una técnica formal del Estado que responda a una idea de derecho. En sentido contrario, donde las valoraciones de la persona son de una efectiva validez social, el problema técnico-formal pasa a un segundo plano.

Sin embargo, ahí radica uno de los aspectos fundamentales del problema político de nuestro tiempo. Crear condiciones formales en el Estado de Derecho es fácil, puede ser cuestión de un día. Pero hacer de las valoraciones básicas del Estado de Derecho algo más que una ideología normativa, convertirlas pura y simplemente en una forma efectiva de vida, no es fácil. Se necesita una larga reflexión que conduzca al bienestar de la sociedad en su conjunto, que conduzca a una justicia social real y concreta.

Debido a la gran influencia que tuvo, el pensamiento de Kant sobre Estado de Derecho nos ayuda a entender las bases teóricas a partir de las cuales grande parte de los

pensadores de los años posteriores construyeron sus modelos de Estado de Derecho. Recuérdese que Kant no era un demócrata, pues consideraba la democracia la forma de gobierno más próxima al despotismo (KANT, 1994, III, p. 317). Para él, “o poder legislativo deve ser superior porque somente ele representa a vontade coletiva” (BOBBIO, 1992, p. 142).

Kant no se refiere a la voluntad individualmente considerada como substrato del poder legislativo, sino a la voluntad de todos los ciudadanos en conjunto, porque todos deben obedecer la misma ley moral universal (en la medida en que es un imperativo categórico) de construir un Estado de Derecho, porque es el único capaz de realizar la justicia. Esa idea, más la constatación de la imposibilidad práctica de garantizar la participación política directa de todos los ciudadanos, hace que la idea de soberanía popular sea sustituida por la idea de soberanía nacional, en la cual la voluntad del ciudadano individualmente considerado desaparece. La república, en cuanto forma de gobierno, se mantiene, pero no la democracia, exactamente como pretendido por Kant (1992).

Ese modelo de Estado de Derecho, contrariamente a lo ideado por Kant, sirve no para alcanzar el ideal moral de justicia para todos, sino para favorecer la manutención de la estructura social jerarquizada. Quien está en el poder, toma las decisiones necesarias para mantenerse en esa situación de privilegio, usando para ello el propio ordenamiento jurídico, cuyas normas son utilizadas para gobernar despóticamente, mostrando el gran error de considerar que es suficiente una norma haber sido elaborada por el Legislativo, para automáticamente ser justa. El error de confundir Derecho con Legislación.

Ese error va a costar la vida de millones de personas durante la Segunda Guerra Mundial, especialmente del pueblo judío, mostrando, de la forma más cruel, la necesidad de superar ese modelo formalista, que confunde Estado de Derecho y Estado Legal.

Justamente, para superar ese error, surge el modelo democrático de Estado de Derecho, que, como bien explica José Afonso da Silva (1988), no es sólo una junción de modelos, pues el Estado Democrático tiene un espíritu transformador del status quo, en la medida en que objetiva no apenas asegurar la participación política de sus ciudadanos en el gobierno, sino también el respeto a los derechos y garantías fundamentales de esos ciudadanos (SILVA, 2005).

Ese modelo de Estado Democrático de Derecho fue adoptado por Brasil por medio de su Constitución Federal (CF/88), aprobada en 5 de octubre de 1988 (BRASIL, 1988).

Es el artículo 1º de la CF/88 que se establece que la República Federal de Brasil se constituye en un Estado Democrático de Derecho, garantizando la soberanía popular directa e indirecta.

No apenas eso, en ese mismo artículo, la ciudadanía y la dignidad de la persona humana pasan a ser fundamentos de ese Estado (incisos II e III del artículo 1º, respectivamente), en

el cual la independencia y armonía de los tres poderes –Legislativo, Ejecutivo y Judicial– son previstos como principios fundamentales (artículo 2º).

Un Estado que tiene como objetivos construir una sociedad justa, libre y solidaria (artículo 3º, I), garantizar el desarrollo nacional (artículo 3º, II), erradicar la pobreza y la marginalización y reducir las desigualdades sociales y regionales (artículo 3º, III), así como promover el bienestar de todos sin cualquier prejuicio (artículo 3º, IV).

Es un Estado que atribuye prevalencia a los derechos humanos en sus relaciones internacionales (artículo 4º, II), y en cuya Constitución (Título II) hay una extensa lista de derechos y garantías fundamentales, de forma a dar real sentido a la idea de Estado de Derecho, como aquel que objetiva la construcción de una sociedad justa.

Sin embargo, a pesar de que esas normas ofrecen un retrato claro de la adopción constitucional del modelo democrático de Estado, no han sido ni son suficientes para evitar que, paradójicamente, situaciones de injusticia sean cometidas “con base” en esas normas.

Diversos hechos en la historia política brasileña reciente muestran esa brecha entre norma y realidad, evidenciando que la adopción constitucional de un modelo democrático de Estado no es suficiente para realizar la justicia.

Acontecimientos como los derivados del fenómeno conocido como *lawfare* comprueban que el orden jurídico puede ser usado para hacer justicia, pero también injusticia. Al final, el Derecho, en su errada concepción que lo reduce a un conjunto de leyes elaborada por el Legislativo, es un instrumento usado para gobernar por quien está en el poder, cuyos intereses no necesariamente son siempre justos, como preconizado por Kant.

El sentido de *lawfare*, que usamos en este trabajo, se refiere al uso de la legislación y la estructura judicial como instrumentos para perseguir al opositor político.

Inicialmente, la palabra *lawfare* fue usada con un sentido más amplio y en contextos de guerra. Fue el general de la reserva de la fuerza aérea norteamericana, Charles Dunlap Jr. (2008, p. 146), quien definió *lawfare* como el uso de la ley como estrategia de guerra: “I now define ‘lawfare’ as the strategy of using – or misusing – law as a substitute for traditional military means to achieve an operational objective”.

En América Latina, diferentemente, *lawfare* viene siendo usado como el fenómeno por medio del cual se persigue jurisdiccionalmente al enemigo político. Andrés Scharager (2020, p. 282) retrata esa situación:

Pero acaso el denominado *lawfare* (o “guerra jurídica”) llevado a cabo contra líderes del “ciclo progresista” (KATZ, 2017) de América Latina sea el ejemplo más difundido de las nuevas inclinaciones políticas de la justicia. Casos como la deposición de Manuel Zelaya (Honduras), el encarcelamiento de Lula Da Silva (Brasil) y los procesamientos a Cristina Fernández de Kirchner (Argentina) han dado cuenta de que el lugar crecientemente preponderante del Poder Judicial en la definición de las pugnas políticas es un fenómeno de carácter regional.

En Brasil, la primera vez que la expresión *lawfare* fue usada fue durante la colectiva de prensa, que los abogados del ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva realizaron, en 10 de octubre de 2016 (MARTINS; MARTINS, 2018, p. 2). Para Martins e Martins (2018, p. 2): “O caso Lula é, indiscutivelmente, um dos mais relevantes paradigmas no mundo de *lawfare* com objetivos políticos”.

La pregunta que surge es, con una Constitución que incorpora un modelo democrático de Estado de Derecho como la brasileña, que buscó superar el formalismo del modelo legalista de Estado, ¿cómo es posible que casos de *lawfare* sucedan?

La respuesta a esa pregunta exige un análisis de las transformaciones enfrentadas por la teoría constitucional al final del siglo XX, las que pueden ser subsumidas en lo que la doctrina jurídica llama de neoconstitucionalismo, conforme será explicado en el siguiente tópico.

Teoría Constitucional: *Lawfare* y constituciones principiológicas

Fue la perspectiva formalista de Estado de Derecho, construida durante el Iluminismo, uno de los principales factores que propició la Segunda Guerra Mundial y las atrocidades que fueron cometidas contra millones de seres humanos en los campos de concentración, revelando la necesidad de un nuevo modelo de Estado e, inclusive, una revisión del concepto mismo de Derecho y de constitución.

Inmersos en esta necesidad, varios países reformaron o aprobaron nuevas constituciones en un lento proceso que Susana Pozzolo (2006) denominó neoconstitucionalismo, con miras a adoptar una nueva concepción preceptivo-sustantiva de la constitución:

Adoptando una concepción preceptivo-sustantiva, la constitución no es sólo la norma del más alto grado jurídico-jerárquico, sino que constituye la norma axiológicamente suprema. La constitución, entonces, no sólo exige respeto, no es sólo un vínculo negativo para el legislador, impone su propio progreso y su propio declive positivo. La constitución representa el punto de conexión entre el ámbito jurídico y el ámbito moral, transmitiendo una concepción de la justicia que adelanta pretensiones universales. En ese sentido, la ley del estado constitucional no sólo debe ser legal, sino también justa: adelanta pretensiones de justicia (POZZOLO, 2006, p. 235).

Actualmente, la expresión neoconstitucionalismo ha sido utilizada por varios autores, aunque no siempre con el mismo significado propuesto por Pozzolo. En medio de esta diversidad de posiciones, Gomes Canotilho señala algunas características comunes:

En primer lugar, el neoconstitucionalismo se adhiere a una concepción de constitución “juridificadora” de la política (tal como el “moderno derecho constitucional”), insistiendo en esquemas metodológicos de interpretación y aplicación que optimicen las normas –sobre todo de los principios constitucionales– con la consecuente presión

de juridificación de la política. En segundo lugar, el neoconstitucionalismo pretende mostrar la importancia de los principios fundantes y estructurantes del orden constitucional abierto. En otras palabras: los principios se perfilan como vehículos de una estatalidad abierta, sea en el sentido de su importancia para la constitucionalización del orden jurídico, sea en el sentido de instrumentos de integración de constelaciones políticas posnacionales (Unión Europea). En tercer lugar, el neoconstitucionalismo busca recuperar dimensiones cosmopolitas particularmente importantes en el ámbito de la garantía de los derechos fundamentales bajo el prisma de su universalización y de su radicación como núcleo duro de las culturas jurídico-constitucionales democráticas. En cuarto lugar podremos señalar las insuficiencias de un abordaje positivista, formalista y exegético de los textos constitucionales. Bajo distintas perspectivas, los juristas pretenden tomar en serio el impulso dialógico que hoy es fortalecido por las teorías políticas de la justicia, por las teorías del republicanismo y por las teorías críticas de la sociedad (CANOTILHO, 2010)

En cualquier caso, aún hay autores que cuestionan la existencia de un neoconstitucionalismo, llegando incluso a afirmar que se trata apenas de un neologismo. Ana Paula Barcellos (2006, p. 32-39) refuta estas críticas y presenta las premisas del llamado neoconstitucionalismo que demuestran su existencia:

- a.** Desde el punto de vista metodológico-formal, el neoconstitucionalismo opera sobre la base de tres premisas fundamentales:
- Normatividad de la constitución: implica el reconocimiento de la imperatividad de todas las normas constitucionales;
 - Superioridad de la constitución: la constitución es la norma de mayor jerarquía mayor del ordenamiento jurídico;
 - Centralidad de la constitución: todas las normas del ordenamiento jurídico tienen su fundamento en la constitución y, por lo tanto, deben ser entendidas e interpretadas con base en las disposiciones de la constitución.

A primera vista, estas características no constituyen nada nuevo con relación a lo dicho sobre una constitución. ¿Por qué, entonces, autores como Barcellos afirman que existe un neoconstitucionalismo?, porque si antes se decía teóricamente que las constituciones eran imperativas, superiores y fundamentaban todas las demás normas, estas ideas no se tomaban en serio ni se ponían en práctica. Desde que surgieron, al final del siglo XVIII, las constituciones eran consideradas sólo documentos políticos, dotadas de gran inestabilidad y apenas con un grado relativo de imperatividad. Actualmente, la situación ha cambiado y las constituciones han comenzado a aplicarse de acuerdo con su posición jerárquica superior en el ordenamiento jurídico.

- b.** Desde el punto de vista material, se pueden mencionar las principales características:
- Incorporación explícita de valores y opciones políticas en los textos constitucionales;

- Ampliación de temáticas históricamente conflictivas, como consecuencia de la incorporación de valores y opciones políticas, lo que provoca una mayor tensión entre las distintas normas constitucionales.

Estas últimas características demuestran que el contenido de las constituciones también cambia. Por lo tanto, si antes esos documentos sólo contenían normas sobre la organización del Estado o eran meras proclamaciones de derechos, con el neoconstitucionalismo pasan a incorporar normas con un fuerte y expreso carácter valorativo y político, como el inciso I del artículo. 3º de la Constitución Federal Brasileña de 1988: “Art. 3 Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária [...]” (BRASIL, 1988).

En cualquier caso, el neoconstitucionalismo no está exento de críticas. Así, en un interesante análisis de la realidad constitucional brasileña, Humberto Ávila (2009) destaca cuatro cambios provocados por este “movimiento de teorización y aplicación del Derecho Constitucional” denominado neoconstitucionalismo (AVILA, 2009, p. 187):

- a. Normativo: de las reglas a los principios. Durante siglos se entendió que el Derecho se componía únicamente de enunciados escritos de forma concreta, objetiva y de aplicación directa. Teóricos como Ronald Dworkin (1989) y Robert Alexy (1993) cambiaron esta concepción al afirmar que, además de este tipo de normas (llamadas reglas), el Derecho también estaba compuesto por enunciados abiertos (llamados principios), los cuales necesitan ser densificados para poder ser aplicados.

Estas nuevas teorías fueron recibidas con gran entusiasmo por la mayoría de los juristas, llegando incluso a afirmar erróneamente la existencia de una jerarquía entre este tipo de normas.

La jerarquía equivocada entre reglas y principios no es, sin embargo, el único problema de la recepción errada de las teorías de Dworkin y Alexy en Brasil. Gran parte de los juristas afirma también que la Constitución Federal de 1988 es principiológica, pues consideran que la mayoría de sus normas se afirman en enunciados con estructura de principios. Lo que, para Ávila, es incorrecto, ya que, si se analiza detenidamente la Constitución brasileña, se puede ver que la mayoría de sus normas presenta una estructura normativa de regla. Entender, y en ocasiones incluso forzar, que las normas constitucionales tienen estructura de principios, provoca una antiescalonamiento del ordenamiento jurídico, en la medida en que la implementación de estas normas tiene que realizarse por medio de leyes infraconstitucionales. De esa forma, es el legislador ordinario, y no el constituyente, el que muchas veces determina el contenido de una norma constitucional, modificando la jerarquía del ordenamiento jurídico.

Estos problemas llevan a Ávila (2009, p. 192) a afirmar que esta forma de entender el neoconstitucionalismo “está mais para uma ideologia ou movimento, defendido com retórica e vagueza e subserviência à doutrina estrangeira”.

- b. Metodológico: de la subsunción a la ponderación. El método para la emisión de las decisiones judiciales fue, durante siglos, la subsunción, derivado de la lógica formal, en la medida en que las normas presentaban una estructura de regla, o sea, eran normas de contenido concreto, cuya aplicación se hace de forma directa. Con la incorporación de normas de tipo principio, la subsunción resultó ser insuficiente, siendo necesario recurrir a la ponderación. Esta opción conduce a menudo a un fuerte subjetivismo judicial. Cada vez es más común encontrar casos en los que los miembros del Poder Judicial crean normas, legislan, violando el principio de separación de poderes y el principio democrático;
- c. Axiológico: de la justicia general a la justicia particular. Una de las principales reivindicaciones de la Revolución Francesa fue que las leyes fuesen generales, como una forma de evitar el uso del sistema jurídico para otorgar privilegios a ciertas clases sociales. Con el neoconstitucionalismo y su propuesta de normas-principios, cuyo contenido depende de cada caso concreto, las normas dejan de ser aplicadas buscando parámetros de justicia general, para pasar a atender las pretensiones individualizadas de cada parte, sin tomar en consideración el contexto de su aplicación. Esta práctica provoca que casos similares sean tratados de manera diferente por los miembros del Poder Judicial, ya que cada juez termina implementando la regla-principio de acuerdo a sus propias convicciones o valores;
- d. Organizacional: del Legislativo al Judicial. Las críticas que hace Ávila al Poder Judicial no pretenden negar su importancia, sino entender que cada poder tiene sus propias funciones, “não se quer dizer que o Poder Judiciário é desimportante; quer-se, em vez disso, afirmar que o Poder Legislativo é importante” (ÁVILA, 2009. p. 201). Lo cierto es que el neoconstitucionalismo viene provocando que el Poder Judicial pase a asumir las funciones de legislador y ejecutor de las políticas públicas, desplazando a los demás Poderes y asumiendo la figura de un super-poder, poniendo, sin duda, en riesgo no sólo la democracia, sino el Estado Democrático de Derecho.

Estas críticas realizadas por Ávila demuestran que el neoconstitucionalismo, al menos en el caso brasileño, propicia un contexto que abre margen para el *lawfare*.

La abstracción de los principios propuesta por Alexy (1993) hace imposible determinar con precisión en qué casos es válida su aplicación. Tal circunstancia abre la posibilidad de que en un mismo caso puedan aplicarse simultáneamente varios principios exigiendo del juez constitucional su optimización en un juicio de ponderación, impregnado, muchas veces por sus propios valores o convicciones morales, políticas o religiosas.

El ideal tradicional de la unidad de la solución correcta para cada caso, no más se mantiene hoy en la jurisdicción constitucional. Esa situación, sin embargo, no debe interpretarse como un retorno a la antigua concepción de la falta de obligatoriedad de algunas normas de la constitución (GASCON, 2003, p. 185), ya que los tribunales constitucionales, como el Supremo Tribunal Federal brasileño, vienen haciendo uso frecuente de todas las normas, incluidos los principios fundamentales, sino que las constituciones principiológicas no ofrecen una solución única en cada conflicto.

Es justamente en ese momento que el *lawfare* - el uso del Derecho para perseguir al enemigo político - puede suceder, porque el juez puede concretizar una norma-principio a partir de sus propios valores o convicciones.

Para evitar eso, Gascón (2003) afirma que la argumentación jurídica actual exige una forma institucionalizada de argumentación moral, en la medida en que ningún operador jurídico es independiente o ajeno a las concepciones morales existentes en su sociedad, por ello debe el juez, para evitar caer en la irracionalidad o arbitrariedad, construir sus sentencias con argumentos racionales y no apenas fundadas en opiniones o valores propios.

La concepción tradicional del juez como mero agente que cumple una función lógica formal de subsumir normas debe considerarse superada. Los principios constitucionales exigen del juez constitucional el desarrollo racional de los argumentos que sustentan su decisión (LOPES, 2008).

Esos argumentos jurídicos del juez constitucional, a diferencia de la racionalidad política utilizada por el legislador al implementar alguna norma constitucional abstracta, deben fundamentarse en razones que puedan alcanzar aceptación general (OTTO, 1981, p. 1937 y ss.).

No se debe, por lo tanto, confundir la racionalidad jurídica con la política. Esta última argumenta a partir de los fines que persigue, es decir, se basa en cálculos de fines, medios y consecuencias. Podría decirse que la racionalidad política "mira hacia el futuro", mientras que la argumentación jurídica "mira desde el pasado" (MACCORMICK, 1978, p. 129).

Este nuevo papel de los tribunales constitucionales, frente a las constituciones principiológicas, plantea la cuestión de si estos órganos han abandonado el sistema lógico-formal kelseniano, para convertirse en tribunales cuyas decisiones no son más que una colección de decisiones políticas y subjetivas, como criticaba Schmitt. De hecho, ambas posiciones radicales deben considerarse superadas. La posición de los tribunales constitucionales está a medio camino entre la escuela de exégesis más ingenua y el subjetivismo estéril. Es en este espacio que "la argumentación racional que sirve de base a una doctrina de la interpretación que, en una opinión exagerada, se presenta como 'el núcleo mismo de la teoría de la constitución y del derecho constitucional'" (GASCON, 2003, p. 191), siendo la única forma de huir del *lawfare*.

Referencias

Alexy, Robert (1993). "Teoría de los derechos fundamentales". Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Avila, Humberto (2009). "Neoconstitucionalismo: entre a Ciência do Direito e o Direito da Ciência". In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. SARMENTO, Daniel. BINENBOJM, Gustavo. Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 187-202.

- Barcellos, Ana Paula de** (2006). "Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas". In: SARMENTO, Daniel. BINENBOJM, Gustavo. Vinte anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 187-202.
- Bobbio, Norberto** (1997). "Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant". Brasília: UNB.
- Brasil**. "Constituição da República Federal do Brasil", de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso en: 06 ene. 2022
- Canotilho, José Joaquim Gomes** [s.d]. "Principios y nuevos constitucionalismos. El problema de los nuevos principios". Disponível en: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE14/articulos/07JJGomes-Canotilho.htm> Acesso en: 22 ene. 2022.
- Dunlap JR., Charles** (2008). "*Lawfare Today: A Perspective*. Yale Journal of International Affairs, p. 146-154". Disponível en: https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5892&context=faculty_scholarship Acesso en: 20 ene. 2022.
- Estepa, Constanza Marianela; Maisonnave, Marcelo Andrés** (2020). "Poder Judicial, medios de comunicación y política: *lawfare* em Argentina". Nullius, v. 1, n. 2, p. 70-89. Disponível en: <https://revistas.utm.edu.ec/index.php/revistanullius/article/view/2685/2978> Acesso em: 20 ene. 2022.
- Gascón Abellán, Marina** (2003). "Los limites de la Justicia Constitucional". In: LAPORTA, Francisco J (ed). Constitución: problemas filosóficos. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Kant, Emmanuel** (1994). La metafísica de las costumbres. Madrid: Tecnos.
- Lopes, Ana Maria D'Ávila** (2008). "Jurisdição constitucional e constituições principiológicas". In: SALES, Lilia Maia de Moraes Sales. LIMA, Martonio Mont'Álverne Barreto (org.) Constituição, democracia, Poder Judiciário e Desenvolvimento. Florianópolis: Conceito Editorial, p. 39-66.
- Mac Cormick, Neil** (1978). Legal reasoning and legal theory. Oxford: Clarendon Press.
- Martins, Cristiano Zanin; MARTINS, Valeska Teixeira Z.** (2018). "O *lawfare* militar, político, comercial e geopolítico". Consultor Jurídico. Disponível en: https://www.conjur.com.br/2018-dez-17/opiniaow-lawfare-militar-politico-comercial-geopolitico#_ftn3 Acesso en: 20 ene. 2022.
- Otto, Ignacio de** (1981). "La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional". In: El Tribunal Constitucional, vol. I. Madri: IEF.
- Pozzolo, Susanna** (2006). "Neoconstitucionalismo: um modelo constitucional ou uma concepção da constituição?" Revista Brasileira de Direito Constitucional. n. 7, v. 1. jan/jun, p. 231-253.
- Salgado, Joaquim Carlos** (1995). A idéia de justiça em Kant. Seu fundamento na liberdade, Belo Horizonte: UFMG.
- Sharager, Andrés** (2020). "Más allá del *lawfare*: avatares de la judicialización de las políticas públicas y los conflictos sociales en Argentina y América latina". Revista de Direito da Cidade, Rio de Janeiro, v. 12, n 1, p. 280-305. Disponível en: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/47181/33493> Acesso en: 19 ene. 2022.
- Silva, Enio Moraes da** (2005). "Estado Democrático de Direito". Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 42, n. 167, p. 213-229. Disponível en: https://www.greenmebrasil.com/wp-content/uploads/2019/09/rii_v42_n167_p213.pdf Acesso em: 10 jan. 2022.
- Silva, José Afonso da** (1988). "O Estado Democrático de Direito". Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, n. 173, p. 15-34. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/45920/44126> Acesso em: 12 já. 2022.

FELIPE PAREDES*

Uso y abuso del *lawfare* en Chile: el caso del Tribunal Constitucional chileno

Introducción

La presentación reflexiona en torno al uso político de los tribunales en Chile, recurriendo al concepto de *lawfare* para explicar este fenómeno. No obstante existen diversos casos en el panorama judicial de las últimas dos décadas, el trabajo se centra en el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ha sido el caso que ha suscitado mayor debate y que presenta mayores implicancias institucionales de cara al proceso constituyente actualmente en desarrollo.

La presentación se estructurará en cinco partes. En primer lugar, se discutirán algunas breves ideas teóricas. En segundo lugar, se caracterizarán los rasgos principales de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno y por qué sobre estas han recaído acusaciones de instrumentalización política. En tercer lugar, se detallará el contexto en el que tiene lugar la judicialización de la política en Chile. En cuarto lugar, se analizarán los elementos de diseño institucional que hicieron posible la captura política del Tribunal Constitucional chileno. En quinto lugar, y a modo de conclusión, se realizarán algunas reflexiones críticas sobre el caso estudiado.

Aproximación conceptual: ¿en qué consiste el *lawfare*?

El uso político de los tribunales se ha vuelto más frecuente en América Latina en la última década, generando tanto apoyo como críticas. El concepto teórico de *lawfare* se ha acuñado a este respecto, aunque todavía existe gran debate sobre su significado exacto

(*) Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas (Universidad Austral de Chile). Máster Avanzado en Ciencias Jurídicas (Universidad Pompeu Fabra). Doctor en Derecho (Universidad Pompeu Fabra). Profesor de Derecho constitucional (Universidad Austral de Chile).

(Werner, 2010: 62). En términos generales, se puede sostener que el concepto de *lawfare* se ha utilizado tanto en un sentido amplio como en un sentido más estricto (Corder & Hoexter, 2017: 106). En un sentido amplio, este se refiere a la utilización de los tribunales de justicia, aprovechando el sistema judicial, para perseguir objetivos políticos (Clark, 2016: 258). En un sentido estricto, este término parece designar la persecución política contra adversarios, sirviéndose del sistema judicial (Romano, 2021: 2). Por ejemplo, representan casos paradigmáticos de esta estrategia, entendida en sentido estricto, las acusaciones constitucionales (*impeachments*) o las querrelas criminales, que en último término buscan inhabilitar al adversario para ejercer cargos públicos o para participar de procesos electorales. En cualquier caso, parece ser la esencia del *lawfare* que, en cualquiera de sus modalidades, el órgano jurisdiccional se encuentra cooptado por un sector del espectro político, vulnerándose garantías jurisdiccionales básicas como la independencia y la imparcialidad judicial.

En un sentido restringido, el *lawfare* ha sido solo marginalmente utilizado en Chile y con escasos resultados. Sin embargo, en un sentido más amplio, esta estrategia ha estado presente en Chile en dos frentes: el Poder Judicial (específicamente, la Corte Suprema) y el Tribunal Constitucional. Como se explicará más adelante, esto se debe a las características del sistema político posdictadura, donde muchos de los grandes debates políticos han terminado resolviéndose en los tribunales. En este escenario, la literatura usualmente se refiere al primer frente como un foro progresista; mientras tanto, el segundo muestra una clara tendencia de derecha. Además, es posible observar que, por lo general, el litigio de izquierda busca hacer avanzar la legislación, mientras que el litigio de derecha con frecuencia tiene como objetivo bloquear el cambio legislativo. Según esta imagen, los académicos de izquierda han criticado duramente la jurisprudencia de la Corte Constitucional y, simultáneamente, los partidarios de la derecha han levantado acusaciones de activismo contra el Poder Judicial chileno.

La judicialización de la política en Chile: el Tribunal Constitucional y su era Lochner

Esta sección explica por qué se ha sostenido que el Tribunal Constitucional ha incurrido en un desmedido activismo político, aunque es necesario partir caracterizando brevemente la discusión en términos más amplios. Como ya se señaló, la judicialización de la política en Chile no ha ocurrido solo en el Tribunal Constitucional. En efecto, en los últimos años han surgido también acusaciones de activismo contra el Poder Judicial, que objetan una manipulación judicial de las leyes cuando los jueces consideran que las soluciones legales son insuficientes o injustas. El caso más conocido ha sido la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre políticas de salud pública, derechos sociales y conflictos ambientales. En definitiva, la acusación radica en que estas sentencias se basan en criterios de justicia material más que en la aplicación estricta de las leyes. Los

juristas conservadores han cuestionado esta jurisprudencia por aplicar algún tipo de "moral extralegal", ya que señalan que los tribunales han instrumentalizado el derecho para tomar decisiones puramente políticas y discrecionales, utilizando las demandas judiciales como "arma" y convirtiendo la justicia en la continuación de la política por otros medios (García y Verdugo, 2013: 23).

Obviamente, la judicialización de la política es un fenómeno global que difiere según el contexto. Por ejemplo, la dinámica de la judicialización ha sido significativamente influenciada por contextos de transición a la democracia luego de una experiencia autoritaria (Sikkink, 2005: 266). En Chile, el traslado de los conflictos políticos a los tribunales ha sido una señal del papel que el Poder Judicial ha asumido después de la dictadura; el Poder Judicial durante la dictadura mantuvo una actitud de colaboración con el régimen (Hilbink, 2015: 192). Sin embargo, luego de esto, el Poder Judicial buscó legitimarse alejándose de ese rol hacia una perspectiva más progresista. Este enfoque se llevó a cabo adoptando el lenguaje de los derechos y utilizando mecanismos de tutela judicial de los derechos constitucionales. Si bien la Constitución de 1980 cultivó un enfoque neoliberal en esta materia, durante la década de 1990 y posteriormente, a través de la jurisprudencia de los tribunales, estos procedimientos fueron utilizados por los tribunales para hacer cumplir las decisiones de derechos sociales y ambientales. Diferente ha sido el caso del Tribunal Constitucional de Chile, el que presenta rasgos muy diferentes.

Si bien existen fuertes críticas contra los tribunales constitucionales en todo el mundo, los problemas de legitimidad del caso chileno son aún más profundos. Para comprender el papel que ha jugado el Tribunal Constitucional durante los últimos 15 años también es necesario detenerse un momento la transición chilena a la democracia. A pesar de que la dictadura de Augusto Pinochet fue una de las más despiadadas de América Latina, la situación chilena fue única porque Pinochet acordó someter su continuidad a un referéndum. Este evento marcó el inicio de la llamada "transición a la democracia" en 1989. La transición chilena logró desarrollarse por medios pacíficos, pero esto solo fue posible a través de un acuerdo entre la dictadura y sus opositores; dicho acuerdo buscaba preservar aspectos centrales de la Constitución de 1980, la que imponía severas restricciones a la democracia.

En 2005, un paquete de reformas constitucionales eliminó instituciones cruciales de la Constitución como los senadores designados o el papel del ejército como defensor del orden institucional. Los partidarios de la Constitución de 1980 acordaron aprobar esa reforma solo si un organismo garantizaba una protección especial a la parte restante de la Constitución a cambio. Como se explicará más adelante, este nuevo acuerdo resultó en reformas significativas al Tribunal Constitucional. Desde entonces, este último ha sido una trinchera donde se ha defendido la Constitución de Pinochet. Eso se debió a que la reforma constitucional de 2005 dio como resultado un Tribunal Constitucional mucho más fuerte y, por lo tanto, mucho más influyente en los debates públicos. Después de

2005, la Corte Constitucional adoptó una actitud menos deferente hacia las decisiones del Congreso. En cierto sentido, se puede argumentar que el Tribunal Constitucional ha vivido su propia era *Lochner* entre 2005 y 2019, la que se encuentra suspendida a consecuencia de la crisis política de 2019, cuyos efectos se proyectan a la fecha.

El período *Lochner* simboliza toda una era en la jurisprudencia de la Corte Suprema estadounidense, que hoy, a prácticamente 100 años de distancia, sigue generando mucha tinta. Para la inmensa mayoría de los autores representa un claro ejemplo de politización de la justicia constitucional. “Vergüenza”, antiprecedente, “la manera cómo la Constitución no debe ser leída” son las expresiones más comunes para referirse a dicha época (Greene, 2011: 388). La denominación proviene del célebre caso “*Lochner c. New York*”, en la que la Corte Suprema declara inconstitucional una ley de dicho Estado que limitaba la jornada de trabajo de los panaderos a un máximo de 16 horas. Esta sentencia expresa con vehemencia la resistencia que encontró en la Corte Suprema el programa de legislación social que por entonces se intentó llevar a cabo. En dicho período la Corte Suprema invalidó cerca de 200 medidas contenidas en leyes, tales como salario mínimo, sindicatos, pensiones, etc. La jurisprudencia de la era *Lochner* presentó como características principales: una delimitación de competencias entre el contrato y la ley otorgando primacía al primero; un excesivo formalismo y un acusado activismo judicial a través de la figura de las sentencias interpretativas (Choudhry, 2004: 4). La era *Lochner* se acabó en el año 1937 con la Ley de Reorganización Judicial de 1937.

En el caso del Tribunal Constitucional chileno se puede plantear un importante paralelismo con la era *Lochner*, en relación con el periodo que sigue a la reforma constitucional de 2005 y que llega hasta octubre de 2019, momento en el que se desata la crisis política que terminará desembocando en el proceso constituyente. Esto puede verse claramente reflejado en la historia de este órgano, el que durante gran parte de esta estuvo lejos de la relevancia política que ha tenido en otras latitudes. Salvo casos aislados, entre los que se puede citar un par de sentencias que hicieron posible el plebiscito de 1988, el fallo de la píldora del día después y alguna otra sentencia que ya sería objeto de mayor debate, no existen antecedentes de conmoción pública producida por sus sentencias o de reacciones airadas por parte de otros poderes del Estado.

Obviamente se puede discutir la lista de hitos jurisprudenciales, pero, en cualquier caso, existen por lo menos cuatro sentencias que de manera diáfana marcan la era *Lochner* del Tribunal Constitucional chileno: colisión del *papel tissue* (rol 2934-2915); reforma laboral (roles acumulados 3016-2016 y 3026); interrupción del embarazo en tres causas (roles acumulados 3729-2017 y 3751-2017); atribuciones del Servicio Nacional del Consumidor (rol 4012-2017); y lucro en la educación superior (rol 4317-2918).

Todas estas sentencias representan un modelo de ejercicio de sus atribuciones destinado a intervenir, y en la gran mayoría de los casos, cercenar las propuestas legislativas

que formaban parte del programa político del segundo período de la presidenta Michelle Bachelet. En 2014 Michelle Bachelet fue elegida presidenta por segunda vez con un programa de gobierno marcadamente izquierdista, en unas elecciones sin precedentes desde 1990. El segundo mandato de Bachelet rompe el modelo transicional de acuerdos, pues se basaba en un plan de transformaciones sociales cruciales. Es en dicho momento cuando el Tribunal Constitucional comienza a desplegar su importancia e influencia, principalmente a través de la figura del control preventivo, ya sea de oficio o a petición de la minoría parlamentaria. Esta jurisprudencia presenta varias tendencias, entre las que se pueden citar las siguientes: asimilación de los derechos fundamentales de las personas naturales y jurídicas, especialmente de las empresas; predilección por las sentencias interpretativas, y en ocasiones, la intervención directa de las disposiciones legislativas controladas; formalismo jurídico; y conservadurismo moral. El resultado fue la anulación de una parte muy importante de la legislación en la que se materializaba el programa de gobierno de la presidenta Bachelet (Paredes, 2020: 316-317).

El contexto de la captura del Tribunal Constitucional chileno

El cuadro dibujado en la sección anterior merece ser explicado con mayor detalle. Existen, al menos, dos factores que permiten explicar este fenómeno. El primero es la crónica de la reforma constitucional de 2005, es decir, por qué y cómo se produjo. El segundo es cómo el clima político de la transición cambia en Chile, una vez entrada la segunda década del siglo XXI.

La reforma constitucional de 2005 pretendió poner fin a la transición a la democracia. La Constitución chilena de 1980 estableció, en su formulación original, un modelo institucional que se puede resumir en una sola frase: una profunda desconfianza hacia la autonomía del cuerpo político. En este sentido, esta contenía una serie de instituciones que por sí mismas, pero aún más en las interacciones entre ellas, generaban unos efectos derechamente antidemocráticos. De este modo, el Constituyente de 1980 deliberadamente estableció un sistema que prescinde de la voluntad del cuerpo político y presenta un profundo desprecio por la democracia representativa.

Este conjunto de arreglos institucionales fue denominado eufemísticamente “democracia protegida”, y a la hora de identificar su contenido, existe consenso en que este diseño se manifestaba principalmente en los siguientes aspectos: composición del Senado, tutelaje de las Fuerzas Armadas, proliferación de órganos autónomos de carácter técnico exentos de los controles democráticos, utilización arbitraria del sistema electoral y el excesivo recurso a las mayorías cualificadas en la aprobación de la ley (Couso y Coddou, 2010: 192). Por razones de tiempo y espacio no es posible detenerse en cada una de estas figuras, pero probablemente solo vale la pena hacerlo respecto de la composición del Senado, porque resulta clave para entender el rediseño del Tribunal Constitucional pos 2005.

Al respecto, se establecía originalmente una composición mixta del Senado, donde algunos de sus miembros eran electos popularmente y otros designados por distintas autoridades del Estado, en un sistema donde las Fuerzas Armadas tenían un poder de designación significativo. Este sistema de composición mixta del Senado fue eliminado por la reforma constitucional del año 2005. El comportamiento político de los senadores institucionales designados por los militares en 1990 fue claramente de oposición a los gobiernos de los presidentes Aylwin y Frei Ruiz-Tagle durante el periodo 1990-1998. De esta manera, los senadores designados se convirtieron en un bastión importante de defensa del *statu quo* pinochetista. Lógicamente, la correlación de fuerzas en el Senado se fue alterando cuando los mismos gobiernos democráticamente electos tuvieron la posibilidad de designar a sus propios senadores. De todas formas, este hecho no cambió un ápice el problema de la legitimidad democrática del órgano legislativo. A lo anterior hay que agregar que el mismo artículo 45 de la Carta de 1980 dispuso que los ex presidentes de la República que hubieren ejercido el cargo al menos durante 6 años adquirieran el derecho a ocupar un puesto vitalicio en el Senado. En virtud de esta norma, el mismo Augusto Pinochet llegó a ser investido senador en el año 1998, luego de pasar a retiro de su cargo de Comandante en Jefe del Ejército. También accedió al Senado de esta manera el expresidente Frei Ruiz-Tagle, quien permaneció en el cargo hasta el año 2005, cuando la norma fue derogada.

Cuando se promulgó la reforma constitucional de 2005 el presidente Lagos afirmó que con ella se terminaba la transición. Sin embargo, los sectores que defendían el orden institucional heredado de la dictadura encontraron en el Tribunal Constitucional una última trinchera donde seguir defendiéndolo. Pero para ello se requería algo más y esta circunstancia fue el rompimiento de la relativa calma política bajo la cual se desarrolló la transición en Chile, cambiando de esta manera las condiciones bajo las cuales se desarrollaba la actividad política en el país.

La literatura ha explicado la transición chilena como un pacto entre los partidarios de la dictadura y los partidos de oposición que apostaron por una salida pacífica al período de anormalidad institucional (Godoy, 1999). Bajo este pacto que tuvo lugar en 1989, los militares aceptaron permitir la realización de elecciones libres, bajo la condición de que se mantengan los elementos esenciales del orden constitucional instaurado, lo que, como ya se ha explicado, incluía un conjunto de limitaciones importantes a las autoridades democráticamente electas. Esta circunstancia condicionó la forma cómo evolucionó la discusión constitucional durante la transición. Como señala Atria, desde 1989 el problema constitucional ha sido enfrentado de este modo: la idea que primó fue que la Carta del 80 "contenía una serie de reglas que debían ser modificadas, y que si ellas eran identificadas y modificadas el problema constitucional desaparecería" (2010: 171). Esta etapa ha sido caracterizada como la democracia de los acuerdos, lo que significa que la representación parlamentaria tendió hacia el centro político y las decisiones importantes se adoptaron siempre por las cúpulas de los principales partidos políticos.

La democracia de los acuerdos pareció funcionar relativamente bien durante casi dos décadas. Sin embargo, a partir del año 2011 la política chilena cambió drásticamente, en el sentido que parece haberse acabado la calma que imperó en la década de 1990 y 2000. A pesar del éxito chileno en las cifras macroeconómicas, en gran parte de la población comenzaba a incubarse un importante sentimiento de desafección, motivado por varios factores como la creciente desigualdad de ingresos, la escasa movilidad social y la poca incidencia de las instituciones democráticas en las decisiones políticas de mayor relevancia. A los factores anteriores, es necesario añadir un factor de carácter sociológico, pues luego de dos décadas se había producido un importante cambio generacional, irrumpiendo una generación que carecía del recuerdo vital de la represión dictatorial, que aparentemente había inhibido la participación en política de sus padres. Todo ello configuró un escenario propicio para la emergencia de un ciclo importante de movilización ciudadana que, dada la ausencia de vasos comunicantes con las instituciones de la democracia representativa, se expresó fundamentalmente a través de la protesta.

Este periodo de efervescencia comienza en 2011 con el auge de los movimientos sociales (estudiantil, LGBT, deudores habitacionales, jubilados ambientalistas, etc.) durante el primer gobierno de Sebastián Piñera. Posteriormente, el programa del segundo gobierno de la presidenta Bachelet recogió parte de la agenda de dichos movimientos a través de la presentación de varios proyectos de ley emblemáticos como reforma laboral, reforma tributaria y reforma a la educación superior. El fracaso de la propuesta constitucional de Bachelet y la suerte que corrieron sus proyectos legislativos emblemáticos ante el Tribunal Constitucional aumentaron la polarización y la conflictividad en Chile de forma considerable. La calma de la transición terminaría por fracturarse definitivamente el 19 de octubre de 2019, que inicia la crisis institucional más profunda desde el retorno de la democracia y que forzará la caída definitiva de la Constitución de 1980.

La captura del Tribunal Constitucional a través del diseño institucional

Dado el contexto anterior, queda por explicar cómo fue posible que el Tribunal Constitucional se haya convertido en la última barrera de contención del orden constitucional heredado de la dictadura, pero al mismo tiempo, en uno de los lugares donde se selló su destino. Para un análisis de este tipo debemos dar por sentado que no existe ningún modelo de justicia constitucional, cuya inserción en la estructura del Estado esté exenta de críticas. En términos generales, en el mundo existen dos grandes sistemas de control de constitucionalidad: el difuso y el concentrado (Kelsen, 1942). En el primero, todos los tribunales de justicia poseen competencias para controlar la constitucionalidad de las normas infraconstitucionales. En el sistema concentrado existe un único tribunal que realiza esa función; Chile pertenece desde el año 2005 en la actualidad a esta última categoría.

Primero que todo, a pesar de que la gran mayoría de países cuentan con un sistema de justicia constitucional, existe una crítica que es endémica y común contra el control de constitucionalidad. Desde esta perspectiva, los tribunales que desempeñan esta función han sido objetados por representar una limitación a la democracia. Esto significa que dichos tribunales poseen una suerte de poder de veto respecto de normas que fueron adoptadas a través de los mecanismos de representación democráticos. Por ello, un sector importante de la doctrina ha alegado que resulta injusto que órganos que carecen de una legitimidad democrática (porque a los jueces constitucionales no los eligen los ciudadanos) tengan la capacidad de imponerse a decisiones de órganos respecto de los cuáles los ciudadanos sí tienen algún grado de influencia (pues al menos los ciudadanos eligen a los parlamentarios que elaboran las leyes) (Gargarella, 1997: 56).

Pero además de lo anterior, existe un segundo problema bastante común en los sistemas concentrados como el chileno: la delimitación de competencias entre los jueces ordinarios y los constitucionales. En principio, esta tarea parece sencilla; los primeros se encargan de aplicar e interpretar la ley, mientras que los segundos hacen lo propio respecto de la Constitución. Sin embargo, esto no es sencillo. Los jueces ordinarios también están vinculados a la Constitución, por tanto, deben aplicarla e interpretarla. Por otro lado, los jueces constitucionales controlan la constitucionalidad de las leyes y no se puede controlar la constitucionalidad de las leyes sin tener que interpretarlas (Gascón, 2016: 207). Esto ha provocado, en muchos lugares, una serie de tensiones y conflictos de competencias entre ambas jurisdicciones con resultados perniciosos para la ciudadanía, pues ello provoca problemas de falta de seguridad jurídica e incluso afecta la aplicación igualitaria de la ley (Matia, 2017).

Estos problemas parecen ser insolubles pero controlables con medidas adecuadas. Ello explica por qué a pesar de ello los órganos de justicia constitucional parecen haber resistido a las críticas, e incluso algunos de ellos que pertenecen a la misma familia de modelos concentrados, como el Tribunal Constitucional alemán o su homólogo colombiano, gozan de gran prestigio y reconocimiento en la actualidad. Por tanto, el caso chileno solo puede ser explicado dentro de sus propias circunstancias. La hipótesis que acá se plantea –y que permite conectar todas las piezas anteriores– consiste en que los partidos de derecha renunciaron a las cuotas de poder en el Senado, únicamente si ese poder de veto podía ser reciclado en otro lugar de la arquitectura estatal. Ese lugar fue el Tribunal Constitucional.

Para incrementar el impacto de los sectores conservadores hubo que rediseñar de manera importante el órgano en cuestión. Esta decisión no fue casual. Los tribunales constitucionales son herramientas poderosas, y como tal, representan una tentación grande para las fuerzas políticas. En palabras sencillas, la captura de un Tribunal Constitucional puede servir para una especie de seguro frente a derrotas electorales. Por este motivo, en la literatura uno de los puntos centrales del diseño de mecanismos de justicia constitucional es evitar que sirvan a intereses partisanos (Calvo, 2009). La preocupa-

ción es tan antigua que puede encontrarse en *El Federalista*, el libro más clásico del derecho constitucional de los EEUU. Existen varias aristas que inciden en esta cuestión, por ejemplo: autoridades encargadas de efectuar los nombramientos, composición, requisitos, inhabilidades, etc. De lo que se trata, en definitiva, es consagrar el denominado deber de ingratitud, que se caracteriza por garantizar al juez la suficiente autonomía para evitar que se convierta en un agente de quienes han promovido su nombramiento.

Precisamente, la gran crítica en contra del Tribunal Constitucional en Chile después del 2005 es que ha sido poco empático con los intereses de los grupos vulnerables; más bien se ha puesto al servicio de grupos de intereses sobrerrepresentados en el Parlamento debido a las distorsiones electorales producidas por la Constitución de 1980, pero que en la práctica son minoritarios en términos de representación popular. En otras palabras, se intervino el Tribunal Constitucional con el propósito de que este observe fidelidad a quienes eran los encargados de promover el nombramiento de los jueces. Las estrategias que se siguieron para alcanzar dicho objetivo fueron básicamente tres: alterar el sistema de nombramiento de jueces, modificar el funcionamiento y aumentar las atribuciones del Tribunal.

Nombramientos

La reforma constitucional de 2005 fortaleció los nombramientos políticos en lugar de los jueces profesionales, dando al Presidente de la República el poder de nombrar a tres jueces y al Congreso a otros cuatro, de un total de diez. El nuevo Tribunal Constitucional que surgiría a partir de entonces se caracterizó por resultar un órgano donde los dos grandes grupos con representación parlamentaria se repartieron dichos nombramientos en una proporción similar. Este esquema resultó idóneo para defender la democracia y los consensos, a pesar de que la correlación de fuerzas en el Congreso hacía mucho tiempo había dejado de correlacionarse con la composición diversa que había alcanzado la sociedad chilena desde el punto de vista político y social. De esta manera, el Tribunal Constitucional funcionó con miembros que poseían una conocida adscripción a uno de los dos grandes bloques políticos, intentando mantener en lo posible el equilibrio entre ellos. Como consecuencia de ello, este tipo de nombramientos se realizó siempre de forma discrecional, sin la realización de un concurso de mérito para seleccionar jueces que satisficieran un determinado perfil profesional. En efecto, ha sido notorio que en los periodos en los que ese equilibrio se ha roto, el sector beneficiado ha intentado obtener beneficios de su mayoría en el Tribunal Constitucional para compensar sus derrotas en el Parlamento.

Funcionamiento

Existen varias decisiones que el constituyente derivado tomó y que afectaron sustantivamente en el funcionamiento del Tribunal Constitucional en orden a convertirlo en un órgano hostil al legislador. Solo a título ejemplar, se establecieron mayorías relativamen-

te bajas para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y se entregó al presidente la atribución de contar con voto dirimente. Otra cuestión que incidió en el funcionamiento fue la inexistencia de un sistema de recusación un sistema de impiccancias muy limitado.

Crecimiento desmesurado de las atribuciones de los tribunales constitucionales

La historia del Tribunal Constitucional reconoce una primera etapa, que va desde su establecimiento por la Constitución Política de la República de Chile de 1980 hasta 2005. En esa época se trataba de un órgano que poseía atribuciones únicamente de control preventivo, por lo que el peso de su actividad era más bien modesto. La reforma de 2005 incrementó considerablemente los poderes del Tribunal Constitucional en dos sentidos. En primer lugar, centralizó todas las atribuciones en el Tribunal Constitucional, e incluso creó atribuciones nuevas en este sentido que le permitieron ampliar su horizonte de control.

Adicionalmente, y en segundo lugar, existe un fenómeno característico de los sistemas de control concentrado que consiste en que los tribunales constitucionales han ido recibiendo atribuciones que van más allá de las atribuciones de control de constitucionalidad. Chile es el ejemplo clásico de esta tendencia, pues luego de la reforma de 2005, al Tribunal Constitucional se le entregan las atribuciones de resolver conflictos de competencias entre la Administración del Estado y los tribunales de justicia, de pronunciarse sobre las inhabilidades de determinados funcionarios (parlamentarios, ministros de Estado, o el propio Presidente de la República) o de declarar la ilegalización de partidos políticos.

De este modo, luego de la reforma constitucional de 2005, el Tribunal Constitucional chileno acumuló un conjunto extraordinariamente amplio de atribuciones, lo que lo convierte en uno de los más poderosos del mundo. Es necesario señalar que ello no necesariamente es algo negativo; por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal (TCF) alemán también es un órgano muy poderoso, pero las condiciones en las que opera son muy diferentes. Como ya se indicó, es probable que el TCF alemán sea uno de los más influyentes del mundo, debido a la categoría de los juristas que lo integran y a la calidad técnica de sus sentencias, por lo que goza de un alto grado de legitimidad. Por el contrario, su homólogo chileno posee numerosas atribuciones, pero su trabajo ha sido fuertemente cuestionado y resistido por los autores e incluso por los otros órganos del Estado

La combinación de estos tres factores aumentó de forma desmesurada la preeminencia del Tribunal Constitucional hasta convertirlo en el lugar donde se terminaron resolviendo varios de los debates de mayor relevancia política. Por ejemplo, poniéndolo solo en términos estadísticos, es fácil ver cómo con posterioridad a la mencionada reforma, pero por, sobre todo, después de la reforma de su ley orgánica, aumentó sustancialmente la actividad jurisdiccional, pasando de 30 sentencias a más de 200 en promedio por año.

Consecuencias del uso de *lawfare*

El caso chileno muestra los riesgos que implica el *lawfare* para la institucionalidad, aun cuando se trate de una versión menos intensa. Este también sugiere que este tipo de litigio produce un proceso de disminución de confianza a mediano plazo en los tribunales. Un resultado como ese es el peor de los casos para el Estado de derecho por dos razones. En primer lugar, este problema afecta a los tribunales para que desempeñen su papel institucional como órganos imparciales encargados de aplicar el derecho de forma independiente. Y, en segundo lugar, la judicialización de la política acaba finalmente erosionando la democracia.

Si bien el *lawfare* aún ha estado lejos de llegar a Chile en su significado más radical, el caso analizado enciende una luz de advertencia. La captura del Tribunal Constitucional ha sido un factor relevante en una importante crisis de legitimidad de todo el tejido institucional. Hoy existe un reclamo popular para recortar sus poderes y todo indica que dichos reclamos tendrán eco en la Convención Constitucional. En efecto, en el escenario actual parece muy probable la supresión de esta institución para regresar todas las atribuciones de control constitucional a la Corte Suprema, pero en una versión absolutamente minimalista, lo que también presenta un riesgo para el control de la actividad legislativa. En la siempre difícil ecuación de la legitimidad política, resulta necesario que exista un órgano que sea capaz, con la flexibilidad razonable que se requiere en una sociedad democrática que va evolucionando con el tiempo, de ofrecer alguna garantía de que el especial momento constituyente que está teniendo lugar no sea un acto meramente simbólico o testimonial.

Este análisis también presenta indicios que demuestran lo peligrosa que podría ser la estrategia de utilizar los tribunales para abordar cuestiones de política. Los tribunales desempeñan un papel específico en un frágil equilibrio institucional que podría romperse con un uso indebido. Estos riesgos son aún mayores cuando el *lawfare* se utiliza para derrocar a adversarios políticos; tal técnica solo puede tener éxito mediante la captura de las instituciones del Estado. Lamentablemente, cuando esto sucede, no solo termina demoliendo al enemigo, sino que termina destruyendo la democracia y el Estado de derecho. Es interesante cómo el proceso constituyente se llevó consigo no solo al sector que defendió el *statu quo* por 30 años (ni siquiera lograron un tercio de la Convención Constitucional, quedando reducido a una minoría insignificante), sino que también parece llevarse al propio Tribunal Constitucional.

Otra enseñanza que emana del caso chileno es que el *lawfare* no ocurre en el vacío. La captura de los tribunales y su uso político ocurre debido a que se interviene el diseño institucional para socavar las garantías judiciales. Pareciera ser que, al igual de lo que sucedió en los EEUU con la Corte Suprema durante la Era Lochner –que vio su fin con el *court packing plan* de Roosevelt en 1937–, una operación de estas características solo puede ser revertida con un rediseño en sentido inverso que le devuelva al respectivo tribunal una arquitectura apropiada para el ejercicio de la función jurisdiccional.

Referencias

- Atria, Fernando** 2010 "Participación y alienación política" en Fuentes, Claudio (ed.) *En nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile* (Santiago de Chile: Ediciones Böll Cono Sur).
- Calvo, María del Carmen** 2009 *Control de la imparcialidad del Tribunal Constitucional (estudio jurisprudencial)* (Barcelona: Atelier).
- Choudhry, Sujit** 2004 "The Lochner era and comparative constitutionalism" en *International Journal of Constitutional Law* (Oxford) Vol. 2, N° 1.
- Clark, Cristy** 2016 "The Politics of Public Interest Environmental in Australia Litigation: *Lawfare* in Australian" en *Environmental Review* (Boston) Vol. 31.
- Couso, Javier y Coddou, Alberto** 2010 "Las asignaturas pendientes de la reforma constitucional chilena" en Fuentes, Claudio (ed.) *En nombre del pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile* (Santiago de Chile: Ediciones Böll Cono Sur).
- Corder, Hugh & Hoexter, Cora** 2017 "*Lawfare*' in South Africa and its effects on the Judiciary" en *African Journal of Legal Studies* (Leiden) Vol. 10, N° 2-3.
- García, José y Verdugo, Sergio** 2013 *Activismo judicial en Chile. ¿Hacia el gobierno de los jueces?* (Santiago de Chile: Ediciones Libertad y Desarrollo).
- Gargarella, Roberto** 1997 "La dificultad de defender el control judicial de las leyes" en Isonomía, *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* (México DF) N° 6.
- Gascón, Marina** 2016 "Interpretación de la Constitución: ¿Gobierno de los Jueces?" en *Teoría & Derecho, Revista de pensamiento jurídico* (Valencia) N° 20.
- Godoy, Óscar** 1999 "La transición chilena a la democracia: pactada" en *Estudios públicos* (Santiago de Chile) N° 74.
- Greene, Jamal** 2011 "The Anticanon" en *Harvard Law Review* (Cambridge) Vol. 125, N° 1.
- Hilbink, Lisa** 2014 *Jueces y política en democracia y dictadura* (Santiago de Chile: Flacso).
- Kelsen, Hans** 1942 "Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution" en *The Journal of Politics* (Chicago) Vol. 4, N° 2.
- Matia, Francisco** 2017 "Las tensas relaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional y los límites de la (legítima) discrepancia entre ellos" en *Revista de Derecho Político* (Madrid) N° 97.
- Paredes, Felipe** 2020 "El futuro del Tribunal Constitucional en la nueva Constitución" en Muñoz, Fernando y Ponce de León, Viviana (coords.) *Conceptos para una nueva Constitución* (Santiago de Chile: DER).
- Romano, Silvina** 2021 "El *Lawfare* como agenda de investigación" en *Nullius. Revista de pensamiento crítico en el ámbito del Derecho* (Manabí) Vol. 2, N° 2.
- Sikkink, Kathryn** 2005 "The transnational dimension of the judicialization of politics in Latin America" en Sieder, Rachel; Schjolden, Line & Angell, Alan (eds.) *The judicialization of politics in Latin America* (Nueva York: Palgrave MacMillan).
- Werner, Wouter** 2010 "The curious career of *lawfare*" en *Case Western Reserve University* (Cleveland) Vol. 43, N° 1.

MABEL IRAÍS SÁNCHEZ MARTÍNEZ*

¿El derecho en México es un tema sujeto a negociación?

Introducción

La historia del Estado moderno en México ha sido analizada por diversos apologistas que, desde su particular área de estudio, han problematizado la manera en que se ha configurado nuestro país, así como muchos otros de Latinoamérica, marcados por la colonialidad y el sincretismo cultural. A lo largo de la historia del Estado independiente y del Estado moderno en México se legitimarían asimetrías sociales (De la Torre, 2013) que, a su vez, vehicularían las emergentes narrativas nacionales, juridificando derechos bajo premisas de universalidad que encerraban la exclusión e invisibilización de la subjetividad de gran parte de la población, como lo fueron los grupos originarios.

En ese contexto, las voces negadas por los estatismos y los grupos subalternos (Mondonesi, 2010; 2012) mantendrían una tensión permanente e inestable con el orden instituido, que pese a los cambios que tendría, únicamente se reequilibraría en términos de lo que Morton (2017) refirió como procesos de revolución pasiva. No obstante, las resistencias y luchas de los pueblos impulsarían el motor del cambio. Así, serían presentadas diversas reformas, en distintas etapas del constitucionalismo, que tristemente no lograrían superar los ayunos de los positivistas de la época.

Actualmente, en la era de lo que muchos han llamado "el Nuevo constitucionalismo latinoamericano" (Machado, 2020), caracterizada por una creciente necesidad de constitucionalizar la realidad, algunos procesos constituyentes pusieron en jaque la lógica monista del Estado; frente a ello, en México se discute una posible reforma constitucional donde quepan todos y no solo unos cuantos. No obstante, el recuerdo del incumpli-

(*) Maestrante asociada al Posgrado en Derechos Humanos (Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México). Licenciada en Derecho (Universidad Popular Autónoma de Puebla). Representante legal de la asociación Kiolotia A. C.

miento de los Acuerdos de San Andrés hace eco en los actuales manifiestos. Lo anterior contrasta con un hecho relevante adicional: las reformas de 2011 en materia de derechos humanos versus las jurisprudencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que parecieran limitar los mismos derechos respecto a los cuales se “otorgó” una mayor protección, en cuyo caso seguimos preguntándonos si el reconocimiento pleno de los derechos –en México– y su protección es un tema sujeto a negociación.

La Constitución de 1917 de México: un proyecto monocultural

La lucha de los pueblos originarios es probablemente una de las más antiguas; desde tiempos coloniales, estos mantuvieron una férrea resistencia en razón del nuevo orden impuesto por sus conquistadores. La explotación y dominación serían solo el principio de una larga historia que gestaría desigualdades y justificaría injusticias. Superada la conquista, una nueva superestructura ordenaría la totalidad social en torno a una racionalidad europea (y una europeización cultural) que llevaría a un reduccionismo teórico. Se establecerían criterios de estratificación social y las formas de construcción de conocimiento serían concebidas en torno a una relación sujeto-objeto, a partir de una lógica atomista que se iría alejando cada vez más de la subjetividad individual y de entender el conocimiento desde la presencia del otro.

Transcurrirían tres siglos antes de la formación del Estado moderno en México⁽¹⁾ sin poder superar la colonialidad y otras categorías que se irían sumando bajo el enfoque de la modernidad. Con la Constitución de 1917 –fruto de un proceso revolucionario–, que reemplazaría a la tan comentada Constitución Liberal de 1857, se introduciría la posibilidad de plantear soluciones a diversas desigualdades sociales, transformando las instituciones del país y permeando la creación de plataformas para reivindicar derechos agrarios y núcleos de población indígena, amén de que se reivindicaran sus derechos pero no su cultura, sin pasar por alto que dicha normativa resultaría homogeneizadora y fuertemente asimilacionista.

En adelante, el pensamiento político iría alejándose cada vez más de la alteridad de los pueblos originarios, lo que se vería reflejado en las acciones del Estado y en otras decisiones políticas, perpetuando el monopolio de producción normativa en el Estado. A su vez, los pueblos originarios comenzarían a abanderar desde la diversidad de los pueblos

(1) Ugarte (2010) efectúa un análisis sobre el momento en que se puede hablar de Estado moderno en el caso de México, llegando a la conclusión de que con la victoria total de la República sobre el imperio y del liberalismo sobre la reacción conservadora, se alcanza un equilibrio político que subsiste 44 años. Por ello, para el autor, la historia moderna de México se inicia en 1867, sobre todo considerando que la Constitución de 1857, a pesar de su impronta liberal y contenido prometedor, había sido abandonada a su suerte, dada su poca eficacia y la inestabilidad del orden político al que pretendió dar sustento, motivo por el cual no es posible, para el autor, decretar que con su aprobación haya surgido el Estado moderno mexicano.

y comunidades, movimientos sociales de autodefensa y otros procesos sociales de organización, buscando su reconocimiento y el respeto a su derecho a la participación, lo que quedaría expresado a partir de la reivindicación del derecho a la autonomía, la autodeterminación y la consulta.

Es difícil señalar históricamente los periodos de lucha, resistencia y reconocimiento de derechos discriminando unos de otros en relación a los más importantes, pues toda lucha por los derechos tiene relevancia y es trascendental, sobre todo cuando hablamos de los derechos de los pueblos originarios. Por cuanto hace a la participación política⁽²⁾ de los mismos, se pueden citar distintos periodos históricos que enfatizan las injusticias y el trato disímil que desde hace más de un siglo sufren.

En la lógica formal de Estado, la Constitución de 1917 es un claro ejemplo de la manera homogeneizante en la que se concebía a la nación; un discurso fraguado como parte de un movimiento de colectividades campesinas e indígenas,⁽³⁾ que luego, con el Constituyente de 1917 y la institucionalización de la revolución, serían invisibilizados y asimilados bajo una racionalidad instrumental que seguiría la lógica de los grupos dominantes, que para entonces ya se había improntado de las ideas de la colonialidad del pasado y otras de la modernidad occidental.⁽⁴⁾

En lo subsecuente, serían creadas una serie de instituciones que instrumentarían la normativa suprema y se encargarían de dirigir la política en materia indígena. Estas instituciones, encabezadas por etnólogos, antropólogos, economistas y políticos, serían las

(2) Al hablar de participación política, se pueden citar diferentes acepciones. Muchas de ellas han excluido a las manifestaciones pasivas (como la desobediencia civil y la violencia política, entre otras realizadas fuera de la esfera de gobierno), mientras que otras como la de Nelson (1979), un poco más integrales, identifican como participación política a: 1) las acciones ilegales y violentas que buscan tener influencia sobre el gobierno; 2) las acciones conservadoras o “dentro del sistema”, esto es, que buscan cambios en las decisiones gubernamentales y no cambios en la forma de gobierno; y 3) las acciones que son movilizadas o manipuladas por otros (elites o grupos de clase media); excluye a las huelgas de trabajadores, ya que Nelson entendía que para ser política una acción debía estar orientada a generar cambios al gobierno. Para Milbrath (1965), la participación política es acumulativa porque normalmente quienes realizan cualquier acción de participación realizarán otras de mayor impacto. Ahora bien, para efectos del presente ocurre a muy groso modo habremos de entender la participación política a partir de la descolonización del término, como la multiplicidad de formas en que se expresa la acción voluntaria de las personas y grupos colectivos, con el objeto de influenciar de forma directa o indirecta las opciones políticas en los distintos niveles del sistema –la anterior acepción se retoma en gran medida de Kasse & Marsh (1979, p. 42)–; lo anterior, considerando que los pueblos indígenas participan individual y colectivamente y que a menudo su participación ha desbordado los límites de la institucionalidad.

(3) Este movimiento nacía de un creciente nacionalismo revolucionario y cultural (Stavenhagen, 2001, p. 25) que prometía transformar las instituciones del país y garantizar derechos a las colectividades indígenas; empero, en la realidad práctica, resultó en un documento monocultural y asimilacionista.

(4) En *Crisis civilizatoria* (2012), Josef Estermann cita parte de esas ideas de la modernidad que darían entrada a una serie de desigualdades derivadas de algunos factores como: la perversidad del sistema económico y la manera en que es permeado a sus instituciones; la ideología de ese sistema y las formas de concebir la vida; el metarrelato del desarrollo y las relaciones de poder que partían de un sistema que se centró en lo cuantitativo, en la falacia del desarrollismo –un sistema que gestó la modernidad occidental– y, luego, en el paradigma dominante del siglo XX.

encargadas de representar los intereses de los pueblos originarios, neutralizando la voz de los mismos, fortaleciendo la unidad nacional, asimilando a los pueblos y comenzando procesos de aculturación que permitieran homogeneizar a la nación.

Hacia 1940, la política indigenista se promovía como una política continental y con el Primer Congreso Indigenista Interamericano, que tuvo lugar en Pátzcuaro Michoacán, fue instituido el indigenismo, que se definió como "la política que realizan los estados americanos para atender y resolver los problemas que confrontan las poblaciones indígenas, con el objeto de integrarlas a la nacionalidad correspondiente" (Marroquin, citado en Stavenhagen, 2001). En la misma tónica, el entonces presidente Cárdenas señalaría que el objetivo del indigenismo no era indianizar a México sino mexicanizar al indio, lo que obviaba la postura del Estado de transformar a los indígenas en su propia negación: no indígenas.

El indigenismo como política y política pública consistía en una decisión gubernamental, expresada por convenios internacionales, actos legislativos y administrativos que buscaban la integración de dichas comunidades indígenas en la vida económica, social y política de la nación. En concordancia con lo anterior, sería creado el Instituto Nacional Indigenista en 1948, que si bien plantearía una modificación en el discurso político con promesas que vinculaban la participación de los grupos originarios de manera más activa, no lograría despojarse de la metodología paternalista que le identificaba; tristemente, al ser reemplazado en el año 2003 por la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI), se mantendrían las inercias historicistas que ya caracterizaban a la política de la materia.

Derivado de la crisis del sistema económico en 1980, y aunado a las políticas macroeconómicas impuestas por Miguel de la Madrid, los recortes presupuestales y la austeridad financiera, se acentuarían las altas desigualdades sociales en el Estado mexicano y años más tarde, en 1994, esas condiciones materiales darían origen al surgimiento de movimientos insurgentes como el famoso levantamiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN).

El levantamiento zapatista denunciaba el abandono y la omisión del gobierno a cumplir con su actividad rectora de protección y cumplimiento de derechos básicos (como salud, educación y vivienda digna), pero más allá de exigir su cumplimiento, se pronunciaban por su independencia, democracia, justicia y paz y por el reconocimiento de su autonomía y autodeterminación.

Con los Acuerdos de San Andrés Larráinzar en Chiapas, firmados entre el gobierno federal y el EZLN en 1996, se pactarían modificaciones constitucionales que incluirían su participación directa e injerencia en decisiones políticas. Lamentablemente, los Acuerdos no fueron cumplidos, llegando inclusive a presentarse una contrapropuesta para

cumplir con los mismos, que se resumió también en el incumplimiento del convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (2014).

Existen diversas teorías sobre la ideología política que identificaba al gobierno y que le “impedía” cumplir esas determinaciones, tales como la igualdad de todos ante la ley y las autonomías que rompían con el corporativismo del Estado y que le permitían el control de pueblos indios (López y Rivas, 1998); sin embargo, la negativa del gobierno puede verse como un reflejo del miedo que despertaba en una clase política, que hasta entonces había mantenido el control de un grupo al que creía dominable y que ahora se levantaba como un movimiento fuerte, incluyente, demandante y que se consideraba desestabilizador.

Reformas constitucionales: ¿una etapa de cambio?

Los Acuerdos de San Andrés que en su momento serían resultado de negociaciones de paz, en lo subsecuente y pese a su incumplimiento tendrían un eco en la juridicidad de un sistema que plantearía nuevas reformas constitucionales considerándolos como referentes, como lo sería la reforma del año 2001, por medio de la cual se modificarían diversos artículos constitucionales tales como el 2º, 4º, 18 y 115. Ahora bien, de una lectura a la exposición de motivos que daría pie para esa reforma, se encontrarían, entre otros, los siguientes razonamientos:

- que México es el producto de la unión de pueblos y culturas, y que por ello la unidad nacional no podía sustentarse en la imposición de una cultura sobre las demás;
- que es reconocido que, en varias partes del mundo, los pueblos indígenas no gozan de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población;
- que a dos siglos (sic) de la fundación del Estado nacional la situación de los pueblos originarios continuaba siendo profundamente insatisfactoria y desigual, y su cultura se encontraba en un proceso de erosión constante;
- que no solo se había desplazado a los pueblos originarios de sus territorios de origen, sino que también se les había negado la participación política;
- que el gobierno en turno había sumado esfuerzos para que los pueblos indígenas se insertaran plenamente en el Estado mexicano, así como para garantizar que fueran sujetos de su propio desarrollo y tuvieran plena participación en las decisiones del país.

De tal manera, a casi dos siglos de la fundación del Estado moderno mexicano, resulta inconcuso que:

1. la ideología que caracterizaría a las reformas contemporáneas seguía siendo asimilacionista;

2. que se reconocía abiertamente que los pueblos originarios se encontraban en una situación jurídica de mayor indefensión que el resto de la población y que, por sus características debían incorporarse nuevas protecciones constitucionales; y
3. que el Estado reconocía que se había negado la participación política a los pueblos originarios y que ahora se debía garantizar que tuvieran plena participación en las decisiones del país.

No obstante lo anterior, y a pesar de haberse materializado la reforma en comento, la modificación normativa realizada no logró superar el trato disímil en el que se limitaba a los pueblos indígenas a participar en la construcción del Estado y del derecho, ni tampoco un decrecimiento en los índices de desigualdad o una transformación de las estructuras de Estado. Con este antecedente, al igual que como sucedió en 1994, surgirían nuevos levantamientos indígenas, tal es el caso de Cherán.

La comunidad P'urhépecha de Cherán en Michoacán sería el primer referente nacional no solo en haber recuperado su territorio y defendido su forma de organización y autogobierno, sino también en haber movilizado las estructuras institucionales para el reconocimiento de esos derechos; a partir de entonces, la forma en que los pueblos participarían en el Estado daría un giro de 360 grados rompiendo con el corporativismo del mismo. Bajo esos bemoles, el derecho a su autonomía, libre determinación y consulta serían los vehículos en los que se articularía dicha participación y en que se rompería con las inercias positivistas del pasado.

Incluso con la realización de la reforma constitucional de 2001 y los precedentes históricos que hacían de paspartú para enmarcar las desigualdades que los pueblos originarios sufrían, los pueriles intentos del Estado en la positivización de derechos no superarían la realidad fáctica en la que los pueblos continuarían sufriendo las adversidades de un sistema homogeneizador.

La reforma constitucional de 2001 fue tildada de vanguardista por ampliar el reconocimiento a la pluriculturalidad de la nación.⁽⁵⁾ Sin embargo, no todas sus críticas fueron amables, pues el debate que se suscitó con la misma evidenciaba que no había una idea clara de qué rumbo debían tomar los derechos indígenas, ya que para ciertos sectores la reforma era eficiente, mientras que para otros era inadecuada. Probablemente una de las críticas más duras que se hicieron fue que la reforma era producto de dos iniciativas exactamente iguales: la primera, de Ernesto Zedillo, presentada el 14 de marzo de 1998 y la segunda de Vicente Fox, del 5 de diciembre de 2000. Ambas iniciativas versaban sobre la definición de pueblos indígenas; la libre determinación de los pueblos; los elementos de la autonomía indígena; la preocupación de que dicha autonomía no rompería

(5) Este había sido reconocido por primera vez en 1992 y en la reforma de 2001 sería enfatizado y ampliado.

de ninguna manera con la unidad nacional, ni sería creado “un estado dentro del Estado; y la separación de autoridades tradicionales de las autoridades municipales.

Diversos catedráticos y analistas estimaban que al reafirmar el Estado su compromiso de acabar con la discriminación, negaba la homogeneidad cultural y se volvía un agente garante de la pluriculturalidad de la nación. Sin embargo, en el mismo momento reafirmaba indirectamente la visión monocultural de la nación al advertir que “la nación mexicana es única e indivisible”, algo que consideraron innecesario puesto que la reforma no pretendía ninguna división del Estado (Galván, 2002).

En la misma tesitura, la autonomía indígena sería prevista y traducida a partir de considerar a los pueblos y comunidades como entidades de interés público y no sujetos de derecho público, evitando así que los grupos indígenas se organizaran como parte del Estado nacional, reduciéndolos a organizarse bajo las formas definidas por cada entidad federativa, porque la autonomía indígena no fue delimitada, sino que se facultó a los Estados para hacerlo.

A pesar de haber representado históricamente un avance y reafirmación hacia la construcción de un Estado plural, a la luz de las críticas referidas, la reforma de 2001 parecía proveer soluciones parciales a las demandas de los grupos indígenas, y la retórica pluricultural de reconocimiento a colectividades indígenas se apreciaba contradicha ante las renuencias legislativas, pues si bien se manifestó la intención de proteger los derechos indígenas en general, poco se desarrolló respecto a sus derechos políticos.

A su vez, la reforma en comento sería sucedida por otras que serían igual de comentadas, aplaudidas y criticadas como la reforma constitucional de 2011, una reforma en materia de derechos humanos que vendría a regular de manera prometedora la incorporación o traslado de normas internacionales en el derecho interno y que prometía que los derechos humanos fueran no solo una realidad teórica, sino una realidad práctica. Con esta reforma, además, se introdujeron diversos principios de derechos humanos, entre ellos el principio pro persona que garantiza la aplicación más favorable de la ley –nacional e internacional– a favor de las personas y el principio de progresividad con base en el cual los derechos humanos tienden a actualizarse para su plena consecución y a no restringirse.

Lamentablemente, las renuencias del Estado a respetar estas disposiciones constitucionales se manifestaron ahora a través de una de sus estructuras, específicamente a través del Poder Judicial. En efecto, la SCJN, en la tesis jurisprudencial P./J. 20/2014 (10a.), emitida en la contradicción de tesis 293/2011, enfatiza lo anterior, ya que privilegia las restricciones constitucionales frente a disposiciones legales internacionales de mayor beneficio para los ciudadanos; es decir, si la reforma constitucional de 2011 encomendaba la aplicación de la norma más favorable –principio pro persona–, con este criterio se limita y se contradice dicha reforma al señalar que este principio estaría

limitado frente a las restricciones constitucionales, resultando un criterio regresivo y restrictivo que contradice los principios pro persona y de progresividad e, incluso, lo previsto en la misma norma constitucional.

En contraste, las reformas y reconocimientos constitucionales del Congreso de 1994 y 2001 colisionaban frente a las tendencias políticas que ratificaban la unidad nacional y, de la misma forma, las tendencias progresistas del Congreso de 2011 resultaban divergentes del pensamiento judicial que lucía reaccionario frente a los últimos avances constitucionales. A su vez, el levantamiento zapatista de 1994 y el caso Cherán –que referiré a continuación– enfatizarían, por su parte, los paralelismos entre la lucha de los pueblos indígenas por alcanzar su pleno reconocimiento en el Estado y los desafíos políticos y conceptuales –normativos– de hacer ese reconocimiento en el marco del derecho como herramienta exclusiva del Estado.

Uso contrahegemónico del derecho: experiencia desde Cherán

El movimiento zapatista, que había sido la punta de lanza de un movimiento ya no solo nacional, sino continental de reconocimiento de derechos, ahora era parte del anecdotario de nuestro país al que se sumaría, en 2011, un nuevo movimiento: el levantamiento del pueblo de Cherán, Michoacán.

El caso Cherán tiene importantes resonancias en el sistema jurídico mexicano en torno al derecho a la participación de los pueblos. El referido caso ayuda a enfatizar la larga tradición de desigualdades sociales y omisiones jurídicas que vengo relatando como parte del presente anteproyecto de investigación. Resulta de procesos de organización societal, tendientes a defender su territorio en el municipio P'urhépecha de Michoacán, y los logros manifiestos de dicho municipio en torno a los derechos de autonomía, autodeterminación y consulta constituyen la razón por la cual se toma como caso referencial.

Pese a que el gobierno de Felipe Calderón declaró la guerra al narcotráfico (que ya desde el año 2000 se hacía presente con particular relevancia), hacia 2006 se incrementó la presencia de grupos de delincuencia organizada en la Meseta P'urhépecha. Grupos ligados al cártel de La Familia desde 2006 y Los Caballeros Templarios en 2008 se hicieron cargo de una economía ilegal dirigida en tres frentes: el establecimiento de laboratorios clandestinos para producción de drogas químicas (instalados en las serranías de la Meseta); el control del territorio y saqueo de los bienes comunales⁽⁶⁾ y el cobro de cuotas

(6) Este saqueo se realizaba a partir de la explotación de los recursos naturales a partir de la tala ilegal a gran escala de los pinos que crecían en territorio comunal de Cherán. El territorio reconocido en los bienes comunales de Cherán es de 21,170 hectáreas, de las cuales más del 75% son terrenos forestales, y en los cuales la vegetación característica es el bosque de pino. En Cherán, la agricultura y el aprovechamiento del bosque para recursos maderables y no maderables (resina, ganadería, recolección de plantas y hongos) han sido históricamente las actividades principales de la población. La explotación

de extorsión. Los efectos de la violencia criminal se manifestaron de forma evidente y ante la imposibilidad y omisión del gobierno de adoptar estrategias que garantizaran seguridad a dicho municipio, los cheranenses decidieron levantarse y comenzar, a partir de procesos societales de organización, la defensa de su territorio.

El levantamiento de Cherán, que iniciaría un 15 de abril de 2011, materializaba el hartazgo de un pueblo ante las omisiones de un gobierno al que desde 2008 se había solicitado protección y seguridad; dicho movimiento iría transformando esas peticiones de seguridad en verdaderas exigencias y desafíos al Estado Nacional.⁽⁷⁾ Tras haber recuperado su territorio, el siguiente paso fue demandar al Estado el reconocimiento de su forma de gobierno y de sus autoridades.

De tal forma, en noviembre de 2011 las autoridades de Cherán acudieron ante el Tribunal Electoral del Poder judicial de la Federación a efectos de promover un juicio de protección de derechos político electorales, en el cual se resolvió que los integrantes de Cherán tenían derecho a solicitar la elección de sus propias autoridades y, a su vez, se vinculó al Congreso del Estado de Michoacán para que armonizara su Constitución y la legislación interna conforme a la Constitución Federal y tratados internacionales en materia de derechos humanos. En ese entendido, el Consejo General del Instituto Electoral de Michoacán debía atender lo relativo a la preparación, desarrollo y vigilancia de los procesos electorales referidos y, finalmente, el 25 de enero de 2012 el Consejo referido, mediante acuerdo CG-14/2012, calificaría como legalmente válida la elección del Consejo Mayor del Gobierno Municipal de Cherán, Michoacán, autoridad elegida por el sistema de derecho consuetudinario, cuya posesión de cargo se realizaría oficialmente el 5 de febrero del mismo año.

El 16 de marzo de 2012 sería publicado en el *Periódico Oficial* del Gobierno Constitucional del Estado de Michoacán el decreto 391, que comprendía diversas modificaciones a la Constitución local, y en contra del cual el municipio de Cherán –al no haber sido consultado en dichas modificaciones– promovió juicio de controversia constitucional ante la SCJN, asunto que sería analizado y resuelto por el pleno de la Corte.

La sentencia de la Corte y los votos particulares y concurrentes que de ella emanaron resultan trascendentales en el presente tema de investigación, por las consideraciones

intensiva del bosque no es una novedad, pues, la extracción de la resina remonta al principio del siglo XX, siendo Michoacán el principal productor en México. Por su parte, la tala de árboles por los comuneros nunca había sido sujeta a reglamentación, y aunque muchos de los grupos “malos” como los denominaban los cheranenses habían surgido de las comunidades, esta población los desconocía derivado de su clara desnaturalización de los principios que de manera cosmovisiva les caracterizaban, como el respeto por sus bosques que, en la narrativa común de los habitantes de Cherán, era principio básico de convivencia e identidad comunal.

(7) En el caso particular de Cherán, incidieron diversos elementos que en consecuencia lograrían consolidarlo como un municipio indígena, tales como las tensiones entre sistemas normativos, citando al formal –del estado– y el otro –de la conformación de los pueblos indígenas–.

lógico-jurídicas que vertieron en la misma. Fueron analizadas, entre otras consideraciones, las siguientes:

- El reconocimiento de un municipio distinto al normativizado por el artículo 115 constitucional.
- La autonomía en el sistema jurídico mexicano y su interpretación en relación a los Acuerdos de San Andrés.
- El derecho a la autonomía como expresión concreta de la libre determinación y expresada como un marco que se conforma como parte del Estado nacional.
- Las características específicas de la consulta dirigida a pueblos indígenas y la importancia de que se realice conforme a los principios de derecho internacional.
- La exposición de motivos que impulsó la reforma constitucional de 2001 y a partir de la cual se tiene que leer comprensivamente el derecho a la autonomía y libre determinación.

A pesar de que las sentencias en comento fueron el parteaguas histórico del reconocimiento de un municipio indígena –como sucedió en el caso de Cherán–, como una forma de autogobierno y autoridades electas por un sistema de usos y costumbres, también dejaría abierta una cortina de posibilidades que demandarían ser analizadas y revalorizadas a la luz de una naciente matriz histórica.

Para explicar lo anterior, cito algunas de las consideraciones vertidas en el voto concurrente del ministro José Fernando Franco González Salas, efectuado en la controversia constitucional del caso Cherán; entre sus argumentos, que rompen con la lógica mayorista que aseguró el sentido de la resolución, destacan, entre otros, los siguientes:

- Que, a su criterio, la resolución emitida por la Sala Superior del TEPJF,⁽⁸⁾ así como el decreto emitido por el congreso local que fue impugnado por medio de Controversia Constitucional ante la SCJN, únicamente estaba dirigido a resolver una cuestión electoral, conforme al régimen constitucional federal y estatal, pero ello no implicaba el reconocimiento de un municipio exclusivamente indígena distinto al resto de los municipios.
- Que en la exposición de motivos que daría origen a la reforma del año 2001, por medio de la cual se reformarían entre otros, los artículos 2º y 115º constitucionales, era claro que la autonomía se presentaba como un derecho que de ninguna manera rompía con la unidad nacional.

(8) La sentencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) es el primer antecedente en el ámbito jurisdiccional (y que también sería estudiado en la controversia constitucional que se discute, promovida ante la SCJN), impulsado por los representantes del municipio de Cherán, asunto que se resolvió un 2 de noviembre de 2011 por la Sala superior de dicho tribunal, mediante sentencia número SUP-JDC-9167/2011 del Juicio para la protección de los derechos político- electorales del ciudadano. Mediante esta sentencia, los purépechas de Cherán obtuvieron la aprobación para realizar la elección de sus autoridades municipales mediante el mecanismo de “usos y costumbres”, hecho que concluyó con la posesión definitiva del Concejo Mayor de Gobierno Comunal (CMGC) el 5 de febrero de 2012, después de un largo proceso de lucha indígena por la transformación del Estado monocultural mexicano.

- Que, en ese sentido, de la lectura armónica a la exposición de motivos referida y a los Acuerdos de San Andrés, la libre determinación no debía ser un elemento constitutivo para la creación de Estado dentro del Estado mexicano.

De lo anteriormente expuesto se advierte que a pesar de que la controversia constitucional se resolvió por mayoría de votos, en la apreciación particular de distintos ministros de la Corte el asunto sería analizado bajo distintos enfoques de juridicidad de derechos e implicaciones fácticas que en el caso concreto del municipio de Cherán estas tendrían.

Erika Bárcena explica en su tesis doctoral que dichas consideraciones y razonamientos no pueden partir únicamente de la autonomía de un derecho que es interpretado, sino que habían de analizarse a partir de las dinámicas internas del órgano jurisdiccional. En su libro *Una etnografía del mundo de la justicia: la Corte Suprema en escena*, Leticia Barrera, quien fuera la primera autora en Latinoamérica en desarrollar una etnografía del mundo judicial, explicaría la manera en la que el derecho se estudia como un fenómeno inserto en una trama de relaciones de conocimiento, prácticas, intencionalidades, instituciones, documentos e incluso subjetividades. En ese sentido, Bárcena da cuenta por medio de su tesis doctoral de las relaciones y dinámicas sociales generadas al interior de los espacios judiciales que condicionan la interpretación y aplicación de la norma.⁽⁹⁾

El sociólogo francés Pierre Bourdieu, quien también es citado por la autora referida, habría señalado en sus investigaciones cómo el derecho no es algo completamente puro y autónomo, sino que el simple hecho de creer que lo es contribuye a producir efectos completamente reales y también a producirlos en quienes ejercen el derecho, razón por la cual las consideraciones lógico-jurídicas que emanan de los ministros de la Corte en el caso referencial de Cherán deberán leerse a partir de esa lógica comprensiva.

A partir de la anterior narración de sucesos, surgen diversos interrogantes en torno a los derechos constitucionalizados –autonomía, libre determinación y consulta– y la manera en la que se articulan en la realidad, pues es a partir de estos derechos que se puede hablar de una efectiva participación de los grupos originarios en la toma de decisiones y la construcción de Estado, y también a partir de los cuales se visibiliza la forma y medida en que esta participación es garantizada.

(9) En el tema 3 de la tesis en comento, denominado "La vernacularización del derecho internacional de los derechos humanos", señala como premisa inicial de sus estudios que, de conformidad con lo señalado por Goodale (2007), diversos autores atribuyen en sus prácticas distintos sentidos a través de procesos que están condicionados por sus propios contextos de poder y significado. El objetivo de este tipo de estudios es describir cómo los derechos humanos funcionan empíricamente, qué significan para diferentes actores sociales y, finalmente, cómo los derechos humanos se relacionan empírica y no conceptualmente.

Actualmente, y como resultado de la nueva política de Estado y de los foros de Pueblos Indígenas y Afromexicanos, realizados del 6 al 8 de agosto de 2019⁽¹⁰⁾ y los realizados en 2020, fueron concretados diversos acuerdos, entre los que destaca la pertinencia de realizar una nueva reforma constitucional al artículo segundo, a efectos de incorporar el concepto de instituciones jurídicas públicas, sociales, económicas y políticas de los pueblos indígenas. A partir de lo anterior, se busca reconocer a los pueblos originarios plenamente como sujetos de derecho público y también abrir “la posibilidad de que ellos sean quienes de manera directa reciban y administren recursos públicos con apego a sus formas comunitarias”.

Bajo esa lógica de ideas, sería reconstruido en una lógica lineal evolutiva el derecho a la autonomía, cuyas características subjetivas actuales la distinguen del derecho a la autonomía que, en la lógica del levantamiento zapatista y los acuerdos de paz de 1996, no rompían con el corporativismo de Estado. De igual forma, a partir de los mismos foros y los acuerdos transados, se plantearía reformar el artículo 27 constitucional, fortaleciendo la figura de asamblea general de ejidatarios y comuneros, y en el mismo sentido, devolver el carácter de imprescriptible, inalienable e inembargable a los territorios ejidales y comunales como estaba asentado antes de la reforma salinista de 1992.

Anacrónicamente, al leer los resultados del foro en comento, nos es imposible no recordar lo sucedido con los pactos de San Andrés y reafirmar la pertinencia de analizar el derecho a la autonomía, a la libre determinación y a la consulta como expresión de la participación de los pueblos, en el margen de nuestra realidad actual y a la luz de las victorias ganadas –como en el caso de Cherán–, cuyo impulso social y jurídico ha superado al tan fetichizado Estado de derecho para dar entrada al reconocimiento efectivo de autogobiernos y procesos societales de organización y producción normativa.

La presente propuesta, entonces, se desarrolla en torno a tres premisas: la primera, que tiene que ver con la manera en que se construye el Estado –a partir de un proyecto de nacionalismo que sigue la lógica de homogeneización–; la segunda, que radica en la manera en que derivado de lo anterior, se limitó la participación de los pueblos originarios en la formación del Estado y sus estructuras; y, finalmente, la tercera, que analiza la forma en la que el Estado tiende a invisibilizar las violaciones al derecho de participación de los pueblos originarios y a restringir el mismo.

Referencias

AAVV 1992 *Instituto de Investigaciones Jurídicas. Derechos Contemporáneos de los Pueblos Indios. Cuadernos* (México DF: UNAM).

Akzin, Benjamín, 1979 *Estado y Nación* (México DF: Fondo de Cultura Económica).

(10) Conforme a la agenda de gobierno (INPI) participaron 27.064 autoridades y representantes de 68 pueblos, distribuidos a lo largo de 56 foros regionales (Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas [INPI], 2019).

- Asamblea General de las Naciones Unidas** 2007 *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, A/RES/61/295. www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es/declaracion-sobre-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas.html
- Bárcena Arévalo, Érika** 2018 "El oficio de juzgar, la corte y sus cortesanos. Estudio etnográfico de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y su incorporación del derecho internacional de los derechos humanos", tesis doctoral, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, febrero de 2018.
- Cossío, José R.** 2002 *Los problemas del derecho indígena en México* (México DF: Comisión Nacional de los Derechos Humanos).
- De la Torre Rangel, Jesús A.** 1996 "Sobre el origen de la tradición hispanoamericana de los derechos humanos" en *Revista da Faculdade de Direito da UFPR* (Curitiba), Vol. 29, N° 29.
- De la Torre Lara, Óscar A.** 2019 "La defensa jurídica y política del territorio. Actualidad de las reivindicaciones agrarias revolucionarias" en *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho* (México DF), N° 1.
- Dietz, Gunther** 1999 "Etnicidad y cultura en movimiento: desafíos teóricos para el estudio de los movimientos étnicos" en *Nueva antropología* (México DF) Vol. XVII, N° 56.
- 2017 "Interculturalidad: Una aproximación antropológica" en *Perfiles educativos* (México DF) Vol. XXXIX, N° 156. www.redalyc.org/pdf/132/13250923012.pdf
- Estermann, Josef** 2012 "Crisis civilizatoria y Vivir Bien" en *Polis. Revista Latinoamericana* (Santiago de Chile) Vol. 11, N° 33. journals.openedition.org/polis/8476
- Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego (coords.)** 2010 *Formación y Perspectivas del Estado en México* (México DF: UNAM/El Colegio Nacional).
- González Galván, Jorge A.** 2002 "La reforma constitucional en materia indígena. Cuestiones Constitucionales", en *Cuestiones constitucionales* (México DF), N° 7. <https://www.redalyc.org/pdf/885/88500709.pdf>
- Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo 2008 *Directrices sobre los Asuntos de los Pueblos Indígenas*. www.acnur.org/fileadmin/Documentos/archivo/6451.pdf
- Herrera Tapia, Francisco** 2009 "Apuntes sobre las instituciones y los programas de desarrollo rural en México. Del Estado benefactor al Estado Neoliberal" en *Estudios Sociales* (México DF) Vol. 17, N° 33. www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-45572009000100001
- Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas [INPI]. (2019). Pueblos indígenas y afroamericano unen sus voces para la transformación de México en *Gobierno de México*. www.gob.mx/inpi/prensa/pueblos-indigenas-y-afroamericano-unen-sus-vozes-para-la-transformacion-de-mexico-212219?idiom=es
- Lartigue, François y Quesnel, André** 2003 *Las dinámicas de la población indígena. Cuestiones y debates actuales en México* (México DF: IRD).
- López Hernández, Haydeé** 2013 "De la gloria prehispánica al socialismo. Las políticas Indigenistas del Cardenismo" en *Cuicuilco* (México DF) Vol. 20, N° 57. www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-16592013000200003

Organización Internacional del Trabajo [OIT] 1957 *Convenio Núm. 107 sobre Pueblos Indígenas y Tribales*. www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C107

----- 2014 *Convenio Núm. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales*. www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf

López López, Liliana 2011 *La demanda indígena de autonomía desde los acuerdos de san Andrés. Los retos para el derecho y la pertinencia del pluralismo jurídico* (Aguascalientes / San Luis Potosí / San Cristóbal de las Casas: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, AC/Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí/Educación para las Ciencias en Chiapas, AC).

López y Rivas, Gilberto 1998 "Los significados de San Andrés" en *La Jornada* (México DF).

----- 2011 "Misterios y confusiones del sujeto autonómico" en *La Jornada* (México DF).

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [ACNUDH] 2013 *Los pueblos indígenas y el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas* (Nueva York/Ginebra: Autor). <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/fs9Rev.2.SP.pdf>

Quijano, Anibal 2014 *Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder* (Buenos Aires: Clacso).

Rivera Lugo, Carlos 2014 *Entre el derecho y el no derecho. El otro pluralismo jurídico* (Aguascalientes/San Luis Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y sociales Mispat/Universidad Autónoma de San Luis Potosí).

----- 2014 *La normatividad social de lo común* (Aguascalientes/San Luis Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y sociales Mispat/Universidad Autónoma de San Luis Potosí).

Salazar Ugarte, Pedro 2010 "El Estado Moderno en México" en Fix-Zamudio, Héctor y Valadéz, Diego (coords) *Formación y Perspectivas del Estado en México* (México DF: Universidad Nacional Autónoma de México/El Colegio Nacional). México.

Saldívar, Emiko 2003 "Indigenismo legal: la política indigenista de los noventa" en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales* (México DF) Vol. XLVI, N° 189.

Sámamo, Miguel Ángel; Alcántara Durand, Carlos y Gómez González, Gerardo 2001 *Los acuerdos de San Andrés Larraínzar en el contexto de la declaración de los derechos de los pueblos americanos* (México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM).

Semo, Ilán 2017 "¿Indígenas o pueblos originarios?: una reforma conceptual" en *La Jornada* (México DF). www.jornada.com.mx/2017/03/11/opinion/015a1pol

Rodolfo 2001a *Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales* (México DF: Germania).

----- 2001b "La política indigenista del Estado mexicano". www.crim.unam.mx/web/sites/default/files/2_La%20politica_indigenista.pdf

----- (2001c). "La política Indigenista del Estado Mexicano y los Pueblos indígenas en el siglo XX".

AAVV 1996 *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Etnicidad y derecho. Un diálogo postergado entre los científicos sociales, V Jornadas Lascasianas* (México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas./ UNAM).

MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA* - THAÍS ARAÚJO DIAS**

La recuperación histórica del *lawfare* y los caminos trazados por el fenómeno en América Latina

Introducción

El aumento del protagonismo del Poder Judicial en las agendas políticas o sociales centrales, y la “judicialización” de las cuestiones relativas a las políticas públicas, los dilemas morales y las controversias políticas son tendencias internacionales que la historia constitucional comparada señala como fenómenos propios de las democracias recientes o consolidadas. Este escenario conduce a un rediseño de los límites tradicionales de la separación de poderes y hace posible que el Poder Judicial, y especialmente los tribunales supremos, desempeñen un papel destacado como instituciones que celebran las deliberaciones finales sobre cuestiones centrales, concernientes al futuro de los Estados y sus respectivas democracias.

En un intento por comprender el fenómeno internacional de la expansión del Poder Judicial, autores de múltiples campos del conocimiento han producido investigaciones sobre diferentes aspectos de la actuación del “tercer gigante”.⁽¹⁾ En ese marco, el análisis del rol de los tribunales constitucionales no ha pasado desapercibido. La literatura internacional y nacional comenzó a asignar términos a sus teorías o a designar determinados tipos de comportamiento judicial. En efecto, en medio de construcciones científicas basadas en estudios teóricos o empíricos, se han elaborado múltiples terminologías para designar las acciones –aisladas o no– de los miembros del Poder Judicial que salpican la vida política y social.

(*) Doctor y Postdoctor en Derecho por la Joahann-Wolfgang-Goethe Universität zu Frankfurt am Main, Alemania. Profesor Titular de la Universidad de Fortaleza. Fiscal del Municipio de Fortaleza.

(**) Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad de Fortaleza. Profesor en la Universidad Estatal Valle de Acaraú. E-mail: araujodiassthis@gmail.com

(1) Cappelletti (1993) utiliza este término para referirse al Poder Judicial.

El estigma presente en la relación entre derecho y política se presenta como un reto para la literatura especializada y tiene mayor complejidad cuando su objeto son los tribunales constitucionales, porque en el núcleo de las constituciones está la política. Bercovici (2004) reitera que no es posible entender la Constitución fuera de la realidad política porque toda Constitución es política. Así, se reconoce el papel del derecho constitucional en la regulación de la política, dado que no hay sistemas políticos libres de constitucionalismo, como tampoco hay un derecho constitucional apolítico. La relación entre la jurisdicción constitucional y la política no permite acciones deliberadas en nombre de instrumentos hermenéuticos arbitrarios o moralistas al margen de la Constitución y bajo el ropaje de la imparcialidad burocrática.

Entender al Poder Judicial como una institución política no expresa una aceptación de la deserción de los valores democráticos y de la seguridad jurídica, sino que conduce al primer supuesto teórico rector del presente estudio: por ser una institución política como cualquier otra, el Poder Judicial no actúa “en un vacío institucional o ideológico”. Su establecimiento no puede entenderse como “un desarrollo separado de las luchas sociales, políticas y económicas concretas que dan forma a un sistema político determinado” (Hirschl, 2004, p. 8).

La apreciación de conflictos de carácter político no conduce necesariamente al tribunal constitucional hacia dimensiones de politización de la justicia. Pero el uso indiscriminado de sus atribuciones como última institución del Poder Judicial para deliberar de forma discrecional o a través de perspectivas que dirigen ciertos sectores –entre ellos, los políticos–, o para perseguir a los enemigos políticos, es lo que muestra un tribunal que utiliza herramientas de *lawfare*.

Aunque el uso de la justicia con fines políticos ha sido vinculado más recientemente a la terminología de *lawfare*,⁽²⁾ el uso de mecanismos legales para “hacer política” o para debilitar a los oponentes políticos estuvo presente en la literatura alemana durante el proceso de establecimiento y fortalecimiento del nazismo. No se trata de una discusión restringida al ámbito semántico, ya que implica reconocer “situaciones prácticas” que pueden caracterizarse como *lawfare* y cuyas repercusiones pueden ser vastas: por ejemplo, el debilitamiento de la democracia, la manipulación de la maquinaria burocrática y la suspensión del Estado de derecho.

El término *lawfare* adquiere nuevos contornos en el escenario latinoamericano ante las múltiples operaciones de “lucha” contra la corrupción, que evidencian un conflicto entre el Poder Judicial y sus enemigos políticos. Los casos de destitución de los presidentes de Honduras (2009), Paraguay (2012) y Brasil (2016) son ejemplos de suspensión de-

(2) Dunlap (2001) es señalado por la literatura como un autor que define el *lawfare* como el uso de herramientas legales con fines políticos y lo relaciona con el uso del derecho en los conflictos militares. Kittrie (2016) infiere que el *lawfare* también se refiere a los conflictos políticos judicializados en los que se persigue a los enemigos políticos.

mocrática que fueron posibles porque los respectivos poderes judiciales avalaron actos políticos que se revelaron como procesos contradictorios, cuya legalidad y legitimidad fue cuestionada por la literatura especializada. Tales destituciones se realizaron en contra del reflujó del movimiento político de la “marea rosa”, y se caracterizaron por oponerse a gobiernos alineados en proyectos políticos cercanos y de ruptura del *statu quo* hasta entonces vigente.

Dada la relevancia y el impacto democrático del *lawfare*, se pretende realizar un ensayo teórico analítico que, a partir de una recuperación histórica, analice sus aplicaciones en dos escenarios que, a primera vista, parecen distantes entre sí: el nazismo y América Latina en el siglo XXI. Para lograr el objetivo general, inicialmente se presentan discusiones teóricas de la literatura alemana sobre el uso del derecho con fines políticos; luego se describe el escenario latinoamericano, analizándose el Poder Judicial y el surgimiento del movimiento político de la “marea rosa”; finalmente, se analizan las destituciones de presidentes latinoamericanos alineados al movimiento de la “marea rosa”, que contaron con la participación activa de las cortes supremas.

La utilización del derecho con fines políticos: breve recorrido histórico

La manipulación normativa con fines políticos es retratada por Franz Neumann (2009), quien señala que la acción política manifiesta de los tribunales puede ser reconocida en el régimen nazi porque, en el centro de la contrarrevolución, surgió el *ethos* burocrático del Poder Judicial, que tuvo una función política suprema, esencial para que el régimen —ya denunciado como antidemocrático y violador de los derechos— lograra la consolidación y aplicación de las políticas fascistas del Tercer Reich. Es decir, se observa históricamente la cúspide de la justicia política, dejando un legado que no debería abandonarse si se tiene en cuenta el gran potencial que esta tiene para debilitar la democracia. Al convertirse en “política”, la justicia puede utilizarse para reforzar ciertos segmentos políticos a expensas de otros. Entonces, es vista con desprecio por aquellos a los que favorece,⁽³⁾ mientras genera odio y desesperación en aquellos a los que ataca (Neumann, 2009).

Al convertirse en “política”, la justicia puede utilizarse para potenciar segmentos políticos. Es necesario reconocer las disfunciones democráticas en las relaciones distorsionadas entre el derecho y la política, porque las posibilidades de pervertir la justicia con fines políticos están en todos los sistemas jurídicos. Después de todo, “el derecho es quizás la más perniciosa de todas las armas en las luchas políticas, precisamente por el halo que rodea a los conceptos de derecho y justicia” (Neumann, 2009: 21).

(3) “Aquellos a quienes favorece, en cambio, desarrollan un profundo desprecio por el valor mismo de la justicia; saben que puede ser comprada por los poderosos” (Neumann, 2009: 21).

Por su parte, en el ensayo *Justicia política: el uso del procedimiento legal para fines políticos* (1961), Otto Kirchheimer sostiene que la justicia política, presente en regímenes dictatoriales o en democracias, se manifiesta en el uso de procedimientos a primera vista legales, con el propósito de neutralizar la disidencia política a través de la eliminación de los oponentes políticos. En el mismo sentido que Neumann (2009), Kirchheimer analiza el uso de los procedimientos judiciales para lograr fines políticos. La justicia que actúa de este modo es denominada por Kirchheimer (1961) como "justicia política".

Un concepto conciso y categórico es el aludido por Marcelo Neves (2006) sobre la politización de la justicia. El autor dirige su análisis a los tribunales constitucionales. Afirma que, en la coyuntura de la politización de la justicia, los tribunales constitucionales están decidiendo, fundamentalmente, según criterios políticos. Las proximidades y egresos de la judicialización de la política y de la politización de la justicia pueden ser aprehendidos como modos de acción política del Poder Judicial. Bajo diferentes égidas, la politización de la justicia consistirá en la "actuación de una justicia política" (Víctor & Lima, 2017: 27).

La manipulación de la ley para aplicar determinaciones superiores, así como la maquinaria burocrática alemana, transformaron a los jueces, en su momento, en engranajes de la maquinaria nazi.⁽⁴⁾ En este contexto, Ingeborg Maus (2000: 197) expresa la incompatibilidad de una justicia que, en caso de no asignársele ningún tipo de legitimación, se degrada a "mero instrumento del aparato administrativo". El escenario máximo de usurpación y manipulación normativa con fines políticos se retrata y denuncia en *Behemoth: The Structure and Practice of National Socialism, 1933-1944*, una obra de Neumann (2009).

La politización de la justicia puede utilizarse como herramienta para romper o mantener el *statu quo*. La clara actuación política de los tribunales y los jueces puede verse en la República de Weimar, en el contexto alemán del ascenso y consolidación del régimen nazi. Franz Neumann señala cómo el uso de la ley por parte del régimen nazi, con gran fiabilidad y apoyo popular, fue un método para conseguir fines políticos: "Es imposible escapar a la conclusión de que la justicia política es la página más negra de la vida de la República Alemana. El arma judicial fue utilizada por la reacción con una intensidad cada vez mayor" (Neumann, 2009: 23).

El abuso de poder es una manifestación presente en la politización de la justicia, que se caracteriza por el uso de métodos esencialmente pertenecientes al ámbito político. Es decir, el uso de la justicia para hacer política es la cara más evidente de la justicia política. El producto de este mal uso de las atribuciones funcionales puede dar lugar a la creación de nuevas relaciones políticas y posiciones de poder y, en consecuencia, es capaz de dirigir el Poder Judicial al núcleo del sistema político. Los jueces constitucionales, cuando asumen esta postura política, sustituyen la voluntad de los órganos representativos por sus propias preferencias (Urbano, 2013).

(4) Se utiliza la "teoría del engranaje de la máquina" establecida por Hannah Arendt (2004), a través del mero segmento de la estructura –la máquina nazi–, sin cuestionar.

Este escenario también está relacionado con el *lawfare*. Empleado inicialmente para titular el derecho como estrategia con fines militares, Dunlap (2001) conjetura que el *lawfare* es el nuevo recurso de combate del siglo XXI. También otros alcances se le ha dado al término *lawfare* para designar formas conflagraciones políticas internacionales o nacionales (Kittrick, 2016). Es en este sentido que se encuentra la proximidad entre la politización de la justicia y el *lawfare*. Cristiano Z. Martins, Valeska T. Zanin Martins y Rafael Valim. (2019) destacan que este fenómeno, caracterizado por el uso de la ley para atacar enemigos políticos, se observa en las operaciones para “combatir” la corrupción que se han llevado a cabo en América Latina.

El papel político del Poder Judicial en América Latina

El protagonismo del Poder Judicial en cuestiones políticas, o en temas de fondo cuya repercusión es directa en el escenario político, se experimenta y evidencia en los países latinoamericanos. Las experiencias de las dictaduras militares estuvieron marcadas por la aplicabilidad de la “justicia” a favor del régimen. En un estudio comparativo entre Brasil, Chile y Argentina, Pereira (2010) destaca que las cercanías entre las acciones de los respectivos poderes judiciales de dichos países se explicitan en las manipulaciones del aparato judicial. El uso de las herramientas legales con fines políticos se hizo evidente en la mecánica procesal de los delitos políticos. Los tribunales fueron un medio eficaz para desmovilizar a los segmentos de la oposición, y fueron capaces de ejercer influencia en la distribución del poder político. La retórica legal de la normalidad fue un artificio para generar la impresión de legitimidad en la sociedad.

La reforma del Poder Judicial en los países de América Latina en la década del 90 formó parte de la agenda neoliberal. Prueba de ello fue la publicación de documentos de organismos internacionales, incluso financieros, que abordaban la necesidad de cambios institucionales en el Poder Judicial en América Latina debido a la incompatibilidad de la integración económica: así, en 1996, el Banco Mundial publicó el documento “El Sector Judicial en América Latina y el Caribe: Elementos para la Reforma”. Feitosa y Passos (2017) destacan que, en la década de 1990, la reforma del Poder Judicial brasileño ganó énfasis en la agenda política de forma concomitante con las propuestas del Banco Mundial, y Santos (2009) cuestiona los impactos de los intereses implícitos y explícitos de las organizaciones internacionales. La respuesta es que la “normalización” jurídica de la región tuvo como objetivo preparar a los países para el libre comercio.

Desde la década de 1980, los tribunales han jugado un papel político relevante en todos los países de América Latina. Esta incidencia no se limita a los países que restablecieron sus democracias: los cambios a favor de la independencia judicial se llevaron a cabo tanto en países que experimentaron transiciones democráticas en la década de 1980 como en otros Estados, como Colombia y Costa Rica, para fortalecer las democracias electorales en la década de 1990. Desde entonces, la participación del Poder Judicial en cuestiones políticas ha sido prominente en las democracias de la región (Sieder *et al.*, 2005).

Las constituciones vigentes en la región tienen una tendencia analítica, una configuración que permite que el Poder Judicial tenga un mayor protagonismo en diversas materias, en detrimento de los poderes representativos. Así, los tribunales constitucionales, como reguladores de las disposiciones constitucionales y responsables de sus interpretaciones han ganado énfasis en América Latina (Serrano, 2016).

El movimiento de redemocratización de finales de los años 70 en América Latina, en consonancia con las reformas políticas y económicas de la década siguiente, se caracterizó por la aparición de un nuevo momento de búsqueda de la democracia. La mayoría de los países gobernados por dictaduras experimentaron un proceso de neoliberalización y democratización. La ruptura con los gobiernos dictatoriales se produjo a través de la democratización, y las contiendas electorales dieron lugar, en gran medida, a gobiernos alineados con la reestructuración neoliberal (Cannon, 2016). El estado del arte considera que la predominancia de esta adopción de políticas fue producto de la expectativa de minimizar las crisis económicas; sin embargo, en el mediano plazo, en la mayoría de los países, hubo una adición de problemas económicos y sociales (Chodor, 2015). Así, en gran parte, las promesas derivadas del binomio "redemocratización - neoliberalismo" no se cumplieron.

Estas condiciones prepararon el terreno para la elección de gobiernos que pretendían romper con el sistema vigente, lo que atrajo votos y apoyo. En América Latina, especialmente en Sudamérica, se inauguró una nueva agenda política con las elecciones presidenciales de finales de los 90 y principios de los 2000. Este nuevo aire fue el resultado, entre otros factores, del descontento con las políticas de entonces.

Se utilizan múltiples terminologías para designar el ascenso y nombrar a estos gobiernos. Barry Cannon (2016; 2017) se basa en Norberto Bobbio (1995) para su caracterización de los gobiernos. Para diferenciar a la izquierda y la derecha, Bobbio utiliza como criterio el ideal de igualdad adoptado y sus respectivos intentos de promoverlo. A la vista de los índices de desigualdad en la región, Cannon (2016) considera adecuada esta tipología porque la preocupación central por combatir las desigualdades debería ser característica de los gobiernos de izquierda, con el desarrollo de políticas que "pretenden hacer más iguales a los desiguales" (Bobbio, 1995: 110) y que suelen implicar la intervención del Estado para reducirlas. La adopción de estas políticas tiende a favorecer a unas clases en detrimento de otras, la intervención del Estado se traduce en un mayor dominio del mercado y, por tanto, según Cannon (2017), en este escenario, no debe olvidarse el papel de las élites económicas ante el conflicto de intereses revertido por el mayor dominio del mercado.

La "marea rosa" es un nuevo momento o fenómeno político que describe el ascenso de los gobiernos de centro-izquierda y de izquierda en América Latina. El punto de partida fue 1998, año de la disputa por la presidencia de Venezuela y de la elección de Hugo Chávez. Posteriormente, se asistió a la tendencia de victorias electorales de gobiernos cuya agenda convergía en favor de la reducción de las desigualdades sociales, y de la aplicación de derechos y garantías para reparar los impactos sociales negativos deriva-

dos del libre funcionamiento del mercado. Así, los nuevos gobiernos se caracterizaron por ser críticos con la ortodoxia neoliberal (Cannon, 2016).

El protagonismo de los tribunales: el flujo y reflujo de la “marea rosa” y la destitución de los jefes de gobierno

El desafío a la hegemonía se tradujo en un “reflujo” de la “marea rosa”, que provocó el declive de los gobiernos e impulsó procesos de destitución presidencial con legalidad y legitimidad cuestionadas. Dada la relativa sincronía temporal y la delimitación geográfica, la “marea rosa” es un proceso sociopolítico único,⁽⁵⁾ con singularidades locales (Silva, 2015) que forman un nuevo momento político.⁽⁶⁾ En muchos países, las reformulaciones de las actuaciones estatales y políticas presentan “una amenaza considerable para el neoliberalismo y el poder de la élite que lo sustenta” (Cannon, 2016: 109).

Los acontecimientos significativos de la inestabilidad política han tenido eco en la esfera jurídica, superando los límites de los poderes ejecutivo y legislativo. El protagonismo contemporáneo y las relaciones históricas entre el Poder Judicial y la política, particularmente en América Latina en las últimas décadas, parecen “legitimar” la acción de los órganos judiciales sobre la política y la sociedad, ya sea avalando los acontecimientos o dando dirección a las disputas políticas (Chaloub & Lima, 2018). Cannon (2016) señala que, con vistas a retomar la política de apertura de mercados, la élite favorecida por dicha política pretende expulsar a los gobiernos que no adhieren a la lógica neoliberal. Toda vez que aquella élite incluye a importantes políticos y funcionarios de alto rango (Cannon, 2016), tal pretensión está vinculada con la tesis de autoconservación hegemónica de Hirsch (2004).

La peculiaridad de la relación de los países latinoamericanos con el Poder Judicial se apoya en la centralidad del *ethos* burocrático para interrumpir inconstitucionalmente – de manera directa–, o legitimar –de manera indirecta–, la interrupción de la normalidad democrática. En estas situaciones excepcionales, pero significativas, se recuerda la figura del soberano establecida por Carl Schmitt, ya que el Poder Judicial dispone de herramientas con potencial poder político capaces de suspender, incluso, el orden constitucional (Serrano, 2016). Los casos de inestabilidad presidencial en América Latina (Honduras, 2009; Paraguay, 2012; Brasil, 2016) son similares: los presidentes tenían agendas políticas alineadas con la “marea rosa” y sufrieron *impeachments* marcados por la actuación del Poder Judicial.

(5) El fenómeno de la llegada de los “nuevos gobiernos”, “gobiernos progressistas” o “gobiernos de izquierda” a los máximos puestos de representación democrática en los países latinoamericanos. También se adopta la expresión “giro a la izquierda” –y sus respectivas traducciones– (Cleary, 2006).

(6) Utilizando el materialismo histórico y las interpretaciones gramscianas, Chodor (2015) señala que el nuevo momento político en América Latina tiene como propósito ofrecer una alternativa en medio de la hegemonía estadounidense.

Pedro Serrano (2016) analiza la jurisdicción como fuente de excepción y destaca que esta está presente en las decisiones utilizadas con fines políticos como herramienta para deconstruir el derecho a través de la suspensión de la democracia o los derechos. Los casos de destitución de los presidentes⁽⁷⁾ de Honduras (2009) y Paraguay (2012) se aprecian como ejemplos de suspensión democrática mediante el aval del Poder Judicial a los actos políticos que provocaron las referidas interrupciones gubernamentales. La suspensión de la democracia que se verifica en América Latina está vinculada a la forma de combatir, mediante “actos formales”, el ascenso de los gobiernos de la “marea rosa”. Para Serrano (2016: 145), no pocas veces estas decisiones de interrupción democrática “contaron con un intenso apoyo de poderosos sectores de sus élites, que concurrieron a consolidar la excepción jurisdiccional”.

Las políticas de intervención estatal de los gobiernos de la “marea rosa” representaban una amenaza para el poder de las élites. Para Cannon (2017), a esa insatisfacción se responde a través de las redes de poder, desarrollando tres niveles de estrategias, que tanto pueden actuar de forma interconectada como complementaria: estrategia institucional, estrategia de movilización, y estrategia semiconstitucional o extraconstitucional. El objetivo de la estrategia semiconstitucional o extraconstitucional es destituir al gobierno utilizando métodos semiconstitucionales para dar al nuevo gobierno la apariencia de legitimidad. Las actividades que incluye esta estrategia son características de los golpes de Estado inteligentes, dado que se evidencia un intento de dar un barniz de institucionalidad y constitucionalidad a la destitución de gobiernos (Cannon, 2017).

Esta compleja estrategia abarca casi todas las redes de poder: intereses económicos, ideológicos y políticos. Los intereses políticos incluyen las instituciones estatales y su objetivo es revisar o paralizar los cambios económicos que afectan a los intereses hegemónicos (Cannon, 2017). Los derrocamientos presidenciales en América Latina, en países con una democracia relativamente consolidada, son vistos por Souza (2016) como producto de la acción política de las élites antidemocráticas, y –enfatisa el autor– su característica saliente es que no necesitan ocurrir con el apoyo de las fuerzas militares. El ejercicio real de la soberanía, desde la perspectiva schmittiana, puede verse en los casos de interrupción democrática y de superación del uso de la fuerza normativa a favor del poder político mediante la destitución de los presidentes elegidos.

Las destituciones de los presidentes Manuel Zelaya (Honduras, 2009), Fernando Lugo (Paraguay, 2012) y Dilma Rousseff (Brasil, 2018) demuestran la inestabilidad presidencial en América Latina, pero también tienen similitudes por tratarse de procesos contradictorios, marcados por la actuación del Poder Judicial, que dieron lugar a la destitución de los presidentes y tuvieron su legalidad cuestionada. Según Serrano (2016: 147), el fuero que funciona como fuente de excepción se aplica a dichos casos porque hubo, inconstituci-

(7) Es importante señalar que el ensayo *Autoritarismo y golpes de Estado en América Latina: un breve ensayo sobre la jurisdicción y la excepción*, de Pedro Serrano, fue publicado en 2016, año en que se produjo el *impeachment* de la expresidenta Dilma Rousseff, lo que justifica la ausencia de este caso.

onalmente, interrupción de democracias a través de la remoción de los jefes electos del Ejecutivo nacional, “por obra o con el apoyo de los respectivos tribunales supremos”.

En Honduras, Manuel Zelaya fue destituido y deportado por un proceso sumario, y por un requerimiento de la Corte Suprema de Justicia, se ordenó su detención. Boaventura de Sousa Santos, en 2010, reconocía el riesgo potencial para América Latina de lo sucedido en Honduras: para él, el golpe en Honduras fue un “ensayo para futuros golpes en otros países del continente” (2010: 55). En Paraguay, Fernando Lugo fue sometido a un proceso de destitución desarrollado en 48 horas, con 12 horas para que la defensa respondiera, lo que imposibilitó el derecho constitucional a una defensa completa. Con respecto al proceso de *impeachment* de Dilma Rousseff, el Tribunal Supremo, a través de la decisión del Argumento del Precepto Fundamental 378, “rompe con su propia tradición jurisprudencial, sin ninguna fundamentación sobre las razones de su cambio de orientación” (Lima, 2019: 291). La declaración surge del hecho de que la jurisprudencia en vigor, durante casi 25 años –desde el Mandado de Segurança 21.689, presentado por Fernando Collor– permitió la posible participación del STF en la revisión de la decisión del Senado Federal.

Pérez-Liñan (2007), en el ensayo *El Impeachment presidencial y la nueva inestabilidad política en América Latina*, observa que las élites civiles latinoamericanas pudieron defender sus intereses y resolver sus disputas a través de mecanismos constitucionales, sin que se produjera una ruptura estructural constitucional y/o normativa. La forma de excepción de la suspensión democrática se encuentra en América Latina y se caracteriza por ser un fenómeno que posee un vínculo como forma de combatir, a partir de “actos formales”, el surgimiento de los gobiernos de la “marea rosa”. Pues no pocas veces estas decisiones de interrupción democrática “contaron con un intenso apoyo de poderosos sectores de sus élites, que concurren a consolidar la excepción jurisdiccional” (Serrano, 2016: 111).

Observaciones finales

La compleja relación entre derecho y política, y su significado práctico en la actuación del Poder Judicial, especialmente en los tribunales constitucionales, en casos eminentemente políticos, no es nueva para la historia constitucional comparada. Se ha observado que los actores jurídicos tienen atribuciones capaces de convertirse en recursos hábiles en los escenarios políticos.

Entender el Poder Judicial como una institución política no implica abandonar los valores democráticos y la seguridad jurídica, pero sí reconocer que el Poder Judicial y sus miembros no son ajenos a los sistemas políticos y económicos hegemónicos. Desde una perspectiva histórica, el uso del derecho con fines políticos está presente en los regímenes dictatoriales, pero no es ajeno a los Estados con democracias consolidadas.

En la construcción de la literatura especializada hay indicios de diferentes terminologías para designar el uso de mecanismos legales para objetivos políticos, especialmente, para hacer frente a las oposiciones políticas. La expresión “justicia política” desarrollada por

Otto Kirchheimer y el término "politización de la justicia" utilizado por el estado del arte apuntan a señalar la sustitución de elementos jurídicos por elementos extrajurídicos, especialmente políticos, en las deliberaciones del Poder Judicial. El *lawfare* se fue adoptando progresivamente para designar las situaciones retratadas por la justicia política y la politización de la justicia, pero hace hincapié en que dicha "justicia" se utiliza a favor de las persecuciones o del debilitamiento de determinados grupos políticos u opositores políticos.

Las divergencias semánticas van más allá de la perspectiva teórica: el *lawfare* adquiere nuevos contornos y no se limita a cuestiones militares. Y, en lo que respecta al contexto latinoamericano, el término señala el *modus operandi*: la proclama de combatir la corrupción se utiliza como una cortina de humo para ocultar el real objetivo.

El posible lugar central que tuvieron las élites en los casos más recientes de destituciones presidenciales exitosas, y el ocaso de los gobiernos de la "marea rosa", con el potencial participativo de la jurisdicción constitucional, dan lugar a la pregunta: ¿cómo han actuado las Cortes Supremas, como ejercieron su lugar político, respecto del ocaso de los gobiernos del fenómeno de la "marea rosa" y los procesos de destitución de titulares del Poder Ejecutivo Nacional? Las lecturas previas sobre el tema y las referencias que apoyan esta investigación conducen a la presentación de la siguiente tesis: bajo la cortina de humo de la burocracia jurídica racional, los tribunales supremos salvaguardan un poder que, en potencia, es capaz de influir en la destitución de los jefes del Poder Ejecutivo elegidos democráticamente. El vínculo entre las élites políticas, económicas y jurídicas se manifiesta en los casos ocurridos en Honduras, Paraguay y Brasil, y su objetivo fue la autopreservación hegemónica, para la que utilizaron estrategias no convencionales: los golpes de Estado inteligentes.

El papel desempeñado por los tribunales supremos en América Latina demuestra que el *ethos* burocrático y el halo de "justicia" son herramientas potenciales para la destitución de grupos políticos y/o presidentes elegidos democráticamente. El reconocimiento de la presencia de este lugar político que ocupan los tribunales supremos queda demostrado por los vínculos entre las decisiones o acciones judiciales que desencadenan repercusiones políticas y democráticas.

Referencias

- Arendt, H. (2004). *Responsabilidad y juicio*. Companhia das Letras.
- Barreto Lima, M. (2013). Constituição Federal, democracia e golpes no Brasil: um dilema ainda não resolvido. En Arantes, Aldo, et al. *¿Por qué se ataca la democracia y la Constitución?* Lumem Juris.
- Bercovici, G. (2004). Constitución y política: una relación difícil. *Lua Nova*, (61).
- Bobbio, N. (2015). *Derecha e izquierda: razones y significados de una distinción política*. Unesp.
- Cannon, B. (2016). *La derecha en América Latina: poder de las élites, hegemonía y lucha por el Estado*. Routledge.
- (2017). Golpes, "golpes inteligentes" y elecciones: estrategias de poder de la derecha en un contexto de hegemonía de la izquierda. *Desarrollo en Discusión*, 5.

- Cappelletti, M.** (1993). *Jueces legislativos*. Fabris.
- Chaloub, J. & Lima, P. L.** (2016). Los juristas políticos y sus convicciones: hacia una anatomía del componente jurídico del golpe de Estado de 2016 en Brasil. *Revista de Ciências Sociais*, 49(1).
- Chodor, T.** (2015). *La hegemonía neoliberal y la marea rosa en América Latina: ¿Romper con TINA?* Palgrave Macmillan.
- da Silva, F.** (2015). De la ola rosa a la era progresista: la hora de la verdad. *Revista Sures*, 1.
- dos Santos, A.** (2009). El Banco Mundial y la agenda de reforma judicial latinoamericana: un breve análisis del binomio retórica-acción. *Relações Internacionais no Mundo Atual*, 2(8).
- Dunlap Jr, C.** (2001). *Law and military interventions: preserving humanitarian values in 21st conflicts. Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference Carr Center for Human Rights Policy.* Kennedy School of Government, Harvard University.
- Feitosa, G. & Passos, D.** (2017). El concurso público y las nuevas competencias para el ejercicio de la judicatura: un análisis del actual modelo de selección. *Seqüência. Estudos Jurídicos e Políticos*, 38(76).
- Hirschl, R.** (2004). *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism.* Harvard University Press.
- Kirchheimer, O.** (1961). *Political justice: the use of legal procedure for political ends.* Princeton University Press.
- Kittrie, O.** (2016). *Lawfare: Law as a weapon of war.* Oxford University Press.
- Martins, C.; Zanin Martins, V. & Valim, R.** (2019). *Lawfare: an introduction.* Editora Contracorrente.
- Maus, I.** (2000). El poder judicial como superego de la sociedad: el papel de la actividad jurisprudencial en la "sociedad huérfana. *Novos estudos CEBRAP*, 58.
- Neumann, F.** (2009). *Behemoth: The Structure and Practice of National Socialism, 1933-1944.* Oxford University Press.
- Neves, M.** (1994). *La constitucionalización simbólica.* Editorial Académica.
- Pereira, A.** (2010). *Ditadura e Repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e no Argentina.* Paz e Terra.
- Pérez-Liñán, A.** (2007). *Presidential impeachment and the new political instability in Latin America.* Cambridge University Press.
- Santos, B. de S.** (2010). *Refundación del Estado en América Latina: Perspectivas desde una epistemología del Sur.* Instituto Internacional de Derecho y Sociedad.
- Serrano, P.** (2016). *Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdiccional e exceção.* Alameda Casa Editorial.
- Sieder, R.; Schjolden, L. & Angell, A.** (2005). Introducción. En S Sieder, Schjolden & Angell, *The judicialization of politics in Latin America.* Palgrave Macmillan.
- Souza, A.** (2016). ¿Un nuevo modelo de destitución o la relectura de viejas prácticas? Reflexiones sobre la inestabilidad presidencial contemporánea en América Latina. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 113(1).
- Urbano, M. B.** (2013). Deambulações teóricas em torno da justiça política. En F. A. Correia et al. (Orgs.), *Estudos em homenagem a Antônio Barbosa de Melo.* Almedina.
- Victor, M. & Lima, M.** (2019). La justicia política en el Brasil contemporáneo: decisiones del Supremo Tribunal Federal (2015-2017) a la luz del caso Weimar. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, 35(1).

Mesa 4

Lawfare y tendencias regulatorias neoliberales

Lourdes Compagnucci - Gustavo Coppini - Daniel Ballistreri

Constanza Gigena - Lucas Cisafulli - Cristina Emilce García Lucero

Rômulo Monteiro Garzillo - Gabriel Guratti do Nascimento

Gustavo Coppini - Lourdes Compagnucci - Leticia Lorenzo

LOURDES COMPAGNUCCI - GUSTAVO COPPINI - DANIEL BALLISTRERI

- CONSTANZA GIGENA - LUCAS CISAFULLI -

CRISTINA EMILCE GARCÍA LUCERO

La justicia penal como un actor político relevante en la región

Introducción

El 11 de septiembre de 1973 la acción militar conjunta de las Fuerzas Armadas de Chile, derrocó violentamente al presidente Salvador Allende e instaló un gobierno de facto a cargo del comandante en jefe del ejército, Augusto Pinochet y la junta que presidió. A partir de este acontecimiento, fundamental para abordar el neoliberalismo, se genera el emplazamiento coyuntural que permitirá luego un amplio e intenso proceso de experimentación regulatoria neoliberal en América latina y otras partes del mundo occidental (Brenner, et. al, 2010).

La operación militar desplegada, sumada a una rápida y feroz represión y persecución de integrantes y militantes del gobierno socialista, permitió a la junta militar desplegar un fuerte proceso de reestructuración regulatoria basada en modelos de libre mercado. Solo mediante la conmoción, confusión interna y represión fue posible incorporar las políticas antipopulares que caracterizan este periodo (Kleim, 2012⁽¹⁾).

Cuatro décadas más tarde, el paisaje latinoamericano vuelve poblarse de gobiernos neoliberales que llevan la misma impronta en materia de política económica y social: ajuste fiscal, reducción del Estado, pérdida de la soberanía económica frente a organismos internacionales de crédito y mega endeudamiento, entre otras características de esta tendencia regulatoria que ya habíamos experimentado, y que continúan profundizando la tremenda desigualdad social que caracteriza nuestra región. Pero a diferencia de su precedente, las condiciones que habilitaron esta nueva fase histórica del proceso regulatorio neoliberal en el sur, no se lograron a través de una acción militar, si no por medio de un nuevo dispositivo: el *lawfare*.

(1) Klein, Naomi. La doctrina del shock. El auge del capitalismo del desastre. Paidós, 1ra. Ed. Argentina. 2008. pp. 23-46.

El uso de la justicia penal como mecanismo de acción política ha sido la carta principal que utilizaron las fuerzas conservadoras para acceder al poder o sostener políticamente decisiones sumamente antipopulares. Desde el impeachment sobre Dilma Ruseff, que habilita el ascenso de Temer a la presidencia de Brasil, o la proscripción política de Lula Da Silva a través del encarcelamiento preventivo dictado por el controvertido juez Moro, sin el cual sería difícil de imaginar la presidencia actual de Jair Bolsonaro, hasta los múltiples procesos penales iniciados y sostenidos en contra de la expresidenta Cristina Fernández durante el gobierno de Mauricio Macri, desarrollando una red judicial que involucraba, no solo a la justicia federal, sino también a la agencia nacional de inteligencia y sectores de las fuerzas de seguridad.

El golpe contra Evo Morales en octubre de 2019, dejó bien claro que los procesos neoliberales no han renunciado completamente a la utilización de la violencia para instalar gobiernos más aplicados a la disciplina del mercado. Sin embargo, en la historia reciente de Argentina y Brasil al menos, el *lawfare* se posicionó como un dispositivo sumamente eficaz a la hora de perpetrar y consolidar estos cambios de gobierno. En todos los casos penales que hemos referenciado, se observa un **desplazamiento en la contienda política, que va de los poderes representativos hacia el campo de la justicia penal**, con una supermediatización de estos “casos de corrupción” y en ocasiones un claro intento de judicialización (criminalización) de decisiones de política pública. En la Argentina, las articulaciones entre sectores de la justicia federal, los medios más importantes y los servicios de inteligencia quedaron a la vista⁽²⁾.

Frente a este escenario, el problema más importante que enfrentamos como sociedad, es la normalización de este modo de operar en el sistema político local y regional. La efectividad del dispositivo del *lawfare* para conseguir objetivos políticos a cualquier escala, ha quedado acreditada a través de cualquiera de los casos que enunciamos más arriba. Los resortes institucionales que deberían prevenir, impedir establecer algún tipo de responsabilidad para los actores y las instituciones implicadas no aparecen.

Esta breve ponencia, es una derivación revisada de un trabajo que iniciamos a finales de 2019, y que es necesario revisar a fondo, a partir de las nuevas formas de regulación neoliberal que se han ido consolidando y profundizado a partir de la pandemia.

En una primera parte, se resumen los aspectos centrales de uno de los casos emblemáticos de *lawfare* de la historia latinoamericana más reciente: **la causa del dólar futuro**. La idea es poner de relieve algunos puntos de contacto entre el caso penal y el acontecimiento político o la serie de acontecimientos que determinaron un cambio de dirección, en el rumbo político nacional y regional. Debido a nuestra formación de base, el análisis hace pie en los aspectos jurídicos e institucionales que se ponen en juego en a través del caso judicial mediatizado. Precisamente, a partir de los puntos de conexión temporal entre pro-

(2) www.nuestrasvoces.com.ar/investigaciones/el-fin-del-lawfare/

ceso penal, tratamiento mediático del caso y acontecimientos políticos vinculados, emergen otras dimensiones del *lawfare* que se desmarcan del análisis jurídico.

En la segunda parte del trabajo, y hasta las conclusiones, intentaremos poner de relieve o señalar un elemento central del dispositivo que enfrentamos: la información. Nuestra hipótesis es que el *lawfare* posee una dimensión informacional que es probablemente su característica más importante y preocupante. Tomando en cuenta los enfoques que caracterizan el *lawfare* como un dispositivo de guerra no convencional que opera en la “zona gris” (Raggio), es posible identificar sus características principales entre las que se destaca la manipulación de la información; información en muchos sentidos, tanto como insumo para la construcción de la verdad procesal, en el marco de los sistemas judiciales en donde se activa el dispositivo, como la información del caso desplegada por los medios (mass media), redes y dispositivos informáticos. Lo que intentamos dejar señalado, es que el *lawfare* en sí mismo se nos presenta como un dispositivo de producción y distribución de información, que opera a diferentes escalas y que produce profundos efectos sociales y políticos que favorecen el proceso regulatorio neoliberal a nivel regional.

Lo que pone en evidencia este fenómeno, y esto lo dejamos apenas señalado, es el ascenso de un nuevo sistema de regulación de alcance mundial y el ascenso de **la información como insumo fundamental** para una panoplia de tecnologías que configuran un dispositivo de gobernanza algorítmica de alcance global (Rodríguez, 2018). Desde luego, no contamos todavía con las herramientas y con la capacidad analítica para dar cuenta de este fenómeno. Pero apostamos a llamar la atención sobre este punto, buscando generar una discusión ampliada sobre los alcances del *lawfare*; una discusión que no se detenga tan solo en los aspectos vinculados a la interpretación de la ley o sobre los niveles de adecuación de nuestras normas procesales al marco normativo constitucional.

La causa del dólar futuro

En la actualidad existe un importante volumen de estudios sobre *lawfare*, y por suerte, el tema despierta cada vez más el interés de investigadoras de toda la región. Sin lugar a dudas, se trata de un dispositivo complejo con aspectos o matices que admiten lecturas en diferentes escalas. El objetivo de este apartado es precisamente, poner de manifiesto algunos de esos matices a partir de un caso paradigmático del ámbito local: la causa dólar futuro. Si bien es un caso radicado en la justicia federal argentina, del mismo se pueden extraer conclusiones válidas para analizar la justicia federal brasileña y de toda la región.

Entre el 30/10/2015 y el 09/06/2021, en la justicia federal argentina se desarrolló un proceso judicial conocido mediáticamente como “causa dólar futuro”. Fueron necesarios 5 años, 7 meses, y 7 días para dar cierre definitivo a un caso que concluyó con una declaración de inexistencia de delito. Como trataremos de poner de relieve, la dinámica

del caso penal se vincula directamente con una serie de acontecimientos políticos de suma relevancia para el futuro del país y de la región.

El 25 de octubre de 2015, en la Argentina, se llevaron a cabo las elecciones presidenciales en las que resultó ganadora, con el 37,08%, la fórmula oficialista del Frente de Todos. En segundo lugar se ubicó, con el 34,15%, la alianza Cambiemos encabezada por Mauricio Macri. Con este resultado, el sistema electoral argentino obliga a realizar una segunda vuelta para decidir entre los dos candidatos que habían quedado en primer y segundo lugar (balotaje).

Precisamente, cinco días después de que se votará en primera vuelta, y en el inicio del proceso de definición del balotaje, los diputados de la alianza Cambiemos, Federico Pinedo y Mario Negri presentaron la denuncia penal⁽³⁾ que dio origen a la causa dólar futuro.

La denuncia se basó en un supuesto abuso o exceso de las competencias y atribuciones conferidas legalmente a las autoridades que integraban entonces el Banco Central de la República Argentina (en adelante BCRA). Si bien hubo varios acusados, el objetivo principal era sentar la sospecha de defraudación al Estado sobre la figura de la entonces presidenta de la nación, Cristina Fernández de Kirchner. Es decir, generaron de la nada una causa de corrupción, que rápidamente, sin que nadie entienda bien en que se basaba la denuncia, fue irradiada por los medios de comunicación y promocionada como un hecho probado.

Es difícil cuantificar el impacto político de la causa de dólar futuro sobre las elecciones presidenciales del 2015, pero lo cierto es que el 25 de noviembre de ese año en la segunda vuelta, y a menos de un mes de presentada la denuncia se impuso la fórmula de Cambiemos (Macri-Michetti) por una diferencia mínima. Seis días después de la asunción presidencial, el nuevo gobierno eliminó abruptamente las restricciones bancarias vigentes hasta el momento provocando una devaluación monetaria superior al 30%. Esta medida, tomada a menos de 2 meses de presentada la denuncia, favoreció la construcción de un discurso en torno a la dimensión del supuesto perjuicio al Banco Central. De esta forma, y en poco más de un año se desarrolló la investigación y se solicitó la realización del juicio oral y público en contra de las personas acusadas.

Durante la etapa de investigación se negó la realización de una medida probatoria fundamental: la pericia contable. Bajo el argumento de que la misma podía realizarse en la etapa procesal siguiente, el caso continuó avanzando sin esta medida de prueba indispensable para este tipo de acusaciones. Ese estudio se ordenó en agosto de 2019 y culminó un año después, afirmando que los balances del BCRA habían dado ganancias en 2015 y 2016. Así, esa prueba fue determinante para que la sentencia final reconociera que no existía delito que justificara la existencia de un caso penal.

Finalmente, en junio del 2021, el caso quedó definitivamente cerrado, después de que la Cámara Federal de Casación rechazara el recurso que el Ministerio Público Fiscal

(3) El texto completo de la denuncia se puede consultar en: https://drive.google.com/file/d/0BzQUku9vP-MaLU0J6R3o5M010MFE/view?resourcekey=0-n5bL_ud0l2h-k6J_RuU69w

interpuso en contra del sobreseimiento que liberó de responsabilidad penal a todas y todos los acusados⁽⁴⁾. A continuación puede verse un resumen con los principales eventos en el desarrollo del caso.

CAUSA DOLAR FUTURO



(4) Se puede acceder a la sentencia a través de la página www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/04/fallos89009.pdf

Desde luego, es factible abrir un debate acerca de las condiciones legales y procesales en que se despliega la lucha contra la corrupción a partir de determinadas estructuras judiciales. Sin embargo, una breve exposición cronológica de los hitos procesales, políticos y comunicacionales de ese caso, pone de relieve las distintas dimensiones desde donde se puede abordar el fenómeno del *lawfare*.

En primer lugar, en este caso se puede observar claramente la combinación entre una agresiva estrategia mediática, que incluyó la atribución periodística de responsabilidades⁽⁵⁾, y las decisiones judiciales tendientes a mostrar avances en la causa. Es notable que la reivindicación del sistema de justicia aparece como tardía, porque un sobreseimiento que llega cinco años después no borra el rastro y los efectos producidos por la difusión mediática. Adicionalmente la difusión de las decisiones de corte desincriminatorio no tiene la misma amplitud que aquellos titulares contruidos para dar por sentada la existencia del hecho, la magnitud de los supuestos daños al Estado y la responsabilidad de quienes estaban involucrados. Por caso, una búsqueda en Google del texto "Causa dólar futuro" arroja 1,160,000 resultados, mientras que el mismo motor de búsqueda ante la expresión "Sobreseimiento causa dólar futuro", arroja 44,800 resultados.

En segundo término, la retórica en que se disemina la información es característica del tipo de maniobras que cuadran en el *lawfare*, se trataba de un nuevo caso de corrupción que implicaría al gobierno. Como señala Boaventura de Sousa Santos (2009), la lucha contra la corrupción es el argumento principal, en todo el mundo, que caracteriza los procesos de politización de las estructuras judiciales. Como señala este autor, la estructuras judiciales de la mayoría de los países occidentales vienen atravesando un proceso de politización que fue pasando por diversos estadios hasta llegar al momento actual del capitalismo, donde esa politización se define a partir de la lucha contra la corrupción.

No pretendemos de ninguna forma agotar el tema, es un problema endémico en la región y sensibiliza a grandes sectores de la población. Según el informe de Latinobarómetro del 2018, el problema de la corrupción aparece en el cuarto lugar de los problemas de mayor relevancia en los países latinoamericanos, junto con la situación política y después de la delincuencia, el desempleo y la economía. Incluso en algunos países, como Brasil, se encuentra en primer lugar. Esto también lo vuelve un tema de inigualable potencia para el despliegue de operaciones mediáticas. En la causa de dólar futuro, era factible acceder desde un primer momento a una gran cantidad de evidencia que deja al descubierto las inconsistencias de aquella denuncia, sin embargo, la noticia de un nuevo hecho de corrupción en el gobierno ya estaba sentada. Se trató de un claro caso de judicialización de decisiones políticas que contó con la complicidad de la politización de la justicia.

(5) Por ejemplo: www.lanacion.com.ar/economia/cuanto-dinero-perdio-el-estado-con-la-venta-de-dolar-futuro-nid1998391/

Sin dudas, con el correr de los años, contamos con la ventaja de poder analizar la cronología y el desenlace de estas causas, y aparece cada vez más evidencia sobre la manipulación de ley procesal y sustantiva que conlleva esas operaciones. Pero al mismo tiempo, es preciso situar el impacto político en su tiempo. En lo que respecta a la función del sistema judicial frente a este tipo de denuncias, se abren varios interrogantes. Desde los estándares probatorios hasta el grado de convicción exigido en cada etapa; ¿qué garantías ofrece un sistema que permite avanzar etapas sin realizar una prueba que se reconoce dirimente para el caso?. En general, es preciso realizar al interior de los sistemas judiciales, y particularmente de la justicia federal, una fuerte introspección institucional sobre el grado de desarrollo de nuestro sistema de garantías: ¿Pueden los procesos penales seguir durando lo que duran? ¿Quién debe responder frente al uso abusivo de los sistemas de justicia penal? Podríamos seguir con un extenso relato sobre la evidente manipulación del sistema penal, pero basta por el momento con remitirse al colofón de la sentencia de sobreseimiento dictada por la Sala I, de la Cámara Nacional de Casación Penal, suscrita por los jueces Daniel Antonio Petrone, Diego G. Barroetaveña y la jueza Ana María Figueroa:

El Poder Judicial en todo Estado de Derecho tiene la obligación constitucional y de derecho interno de entender y poner fin a contiendas, como en el presente caso sometido a control jurisdiccional, que se han mantenido a través del tiempo, produciendo incertidumbre entre los justiciables y creando desconcierto entre la comunidad jurídica, cuando ante la atipicidad de un delito denunciado, se persiste en continuar sometido a proceso a personas con la imposición de medidas cautelares que dañan su vida, patrimonio y honor. La vigencia de la Constitución Nacional, la igualdad ante la ley, el respeto al debido proceso y su resolución en tiempo oportuno, son los pilares que sostienen a toda sociedad democrática y consolidan la credibilidad de la justicia.

El fenómeno del *lawfare* nos obliga a posar la mirada sobre el sistema de garantías vigente. Este sigue siendo un aspecto por demás relevante en la construcción de un sistema democrático de justicia, pero tal vez hoy ya no sea el aspecto central del problema. Si observamos la trayectoria del caso dólar futuro, su evidente vinculación con el proceso electoral que estaba en curso, resulta difícil no pensar también en otros eventos que se dieron en Brasil, y que habilitaron la destitución de la presidenta Dilma Russef o el encarcelamiento de un líder de la talla de Lula Da Silva.

El sistema de justicia federal, y en general, todo el sistema penal argentino requiere de una profunda revisión en tanto se vuelve cada vez más palpable su falta de adecuación al marco de referencia constitucional. Sin embargo, también se hace cada vez más evidente que el verdadero poder del *lawfare* se pone de manifiesto en la **capacidad de irradiar y distribuir esa información** a través de las corporaciones mediáticas y la manipulación de redes sociales. Allí reside la potencia del dispositivo, y su capacidad de incidir en el curso de la política local e internacional. El neoliberalismo latinoamericano ha sabido explotar este dispositivo en aquellos países donde no fue posible operar con medios violentos.

Derecho penal y gobernanza algorítmica. La hipótesis cibernética

En una definición bastante difundida se presenta al *lawfare* (Dunlap, 2011) como un método de guerra que consiste en el uso del derecho como medio para lograr un objetivo militar. Este concepto aparece por primera vez en el 2001, en un artículo publicado por el militar estadounidense Charles Dunlap acerca de la manipulación del derecho internacional en contextos bélicos. No se trata de un concepto académico sino lisa y llanamente de un señalamiento fáctico que se sitúa en el contexto de la discusión política. En esa dirección, Barros Filho (2017) destaca las siguientes características de este fenómeno: la manipulación del sistema legal; dar una apariencia de legalidad por persecución política; abuso del derecho a dañar y deslegitimar al oponente; promoción de acciones legales para desacreditar al oponente; intentar influir en la opinión pública; uso del sistema judicial para obtener publicidad negativa u opresiva; judicialización de la política; la ley como instrumento

para conectar medios y fines políticos; la promoción de la desilusión popular; el uso del derecho como manera de avergonzar y castigar al oponente; acusación de acciones enemigas como inmorales e ilegales para frustrar objetivos contrarios; etc.

Sin embargo, como señalamos antes, **el aspecto central de una operación de *lawfare*, no pasa por los aspectos jurídico-penales, sino por la capacidad de manipular la información.** En el caso de dólar futuro, con el diario de hoy se pueden sacar un montón de conclusiones respecto a los usos y abusos del sistema de justicia penal federal, sin embargo, la estrategia desplegada fue sumamente eficaz, tanto en su aporte a la estrategia electoral de Cambiemos así como para el control político de la oposición en los años posteriores.

La presidencia de Mauricio Macri en la Argentina, o de Jair Bolsonaro en Brasil, probablemente fue facilitada por la intervención de jueces como Bonadío o Moro. Y si bien es importante discutir los aspectos judiciales y normativos que habilitan este tipo de decisiones u operaciones judiciales, más importante aún es poner de relieve los aspectos que las conectan con los cambios regulatorios de orden mundial.

Como señalamos antes, es factible encuadrar los acontecimientos que determinaron la destitución de Dilam Rusef, en encarcelamiento de Lula Da Silva o el asedio judicial sobre Cristina Fernandez de Kirchner, como la construcción del emplazamiento coyuntural que será determinante para un proceso regulatorio neoliberal de alcance regional (Brenner, 2010)⁽⁶⁾. Utilizando esta idea, trazamos un paralelismo con el golpe militar en Chile. En este caso, el emplazamiento coyuntural requirió de una operación militar violenta y feroz, comandada por Pinochet, y digitada por la CIA (Kleim, 2012). Mientras

(6) Brenner, Neil, Peck, Jamie y Theodore, Nik (2010). 97 ¿Y después de la neoliberalización? Estrategias metodológicas para la investigación de las transformaciones regulatorias contemporáneas, en Revista Globalizations, volumen N°. 7, N°3.

que durante el proceso neoliberal más reciente, la estrategia fue construida a partir de la serie de procesos judiciales que desencadenaron cambios de gobierno a escala regional. En ambos casos, el objetivo de fondo era el mismo; instalar un cambio regulatorio a escala regional, orientado en los parámetros del mercado con severas consecuencias económicas, sociales y culturales para toda la región.

Durante las últimas décadas la naturaleza de los conflictos ha experimentado una transformación radical (Raggio, 2019), especialmente después del final de la guerra fría, pudiéndose constatar que los clásicos enfrentamientos armados de carácter interestatal han desaparecido prácticamente de la escena internacional, viéndose sustituidos por conflictos armados de carácter interno en los cuales los actores no estatales han alcanzado un protagonismo esencial. Uno de los factores fundamentales, que define el cambio de las estrategias bélicas, deriva del exponencial incremento tecnológico de redes de telecomunicaciones y de digitalización. Según este autor, el cambio tecnológico operado a escala mundial, ha sido determinante en los nuevos medios y métodos de guerra no convencionales, entre los que se encuentra el recurso al terrorismo, los ataques cibernéticos, la propaganda, la manipulación de la información, la guerra informativa, los ataques al sistema económico o financiero o el *lawfare*. Estos métodos, operan en lo que se ha denominado, la “zona gris”⁽⁷⁾ para referirse a una serie de dinámicas por medio de las cuales diferentes actores utilizan en su propio beneficio las lagunas e indefiniciones que presenta el ordenamiento jurídico internacional para lograr así la consecución de unos determinados fines de carácter estratégico.

Precisamente, uno de los campos de batalla más importantes en los que se libra la lucha contra las amenazas de zona gris es el de **la información**, ya que el sujeto que promueve las mismas trata de imponer una “narrativa” que resulta afín a sus intereses, en la que los canales de información tradicionales y, especialmente, los más recientes, cumplen un papel esencial. De este modo, el contenido sustancial pasa muchas veces a un segundo plano, siendo la exposición mediática donde reside el poder político del *lawfare*. En 2016, durante el proceso de destitución de Dilma Rousseff como presidenta del Brasil, la mayoría de la opinión pública creyó que era acusada por corrupción, cuando en los hechos fue acusada de utilizar un procedimiento contable utilizado por presidentes anteriores. Es notable el paralelismo con la causa de dólar futuro, en donde lo que fue encuadrado mediáticamente como un “caso de corrupción”, no era más que el ejercicio de una atribución del Directorio del Banco Central, legítima, apropiada y autónoma. Es decir, ni siquiera habían intervenido la entonces presidenta o el ministro de economía de la Argentina. Es notable, también, la capacidad de las burocracias judiciales para dilatar en el tiempo el manto de incertidumbre que pesa sobre las personas que son objetivo de una persecución penal; esto es algo que los medios no pueden hacer por sí mismos.

(7) Raggio, Mario Lanz, El conflicto en las sombras: aspectos generales y elementos jurídicos de las operaciones en la zona gris. Cuadernos de estrategia, ISSN 1697-6924, N.º. 201, 2019, ISBN 9788490914441, págs. 17-56 accesible en: dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7230258

Al fin de cuentas, el *lawfare* parece ser un dispositivo bélico que combina las actuales tecnologías de la información, con las vetustas tecnologías del proceso penal.

De todas formas, el concepto fundamental que se pone en juego tras el *lawfare* es la posibilidad de construir -a través de un amplio tejido institucional- la posverdad y el poder de instalarla a través del control de medios y redes. Según la Real Academia Española, la posverdad es la distorsión deliberada de una realidad, que manipula creencias y emociones con el fin de influir en la opinión pública y en actitudes sociales. Guadalupe Nogués (2018:16), a través de otros ejemplos, advierte:

El uso más frecuente que se le da a la palabra posverdad está asociado a la política. Se habló mucho de la política de la posverdad en el contexto del referéndum sobre la permanencia del Reino Unido en la Unión Europea (Brexit) y en el de las elecciones presidenciales en Estados Unidos que terminaron con Donald Trump en la Casa Blanca. En ambos casos, las campañas electorales de quienes ganaron se apoyaron en algunos datos que luego quedó claro que eran falsos, como que el Reino Unido ahorraría dinero si se separaba de la Unión Europea, o bien en frases vagas como “hagamos grande a Estados Unidos otra vez”.

Como vemos, el elemento fundamental que subyace, es informacional. De allí que permanecer en el ámbito de las discusiones de dogmática penal, o de las reformas institucionales de corto alcance, nos puede terminar llevando a un error de diagnóstico.

Desde luego, la construcción de información que pueden producir los Tribunales es fundamental para el sistema democrático. Los sistemas judiciales cumplen funciones simbólicas que comprometen a todo el sistema social. Pero el entramado institucional que subyace tras el dispositivo de *lawfare*, es mucho más amplio que la justicia; la construcción de un caso penal en el ámbito de los tribunales es apenas el feedback de un proceso comunicativo mucho más amplio y extenso.

Cómo describe Pablo Rodríguez, el concepto de feedback, el retorno, eso que tanto se utiliza hoy en la jerga corriente, fue elaborado por un matemático y teórico informacional llamado Norbert Wiener; alguien que fue muy perseguido cuando Estados Unidos estaba atravesado la paranoia anticomunista. El concepto de feedback fue lo que le permitió a Wiener ofrecer una explicación sobre cómo funcionan las telecomunicaciones y cómo se expresa la existencia de esos estados internos que crean los mensajes, que no son otra cosa que la transformación de algo que entra en algo que sale. Delimitando a la vez, la idea de “procesamiento de información”. También fue el autor de un concepto que se utiliza cada vez más en la actualidad, el de **cibernética**⁽⁸⁾: “Ciencia que estudia la comunicación y el control en animales, hombres y máquinas”, como reza su definición.

(8) “En realidad, Wiener, al postular la constitución de la cibernética, intentó unificar un campo de investigaciones que surgió en la inmediata posguerra en lo que se conoce como las *conferencias Macy*. Participaron de ellas psicólogos, programadores, sociólogos, matemáticos, ingenieros, antropólogos, economistas, fisiólogos y neurólogos...El eje a partir del cual estos científicos construyeron las analo-

La palabra cibernética deriva del vocablo kuvernetes, que significa el piloto, el que guía y comanda. Se trata de una ciencia de gobierno que puso en marcha un complejo tecnológico centrado en la información que sienta las bases para las sociedades de control (Deleuze 1999). El campo de estudios de la información, y los estudios de cibernética en particular, constituyen sin duda un buen ámbito para comenzar construir teorías explicativas acerca del *lawfare* y sus implicancias para la teoría democrática. Desde una perspectiva tal, válidamente podríamos observar al sistema de justicia actual como un entramado institucional que supera ampliamente la escala nacional, sin perjuicio de su alcance específico en otras escalas. Un entramado que se puede articular perfectamente para la conducción de un proceso regulatorio neoliberal en los términos que propone Brenner (2010). Habilitando sin demasiadas previsiones ni consecuencias, el tipo de maniobras que desplazaron, desplazan o buscan desplazar, las intervenciones de la población a través de los escasos procesos participativos que siguen vigentes. Pensamos que a esto último se refiere Wendy Brown, cuando dice que en la neoliberalización se produce una ampliación de la judicatura.

Conclusiones

En una primera aproximación al fenómeno (Compagnucci, 2020), nos detuvimos en aspectos vinculados al sistema judicial y la teoría democrática. Desde ese lugar, postulamos la necesidad de encontrar nuevas formas de participación de la ciudadanía en las decisiones judiciales. Buscar y discutir mecanismos verdaderamente amplios de participación ciudadana, para evitar este tipo de vulneraciones al sistema de garantías penales o en definitiva, a todo el marco de referencia constitucional.

En esa oportunidad, señalamos algunas de las tensiones existentes entre la politización de la justicia (Boaventura, 2009) y los diversos procesos de neoliberalización que se vienen dando en Argentina y Brasil. Postulamos la relación entre los conceptos de emplazamiento coyuntural y procesos regulatorios neoliberales (Brenner, 2010). En particular, a partir de la idea de emplazamiento regulatorio, buscamos puntos de conexión entre los acontecimientos políticos judiciales que marcaron la década de 2010-2020 en América Latina, con el golpe militar de 1973 en Chile. Después de esa publicación, y cuando comenzamos a pensar que el proceso regulatorio neoliberal podía entrar en un *impasse*, vino la pandemia. A partir de entonces, aumentaron exponencialmente las posibilidades de pilotear el devenir de nuestras democracias a través de la *gobernanza algorítmica* (Rodríguez, 2018).

gías entre lo técnico, lo humano y lo social ya fue mencionado: la transformación de toda realidad en una entidad comunicacional, que consiste en un dispositivo de entrada, otro de salida y entre ellos un estado interno. Dicha entidad puede ser comprendida según el esquema del emisor, el receptor y el mensaje, unidos por un código y un canal. " (Rodríguez, Pablo, Historia de la información, pág. 42, Ed. Capital Intelectual, Buenos Aires, 2020)

La fuerte digitalización social que trajo la pandemia, implica un empoderamiento inédito de la capacidad informacional de algunos sectores, potenciando la convergencia entre capacidad de concentración de medios y plataformas a escala mundial. En la Argentina, como sabemos, el consumo informativo a nivel nacional está concentrado en pocas manos. Solamente el grupo Clarín, controla el 25% de ese consumo, y este porcentaje además varía en favor de esa empresa, al interior de cada una de las provincias que distribuyen la información del grupo⁽⁹⁾. En simultáneo, las redes de información pública tienen un peso menor, en relación a la capacidad de integración de multimedios, que constituyen las autopistas de información que administran estas empresas. En ese escenario, es difícil imaginar que las burocracias judiciales, tal cual las conocemos, puedan engendrar las reformas institucionales que sean necesarias para asegurar un estándar adecuado de protección de derechos. Después de todo, si algo estructural y culturalmente luego de más de 150 años no funciona, pues no habrá que replicar ni aumentar aquello que ha fracasado (Lorenzo, 2021).

La situación requiere de un debate tan amplio como urgente, que sea capaz de orientar la búsqueda de nuevas formas de participación de la ciudadanía en las decisiones judiciales. Las reformas que puedan surgir de este verdadero punto de inflexión al que están llegando las burocracias judiciales, deben ir mucho más allá del ámbito academicista. No podemos darnos el lujo, hoy, de abrir una discusión tan relevante sólo para expandir el poder y los privilegios que hoy detentan estas instituciones, con el único objeto de variar un poco la correlación de fuerzas actuales. No hay margen para este tipo de gatopardismo.

Además, la controversia al interior de los sistemas judiciales nos concierne a todos, como señala Isabelle Stengers (2014): *la arena política está poblada por las sombras de los que no tienen, no pueden tener, o no quieren tener voz política*. De allí que es imposible reducir este debate al ámbito tribunalicio y academicista. No existe la posibilidad de crear un espacio fuera de la política, donde las elecciones concretas que representan el núcleo de las políticas públicas puedan decidirse desde una perspectiva exclusivamente técnica, sin necesidad de habilitar un amplio y complejo debate con los sectores sociales implicados.

También es imprescindible encontrar formas de indagación más amplias para debatir los cambios históricos y contemporáneos en la política estatal de gestión del conflicto. Fundamentalmente, debemos desarrollar la capacidad de explicar esas políticas públicas sobre la base de sus funciones sustantivas. Esto es lo que Claus Offe (1990) propone como punto fundamental de partida, para una investigación sustantiva de las estructuras estatales, que de ninguna forma puede reducirse al establecimiento de categorías formales de procedimiento. Por ejemplo, sobre la base de las normas procesa-

(9) <http://argentina.mom-rsf.org/es/propietarios/grupos-mediaticos/>

les reguladas en un Código o en la jurisprudencia de cualquier tribunal. Justamente, la crítica de Offe le apunta a las categorías formales derivadas de la teoría política liberal que informan a las burocracias judiciales actuales y que se imponen en la teoría política y en disciplinas conexas como derecho constitucional y teoría de la administración. El problema de este tipo de argumentaciones formales, es que tienden a desentenderse de los resultados reales, o sustantivos⁽¹⁰⁾, cuando lo que debemos buscar como punto de partida de una teoría superadora del Estado, son precisamente las funciones sustantivas que despliegan las instituciones, por oposición a las proposiciones formales. Evidentemente no veremos un cambio sustantivo si lo que vamos a discutir son categorías formales, un mero reordenamiento doméstico o el incremento de las partidas que se destinan a la burocracia de la justicia federal. Las posibilidades de avanzar en una democratización robusta de la justicia y en el desarrollo de nuevas y más accesibles formas de regular los conflictos de la comunidad, es uno de los mayores desafíos que deben asumir las democracias latinoamericanas.

Referencias

- Compagnucci, Lourdes y Coppini, Gustavo** (2020). *Poder judicial y procesos de neoliberalización en: Estado y neoliberalización en la Argentina contemporánea: transformaciones regulatorias y reconfiguración de los problemas públicos*, Moreira Slepoy, Coord., pág 71 a 92, publicado por la FCS de la UNC. ISBN: 978-950-33-1605-4
- Brenner, J.; Peck, J. y Theodore, N.** (2011). ¿Y después de la neoliberalización? Estrategias metodológicas para la investigación de las transformaciones regulatorias contemporáneas. *Urban*, (1), 21-40 (Madrid, España: Departamento de Urbanística y Ordenación del Territorio - Escuela Técnica Superior de Arquitectura de Madrid - Universidad Politécnica de Madrid).
- Brown, W.** (2016). *El pueblo sin atributos. La secreta revolución del neoliberalismo*. Madrid, España: Malpaso.
- Deleuze, Gilles** (1999). Posdata sobre las sociedades de control. En Ferrer, Christian (comp). *El lenguaje literario. Antología del pensamiento anarquista contemporáneo*. Buenos Aires, Altamira.
- DUNLAP, C. J.** (2001) "Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Century Conflicts". Carr Center for Human Rights.
- Lorenzo, Leticia.** Menos burocracia de poderes y más gestión del conflicto, nota publicada el 23 de Octubre del 2021, en el Diario Digital Rio Negro, accesible: www.rionegro.com.ar/menos-burocracia-de-poderes-y-mas-gestion-del-conflicto-2007226/
- Nogués, Guadalupe** (2018). *Pensar con otros*. 1° Edición. Editorial Abre. Buenos Aires.

(10) Señala OFFE (1990) "El concepto metodológico de democracia, preparado por Weber y aplicado más tarde por Schumpeter, ha convertido su trabajo en árbitro supremo de la teoría liberal democrática y pluralista; como dice Weber, la democracia es un mecanismo "técnico-estatal" singularmente eficaz para producir orden, pero la teoría no puede predecir ninguno de sus resultados. Esta forma de argumentación -que primero pone el contenido como contingente...y luego prescinde de él teóricamente- prevalece también en disciplinas conexas como derecho constitucional y teoría de la administración" (p.73-76).

- Offe, Claus** (1998) *Contradicciones en el Estado de Bienestar*. Edición de Jhon Keane, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes. Primera edición 1988. Primera edición en idioma español: 1990. Alianza Editorial S.A. México
- Ramio, Carles** (2017). *La Administración pública del futuro (Horizonte 2050)*. Ed. Tecnos, Barcelona.
- Rodríguez, Pablo E.** (2018). *Gubernamentalidad algorítmica*. Sobre las formas de subjetivación en la sociedad de los metadatos, Editorial Barda; General Roca.
- Rodríguez, Pablo** (2020). *Historia de la información*, Ed. Capital Intelectual, Buenos Aires.
- Sousa Santos** (2009). *Boaventura de. Sociología Jurídica Crítica*. Editorial Trotta. Madrid.
- Stengers, Isabelle** (2014), *La propuesta cosmopolítica en REVISTA PLÉYADE 14 / ISSN: 0718-655X / JULIO-DICIEMBRE 2014*.
- Zizek, Slavoj** (2020). *Pandemia*, Editorial Anagrama, Barcelona.

RÔMULO MONTEIRO GARZILLO* - GABRIEL GURATTI DO NASCIMENTO**

***Lawfare* e mecanismos de proteção do estado democrático de direito brasileiro: análise do projeto de lei 2108/2021**

Introdução

Aos 10 de agosto de 2021, a Lei nº 7170/1983 –popularmente conhecida como Lei de Segurança Nacional– foi revogada no Senado brasileiro, a partir da aprovação do Projeto de Lei nº 2108/2021, que define crimes contra o Estado Democrático de Direito. Em síntese, a nova lei visa a proteger a ordem jurídica estabelecida pela Constituição de 1988 de golpes e ataques antidemocráticos. Além disso, ela tem como finalidade substituir a antiga Lei de Segurança Nacional –promulgada na época do regime ditatorial militar brasileiro–, utilizada, muitas vezes, para a perseguição de inimigos políticos, prática concebida como *Lawfare*.

Em que pese o aparente avanço civilizatório, fato é que o Brasil vem sofrendo, diuturnamente, um desgaste de seu sistema democrático por meio de mecanismos legais. Segundo Rafael Valim, este desgaste –que ocorre a partir do uso do próprio Direito como meio de perseguição de inimigos políticos– recebe o nome de *Lawfare*. Nesse sentido, a presente pesquisa justifica-se pela importância do debate acerca da proteção do Estado Democrático de Direito brasileiro, o qual se encontra sob constante ameaça.

Diante de tantos fatos, o presente artigo propõe um olhar crítico sobre o novo texto legislativo em questão, visando compreender sua eficácia na proteção do regime jurídico brasileiro, bem como seus eventuais defeitos e omissões. Como método, o presente estudo utilizará o conceito de *Lawfare* desenvolvido pelos professores Rafael Valim,

(*) Advogado, mestre em Filosofia do Direito pela PUC-SP e professor de Direito Constitucional pela Faculdade Nove de Julho. E-mail: romulogarzillo.adv@outlook.com

(**) Advogado e pós-graduado em Direito Processual Civil pela PUC-SP. E-mail: gabrielguratti12@gmail.com

Cristiano Zanin e Valeska Martins, bem como fará uma análise dogmática dos textos do Projeto de Lei nº 2108/2021 e da Lei de Segurança Nacional, a fim de realizar os objetivos acima traçados.

Com efeito, o primeiro capítulo trabalhará questões de ordem terminológica, procurando definir conceitos importantes para o desenvolvimento do artigo, tais como Estado Democrático de Direito, Estado de exceção e o próprio *Lawfare*. Nesta etapa, haverá preocupação em localizar os conceitos historicamente, diferenciá-los e determinar a relação entre seus elementos constitutivos.

Numa segunda etapa, o artigo abordará a atual crise na democracia contemporânea, tema que tem sido desenvolvido por uma série de acadêmicos ao redor do mundo. Conforme será demonstrado nesta parte, a crise da atual democracia difere dos fenômenos autoritários típicos do século XX, razão pela qual o conceito de *Lawfare* será útil para elucidar os problemas atuais. No final deste capítulo, elucidaremos os efeitos da crise democrática no Brasil, bem como o uso antidemocrático, via *Lawfare*, de um de seus instrumentos legais, a Lei de Segurança Nacional.

No terceiro capítulo, partindo-se dos conceitos explorados até então, nos debruçaremos sobre a análise do Projeto de Lei nº 2108/2021, transformado em Lei nº 14.197/21, para o fim de verificar sobretudo a sua efetividade para o fim a que se propôs, qual seja, a proteção ao Estado Democrático de Direito, caminhando, enfim, às conclusões no tocante à efetividade e segurança da estratégia de proteção das instituições democráticas por meio do direito penal, sob o risco de criação de novos mecanismos de *Lawfare*.

Premissas terminológicas: Estado democrático de direito, estado de exceção e *lawfare*

Antes de iniciarmos a análise da crise democrática brasileira e da possível superação da Lei de Segurança Nacional pelo Projeto de Lei nº 2.108/2021, é indispensável uma breve apresentação dos conceitos utilizados ao longo do artigo, com destaque para o conceito de *Lawfare*. Trata-se, pois, do estabelecimento das premissas terminológicas fundamentais para a compreensão dos elementos que dão suporte conceitual ao texto.

De início, passemos à análise do conceito de “Estado de Direito”. Em que pesem as inúmeras definições possíveis, oriundas de diferentes áreas do conhecimento (filosofia política, ciência política, sociologia, teoria do Estado), apresentaremos a definição de Estado de Direito conforme as lições de Simone Goyard-Fabre. Segundo a autora, o Estado de Direito se caracteriza pela submissão do poder político ao Direito (Goyard-Fabre, 2000:18).

Em outras palavras, no Estado de Direito, o poder político encontra-se limitado e refém da força normativa do texto constitucional. Assim, é possível afirmar que o “Estado de

Direito” é formado pelo Direito, por normas jurídicas que dão substância à Constituição. Em interessante metáfora do jurista argentino Raúl Zaffaroni, é possível descrever o Estado de Direito como um “invólucro legal” que mantém em seu núcleo, preso em seu interior, o Estado de Polícia que, por seu turno, nunca cessaria de pulsar e de fugir das amarras normativas da Constituição (Zaffaroni, 2011:169).

De todo o modo, é possível verificar que a figura do Estado de Direito, formado, limitado e descentralizado por normas jurídicas, opõe-se ao chamado “Estado autoritário”, cujo poder encontra-se absolutamente centralizado nas mãos de uma única autoridade, bem como alheio aos limites impostos pelo poder político. Trata-se, o Estado autoritário, de típica ditadura, que, em sua feição moderna, pode ser exemplificado através dos violentos regimes da primeira metade do século XX, como o fascismo, o nazismo e o stalinismo.

Sob uma perspectiva jurídica, o Estado autoritário também pode ser chamado de Estado de exceção, uma vez que nele o Direito é quem se torna refém do poder político. Clássica é a definição de Carl Schmitt – conhecido jurista autoritário da primeira metade do século XX – para quem o Estado de exceção nada mais seria do que o resultado da suspensão das normas constitucionais por decisão do soberano, para fins de aniquilamento físico de seus inimigos políticos (Schmitt, 2006: 7; Agamben, 2004: 58).

Em outras palavras, o Estado de exceção seria o tipo de Estado em que o poder político prevalece em relação ao texto constitucional, de modo que as vontades políticas do soberano encontram-se livres para agir, sem qualquer interferência de direitos fundamentais.

Assim, logo após a subida de Hitler ao poder, o Terceiro Reich nazista suspendeu a Constituição de Weimar (1918), através do *Decreto de Incêndio do Reichstag* e da *Lei Plenipotenciária*, consolidando a ditadura nazista nos primeiros meses de 1933 (Evans, 2014: 31).

Vale ressaltar que a Constituição de Weimar jamais fora formalmente revogada durante os anos mais sangrentos do regime autoritário de Hitler, bastando que sua eficácia estivesse suspensa e refém das forças políticas daquele regime político (Arendt, 2012: 532).

Semelhante ao Estado de exceção é o conceito de *Lawfare*. Enquanto o conceito de Estado de exceção possui raiz europeia, o conceito de *Lawfare* remonta à cultura jurídica norte-americana. O conceito de *Lawfare* vem da união das palavras *law* (Direito) e *warfare* (guerra). Explicam Rafael Valim, Cristiano Martins e Valeska Martins, que um dos primeiros registros do termo vem de um artigo publicado em 1975 por John Carlson e Neville Yeomans (Zanin Martins; Zanin Martins; Valim, 2019: np).

Contudo, o termo *Lawfare* foi de fato introduzido no debate jurídico em novembro de 2001, a partir do escrito *Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values*

in *21st Century Conflicts*, de Charles Dunlap, um general aposentado da Força Aérea norte-americana. Segundo Rafael Valim, Cristiano Martins e Valeska Martins, o conceito *Lawfare* pode ser definido como o uso estratégico do direito para fins de combate do inimigo (Zanin Martins; Zanin Martins; Valim, 2019: np).

Da definição supra, é possível notar a semelhança do *Lawfare* com o conceito de Estado de exceção, na medida em que, em ambos os casos, (i) o Direito se torna refém da força e não seu limitador e (ii) a subversão do Direito tem como finalidade a eliminação da figura do inimigo político. Mesmo que Rafael Valim, Cristiano Martins e Valeska Martins defendam a diferença entre os conceitos de *Lawfare* e Estado de exceção, entendemos que, para além das diferenças de origem de tais conceitos, ambos tratam de uma mesma realidade, qual seja, a subversão do Direito para fins de eliminação da figura do inimigo do Estado.

De todo o modo, fato é que o *Lawfare* está intimamente ligado ao uso estratégico e justificado do Direito como uma arma, ou seja, como subversão do próprio Direito. Por essa razão é possível verificar que o estudo deste conceito ganha importância na realidade atual, na medida em que os claros rompimentos do Estado de Direito, comuns no século XX, ficaram pra trás, de modo que assistimos a uma lenta degeneração –estratégica e justificada– das democracias ao redor do mundo, o que ficará mais claro no próximo capítulo (Serrano, 2016: 168).

Ademais, Rafael, Cristiano e Valeska afirmam que o *Lawfare* é, em si mesmo, contraditório ao próprio Direito. Isso porque, “o manejo da violência do Direito como meio para impor a vontade a determinado inimigo é a própria negação do Direito ou dos direitos” (Zanin Martins; Zanin Martins; Valim, 2019: np).

Os autores afirmam ainda que:

“(...) em outro dizer, o uso do Direito como *instrumento de guerra é uma radical contradição*. Podemos afirmar, por conseguinte, que o *lawfare* traduz um completo esvaziamento do Direito e, nessa medida, não configura uma categoria neutra, que ora pode ser empregada para fins louváveis, ora para fins reprováveis. *Lawfare*, em nosso entender, *sempre terá caráter negativo*, um fenômeno que sepulta o Direito” (Zanin Martins; Zanin Martins; Valim, 2019).

Com base em tais conclusões no campo teórico, Rafael, Cristiano e Valeska realizaram um amplo estudo empírico sobre a utilização do *Lawfare* no âmbito das condenações ilegais sofridas pelo ex-presidente Lula, no âmbito da Operação Lava Jato. Para eles, “o cerco judicial imposto ao ex-presidente Lula no âmbito do que se chamou ‘Operação Lava Jato’ é um dos mais claros exemplos atuais da prática do *lawfare* para fins políticos, geopolíticos e comerciais” (Zanin Martins; Zanin Martins; Valim, 2019: np).

A relação entre o *Lawfare*, direito penal e direito processual penal é inegável, na medida em que representam o *jus puniendi* estatal. Ora, é através do processo penal que cada

acusado será (ou não) punido de acordo com o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a presunção de inocência e outras garantias constitucionais, criadas para preservar a liberdade individual, regular e limitar o poder punitivo estatal. Não obstante, fundamental é o tema em torno da figura do “inimigo” no direito penal. Isso porque, o direito penal geralmente é utilizado, como afirma Zaffaroni:

“[...] o poder punitivo sempre discriminou os seres humanos e lhes conferiu um tratamento punitivo que não correspondia à condição de pessoas, dado que os considerava apenas como *entes perigosos ou daninhos*. Esses seres humanos são assinalados como inimigos da sociedade e, por conseguinte, a eles é negado o direito de terem suas infrações sancionadas dentro dos limites do direito penal liberal, isto é, das garantias que hoje o direito internacional dos direitos humanos estabelece universal e regionalmente”. (Zaffaroni, 2011: 11).

Portanto, é indispensável a análise do *Lawfare* sob o ponto de vista penal, sobretudo no que tange à criação de tipos penais amplos, abstratos, os quais permitem ao intérprete uma ampla e perigosa possibilidade hermenêutica. Mais grave ainda é a hipótese das leis emergenciais que criam tipos penais para a proteção do próprio Estado. Nesta hipótese, a criação de tipos penais de combate a inimigos do Estado tem potencial autoritário, podendo ser utilizadas de maneira estratégica para repressões políticas, ideológicas, culturais e sociais.

Nos dias atuais, o *Lawfare* vem ganhando espaço, já que o autoritarismo não se manifesta mais, como no século XX, a partir de claros rompimentos institucionais. Devido às barreiras criadas no pós-guerra - como o fortalecimento de Tribunais Constitucionais no mundo ocidental -, movimentos autoritários têm encontrado dificuldades em criar Estados de exceção clássicos, ao modelo de Schmitt, onde as constituições eram suspensas *in toto* (Schmitt, 2006: 8).

Vivemos, portanto, em um novo momento do autoritarismo, que vem se manifestando de forma camuflada, líquida e oculta. Neste novo cenário, o *Lawfare* ganha cada vez mais espaço, conforme veremos a seguir.

O desgaste das democracias do pós-guerra: como o *lawfare* está matando as democracias no século xxi?

No capítulo anterior, fizemos uma análise terminológica de uma série de conceitos e, para tanto, utilizamos os exemplos das ditaduras que marcaram a primeira metade do século XX, como é o caso do Terceiro *Reich*. Em tais casos, é possível observar uma cristalina e violenta ruptura da ordem jurídica pelo poder político, o que ocorria através de golpes e ditaduras que se davam à luz do dia.

Ocorre que, como já mencionado, o fim da Segunda Guerra Mundial trouxe ao mundo ocidental um novo modelo constitucional, marcado pelo (i) implemento de textos normativos mais rígidos e de difícil alteração; (ii) posituação dos direitos fundamentais; (iii)

criação de Tribunais Constitucionais, como é o caso do Tribunal Constitucional Alemão, (iv) pela proteção dos Direitos Humanos, por meio de acordos internacionais e pela criação de organismos supranacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU). A razão de ser dessa nova realidade era impedir o retorno dos regimes autoritários que haviam varrido o mundo até 1945 (Schioppa, 2014: 436-476).

Nesse sentido, é possível afirmar que a Europa dos 1960 e 1970 foi marcada, de forma geral, por um período de consolidação da democracia constitucional e de um sólido crescimento econômico (Hobsbawm, 1995: 253-282).

Entretanto, é necessário destacar que este mesmo avanço democrático demorou para chegar na América Latina, que neste mesmo período conviveu com violentas ditaduras militares. No Brasil, por exemplo, o Ato Institucional nº 5 suspendeu os direitos fundamentais da Constituição de 1968, de forma análoga ao mencionado decreto nazista.

De todo o modo, a onda de redemocratização também causou impactos positivos nos países latino-americanos, o que se deu pelos processos de redemocratização na Bolívia (1982), Argentina (1983), Uruguai (1984), Brasil (1985) e Chile (1988). No caso do Brasil, a redemocratização foi consolidada com a promulgação da Constituição de 1988, a mais democrática constituição da história daquele país. Com efeito, a estrutura do texto constitucional da Carta de 1988 decorre dos modelos constitucionais do pós-guerra, apresentando (i) vasto rol de direitos e garantias fundamentais; (ii) diretrizes sociais de implementação e superação das desigualdades sociais e regionais; (iii) um sistema rígido de alteração de normas constitucionais, com a expressa vedação de supressão de certos direitos (cláusulas pétreas) e (iv) um sistema de controle de constitucionalidade robusto, com direta influência do judicial review norte-americano e do controle concentrado austríaco. Porém, apesar do aludido avanço democrático, fato é que diversos autores pelo mundo vêm apontando para um desgaste desse novo modelo constitucional, o que certamente acabou ganhando força com o uso das redes sociais. Nesse sentido é o posicionamento do professor Yascha Mounk:

“Na Europa Ocidental, os partidos que sistematicamente atacam as normas democráticas fundamentais continuam a subir nas pesquisas. Pelo mundo todo, do Egito à Tailândia, experimentos democráticos novos foram aniquilados e as democracias existentes degeneraram em ditadura. Pela primeira vez em décadas, a Freedom House — que mede a abrangência do governo democrático no mundo — registrou mais países se afastando da democracia do que caminhando para ela” (Mounk, 2019: 127).

Por sua vez, a cientista política brasileira, Ilona Szabó, aponta que este fenômeno advém tanto de posicionamentos ligados ao campo da direita como da esquerda, espalhando-se pelo mundo inteiro, seja pela Europa Ocidental, Sul e Sudeste asiáticos, Estados Unidos, Brasil, Índia, Polônia, Rússia, Filipinas, Hungria e Venezuela. Segundo a autora, “nesses lugares, as respectivas organizações da sociedade civil, imprensa e instituições científicas e acadêmicas têm se tornado alvo de ataques como parte de uma estratégia explícita de mobilização política” (Szabó, 2020: 25).

Para o jurista brasileiro Pedro Serrano, o enfraquecimento dos sistemas democráticos contemporâneos levou ao surgimento de um novo tipo de autoritarismo, denominado por ele como “autoritarismo líquido”. Segundo o autor, o “autoritarismo líquido” não se opera a partir de declarados Estados de exceção, mas por “medidas de exceção”. Isto é, por medidas autoritárias isoladas que, apesar de sua aparência fraudulenta de legalidade, suspendem direitos e esvaziam o conteúdo das democracias (Garzillo, 2019: 361-379).

Seguindo a mesma lógica, os professores de Harvard, Steven Levitsky e Daniel Ziblatt ratificam o processo de pulverização homeopática que a democracia norte-americana vem sofrendo na última década. Segundo os autores, “a erosão da democracia acontece de maneira gradativa, muitas vezes com pequeníssimos passos”, de modo que “as iniciativas governamentais para subverter a democracia costumam ter um verniz de legalidade” (Levitsky; Ziblatt, 2018: 81).

Como afirmamos, os impactos à democracia também decorrem de um uso estratégico dos meios de comunicação possibilitados pela internet. Assim, assistimos a um período em que impera o autoritarismo digital, em que *malwares* sofisticados, guerrilhas digitais e o uso arbitrário de dados pessoais tem ameaçado democracias inteiras.

No Brasil, a crise democrática teve início datado a partir das manifestações de julho de 2013 e encontra atualmente seu apogeu com Jair Messias Bolsonaro, presidente da república de ideias claramente neofascistas. A utilização do *Lawfare* ocorreu em larga escala no Brasil, seja no procedimento de *impeachment* de Dilma Rousseff, na Operação Lava Jato, durante a pandemia de Covid-19, a partir de normas que permitem a manipulação de dados pessoais da população civil, através de decretos que flexibilizam os direitos ambientais.

Não obstante, uma das formas crescentes do autoritarismo brasileiro, que ocorre por meio do *Lawfare*, se dá pelo uso arbitrário da Lei de Segurança Nacional. Como veremos com mais profundidade no próximo capítulo, a Lei de Segurança Nacional foi uma lei criada para fins de proteção do Estado brasileira, criada em tempos de ditadura militar. Sua utilização foi marcada pelo uso abusivo do *Lawfare*, na medida em que a lei em questão era usada, de forma estratégica, para a perseguição de indivíduos políticos. Não obstante, é evidente que a Lei de Segurança Nacional restava incompatível com a Constituição Federal de 1988, cujos valores democráticos são completamente avessos a violações a direitos fundamentais, bem como à prática do *Lawfare*.

Conforme veremos no próximo capítulo, a Lei de Segurança Nacional foi apenas recentemente revogada pelo Projeto de Lei nº 2108/2021. A intenção da substituição legal era, a princípio, oferecer um novo aparato legal de proteção ao Estado de Direito que, por seu turno, não estivesse axiologicamente ligada ao antigo regime ditatorial brasileiro. Entretanto, a fim de cumprir os objetivos do presente trabalho, faremos uma análise

aprofundada com o intuito de verificarmos se a nova legislação também não pode abrir margens à inconstitucional e antidemocrática prática do *Lawfare*.

Análise do projeto de lei 2108/2021 sob a ótica da efetividade da proteção ao estado democrático de direito

Aos 10 de agosto de 2021, a Lei 7170/1983, popularmente conhecida como Lei de Segurança Nacional, foi revogada no Senado brasileiro, a partir da aprovação do Projeto de Lei nº 2108/2021⁽¹⁾, oriundo do Projeto de Lei 2462/91, do ex-deputado e jurista Hélio Bicudo, que define crimes contra o Estado Democrático de Direito.

Em apertada síntese, a nova lei visa a proteger a ordem jurídica estabelecida pela Constituição de 1988 de eventuais golpes e ataques de viés antidemocrático. Além disso, ela tem como finalidade substituir a antiga Lei de Segurança Nacional –promulgada na época do regime ditatorial militar brasileiro–, utilizada, muitas vezes, para a perseguição de inimigos políticos, prática concebida como *Lawfare*.

Com efeito, o papel da nova norma que protege o Estado Democrático de Direito brasileiro é, por um lado, preservar a ordem constitucional e, por outro, assegurar que essa proteção não se transforme em abuso de direitos. É nessa toada que a nova lei de proteção ao Estado Democrático de Direito brasileiro determina, a fim de preservar as liberdades individuais da sociedade civil, que:

“Não constitui crime previsto neste Título a manifestação crítica aos poderes constitucionais nem a atividade jornalística ou a reivindicação de direitos e garantias constitucionais por meio de passeatas, de reuniões, de greves, de aglomerações ou de qualquer outra forma de manifestação política com propósitos sociais”.⁽²⁾

Nesse sentido, passaremos a analisar as propostas do Projeto de Lei nº 2108/2021 sob a ótica da efetividade de seus dispositivos para a proteção do Estado Democrático de Direito brasileiro, sobretudo quando este se encontra diuturnamente ameaçado, ainda que de maneira “não violenta” e de formas aparentemente legais, como ocorre com as milícias digitais⁽³⁾, a disseminação de *fake news*⁽⁴⁾ ou até mesmo por ameaças veladas de golpe, como aquelas realizadas pelo atual Presidente da República, Jair Bolsonaro⁽⁵⁾.

(1) Numeração recebida no Senado Federal.

(2) Artigo 359-T do PL 2108/2021.

(3) Disponível em: <https://www.google.com/amp/s/g1.globo.com/google/amp/politica/noticia/2021/08/13/entenda-o-inquerito-da-milicia-digital-aberto-pela-policia-federal.ghtml>. Acesso em 14.10.2021.

(4) Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53003097>. Acesso em 14.10.2021.

(5) Disponível em: <https://www.google.com/amp/s/www.nytimes.com/2020/06/10/world/americas/bolsonaro-coup-coronavirus-brazil.amp.html>. Acesso em 14.10.2021.

Inicialmente, imperioso destacar que é incontestável a urgência da revogação da Lei de Segurança Nacional, mesmo que tardiamente, assim como a intenção de fortalecer a proteção ao Estado Democrático de Direito e suas instituições, notadamente após período de graves ameaças e ataques efetivos à sua solidez.

Ressalte-se que a “Lei de Segurança Nacional” (Lei nº 7170/83) foi editada em período ditatorial da história brasileira, no governo de João Figueiredo, com intuito de versar sobre os chamados crimes de segurança nacional, de modo que a sua manutenção após a promulgação da Constituição Federal de 1988 – e respectiva consolidação de um Estado Democrático de Direito – representou a sobrevivência de um Estado autoritário, revestido, porém, de legalidade formal.

Como um breve panorama histórico sobre a disciplina da chamada segurança nacional no Brasil, compartilhamos as palavras de Luís Roberto Barroso, Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro:

“Bem antes do desenvolvido de uma específica doutrina, a locução segurança nacional já era parte integrante do direito constitucional brasileiro. A Constituição de 1934, por exemplo, a ela dedicava o seu Título VI, voltado, todavia, predominantemente, para questões afetas à segurança externa e às Forças Armadas. Foi sob a égide desta Carta que surgiu a Lei no 38, de 4 de abril de 1935, editada após a denominada Intentona Comunista, e que deu início à tipificação, em lei especial, dos crimes contra a segurança nacional, seguida de outros textos legislativos. Após o colapso da ordem constitucional, em 1964, foi editado o Decreto-Lei no 314, de 13/3/1967, primeira lei de segurança nacional do novo regime, editada com base no Ato Institucional no 2. Veio em substituição à Lei no 1802, de 1953, que definia os crimes contra a ordem política e social. O Decreto-Lei no 314/67, por sua vez, foi substituído pelo Decreto no 898, de 21/9/1969, texto que procurava definir figuras estranhas, como guerra psicológica adversa, fazia menção a conceitos enigmáticos, como pressões antagônicas, criminalizava a greve nos serviços públicos e nas atividades essenciais, bem como a propaganda subversiva, dentre outras singularidades. Sobrevieram a Lei no 6620, de 17/12/1978, aprovada por decurso de prazo no final do governo do General Ernesto Geisel, e, finalmente, a Lei nº 7170, de 14/12/1983.” (Barroso, 2003: 71-79)

Isto posto, verifica-se ainda que, no período de transição ao regime democrático, já se apontava a inadequação da vigência da referida legislação com a abertura política a partir de 1985. A esse respeito, uma Comissão especial presidida por Evandro Lins e Silva e composta por René Ariel Dotti, Nilo Batista e Antonio Evaristo de Moraes Filho apresentou anteprojeto da “Lei de Defesa do Estado Democrático”, destacando especialmente que:

“o abandono da doutrina da segurança nacional atende não só aos nefastos efeitos por ela produzidos em sua aplicação prática, alta repressividade, estímulo ao confronto entre grupos políticos, cerceamento de liberdades-públicas, notadamente de manifestação de pensamento e imprensa, reiteradas violações a direitos humanos fundamentais, mas,

principalmente, à sua insuficiência para promover eficazmente a proteção do Estado de Direito Democrático, a cujas premissas, em certas instâncias, se opõe cabalmente”⁽⁶⁾.

O elevado grau de subjetividade e a excessiva indeterminação dos tipos penais previstos como crimes de segurança nacional carregam em si o autoritarismo denunciado por juristas e cientistas políticos há tempos, conferindo margem para arbitrariedades e supressão inadequada de direitos fundamentais, tais como a liberdade de expressão, evidenciando o já examinado fenômeno do *Lawfare*.

Diante disso, destacamos que, ao revogar a Lei de Segurança Nacional, o Projeto de Lei nº 2108/2021 já cumpriu relevante papel na defesa da segurança jurídica, retirando do ordenamento tais tipos penais cuja terminologia se mostra sobremaneira superada e “impregnada de subjetivismo ideológico e facciosismo político” e que, como se sabe, vêm sendo utilizados com maior frequência nos últimos anos, tendo sido apurado que o “número de procedimentos abertos pela Polícia Federal para apurar supostos delitos contra a segurança nacional aumentou 285% nos dois primeiros anos do governo de Jair Bolsonaro”⁽⁷⁾, em comparação com o mesmo período em governos anteriores (Barroso, 2003: 71-79).

Contudo, faz-se necessário avaliar a efetividade dos novos tipos penais propostos no Projeto de Lei nº 2.108/2021 para os fins a que se destinam, bem como considerar se, com intuito de proteger as instituições democráticas, a redação utilizada seria de fato adequada ou igualmente impregnada de subjetivismo e indeterminação.

Isto posto, sabe-se que a proteção ao Estado Democrático de Direito por meio do direito penal não é uma novidade e, inclusive, vem sendo estudada notadamente a partir da ótica do direito comparado, considerando as experiências, por exemplo, do Direito alemão. Isso porque, como visto, diversos países enfrentam verdadeira crise em sua democracia, reacendendo o debate sobre a proteção às instituições e os possíveis instrumentos inibitórios de condutas antidemocráticas e golpistas, levando em consideração como tais condutas se manifestam e são orquestradas atualmente.

Ou seja, a avaliação de possíveis medidas de proteção às instituições democráticas deve levar em conta o *modus operandi* utilizado atualmente por aqueles que pretendem romper com tais instituições e que, como se sabe, não mais se baseiam necessariamente no poderio bélico e em insurgências armadas, mas sim no próprio Direito.

(6) Brasil. Diário Oficial da União de 29 de janeiro de 1986, página 8, Sessão 1. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/3180420/pg-8-secao-1-diario-oficial-da-uniao-dou-de-29-01-1986>. Acesso em 14.10.2021.

(7) Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,inqueritos-da-pf-com-base-na-lei-de-seguranca-nacional-crescem-285-no-governo-bolsonaro,70003652910>. Acesso em 14.10.2021

Assim, considerados os riscos e nuances de tal estratégia –a serem abordados mais adiante–, compartilhamos do entendimento de Alaor Leite e Adriano Teixeira⁽⁸⁾ para quem, de fato, seria “imprescindível a proteção limitada do Estado de Direito por meio do direito penal, reduzida à proteção do núcleo fundamental de funcionamento real das instituições, e livre da proteção da ‘honorabilidade’ do Estado –que não deve ter lugar – e de seus membros – que deve ter lugar em outro setor”, sendo que tal proteção por meio do direito penal “não deve ativar mecanismo de exceção, tal como ocorre no modelo de segurança nacional: o Estado de Direito deve se proteger reafirmando as suas bases e reconhecendo as suas infranqueáveis fronteiras”.

Especificamente com relação ao Projeto de Lei 2108/2021, objeto do presente estudo, temos que, conforme ementa produzida, teve o intuito de acrescentar “o Título XII na Parte Especial do Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), relativo aos crimes contra o Estado Democrático de Direito”, bem como revogar “a Lei nº 7170, de 14 de dezembro de 1983 (Lei de Segurança Nacional), e dispositivo do Decreto-Lei nº 3688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais)”.

Com relação aos tipos penais a serem inseridos no ordenamento jurídico, o texto inicial do Projeto de Lei em comento mencionava dez novas condutas a serem consideradas criminosas, quais sejam: (i) atentado à soberania, (ii) atentado à integridade nacional, (iii) espionagem, (iv) abolição violenta do Estado Democrático de Direito, (v) golpe de Estado, (vi) interrupção do processo eleitoral, (vii) comunicação enganosa em massa, (viii) violência política⁽⁹⁾, (ix) sabotagem, e (x) atentado a direito de manifestação.

Dentre os crimes a serem inseridos como tais no Código Penal brasileiro, salta aos olhos a redação proposta naqueles referentes a (i) atentado à integridade nacional, (ii) abolição violenta do Estado Democrático de Direito, (iii) golpe de estado, e (iv) atentado ao direito de manifestação. Em todos eles, há a necessidade de emprego de violência ou grave ameaça para que seja caracterizado o crime contra o Estado Democrático de Direito.

Assim, a título exemplificativo, conforme art. 359-L proposto, configura crime contra as instituições democráticas “tentar, com emprego de violência ou grave ameaça, abolir o Estado Democrático de Direito, impedindo ou restringindo o exercício dos poderes constitucionais”. Trata-se de situação extrema, em que há violação frontal à ordem constitucional, sempre com emprego de violência ou grave ameaça, repetidos por vezes na redação das propostas de tipos penais do PL 2108.

(8) Parecer solicitado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil sobre a “Defesa do Estado de Direito por meio do Direito Penal – A experiência comparada e o desafio brasileiro”. p. 40.

(9) O PL também trouxe a figura da ação penal privada subsidiária em seu art. 359-Q, sendo aplicável aos crimes descritos nos itens vi, vii e viii, admitindo-se ação privada subsidiária, de iniciativa de partido político com representação no Congresso Nacional, se o Ministério Público não atuar no prazo estabelecido em lei, oferecendo a denúncia ou ordenando o arquivamento do inquérito.

Temos para nós, contudo, que a própria ordem constitucional brasileira, como desenhada atualmente, já não abarcaria tais situações extremas de golpes de estado e abolição do Estado Democrático de Direito por vias clássicas, dotadas de evidente violência, como as observadas no decorrer do século XX⁽¹⁰⁾, havendo a previsão da atuação harmoniosa dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário mesmo em situações atípicas, a exemplo das disposições previstas no Título V da Constituição Federal, referente à “Defesa do Estado e das Instituições Democráticas”⁽¹¹⁾.

No mais, não há tolerância do ordenamento jurídico brasileiro atual com violências e atentados institucionais de qualquer sorte, sendo definido logo no início da Constituição Federal que a “República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos” (art. 1º), dentre outros, o “pluralismo político”, sendo certo que os Poderes da União atuarão de forma independente e harmônica (art. 2º).

A esse respeito, nota-se que, atualmente, as incursões antidemocráticas costumam ocorrer de forma distinta, mais orgânica, sem que haja propriamente um ato pontual de grande violência ou grave ameaça. Os golpes de estado não necessariamente precisam mais contar com tanques de guerra e fechamento violento do Congresso Nacional, bastando, muitas vezes, a própria interpretação equivocada de dispositivos legais e constitucionais, somada a condições favoráveis para tanto, em especial o apoio popular incondicional.

Destacando o avanço do autoritarismo revestido de legalidade, em especial no século XXI, o ex-Presidente do Tribunal Constitucional Federal Alemão, Andreas Voßkuhle, destaca ser possível observar atualmente o desenvolvimento de Estados na contramão dos ditames de um Estado Democrático de Direito nos moldes surgidos a partir da segunda metade do século passado, a exemplo das “jovens democracias da América do Sul e da Europa Central” (Voßkuhle, 2020: 19).

Assim, temos para nós que a proteção efetiva ao Estado Democrático de Direito deve levar em consideração as novas formas com que as democracias são postas em cheque e a organicidade com que o vírus antidemocrático se infiltra nas instituições.

Sem prejuízo de tal percepção, acreditamos que o Projeto de Lei 2108/2021 traz inovações que, de fato, eram exigidas diante das circunstâncias enfrentadas, principalmente no curso das disputas eleitorais, a exemplo da proteção contra a comunicação engano-

(10) Disponível em: https://www.politize.com.br/conheca-5-golpes-militares-da-historia/?https://www.politize.com.br/&gclid=Cj0KCQjwqKuKBhCxARlsACf4XuH8NRvTntMTTrMtNyZlmCmxdD4IN-3Q_2cpzPJW4YP2aJRcsR9o0sYaAnDAEALw_wcB. Acesso em 14.10.2021.

(11) Por exemplo, na definição da atuação do Congresso Nacional em caso de decretação de estado de defesa pela Presidência da República, nos termos do art. 136, §§4º a 7º, da Constituição Federal.

sa em massa⁽¹²⁾, violência política⁽¹³⁾, e interrupção do processo eleitoral⁽¹⁴⁾, bem como da previsão da possibilidade de manejo de ação privada subsidiária para tratar de referidos crimes em caso de inércia do Ministério Público no oferecimento de denúncia.

Nesse sentido, talvez um dos pontos altos das sugestões trazidas pelo texto inicial do Projeto de Lei, o art. 359-O proposto estabelece como crime a promoção ou financiamento, pessoalmente ou por interposta pessoa, de campanha ou iniciativa para disseminar fatos que sabe inverídicos e que sejam capazes de comprometer o processo eleitoral.

Sobre o tema, relevante destacar o impacto das chamadas *fake news* nas corridas eleitorais em todo o mundo. Especificamente com relação às eleições presidenciais realizadas em 2018 no Brasil, e que elegeram o atual Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, o Grupo de Pesquisa em Comunicação Política e Opinião Pública – CPOP, realizou estudo a fim de verificar numericamente o impacto de notícias falsas com relação aos principais candidatos à época, concluindo que “Bolsonaro foi significativamente mais beneficiado pelas *fake news* checadas por essas agências [de checagem de fatos] (87,5%) do que Haddad (12,5%)”⁽¹⁵⁾.

Ainda no tocante à divulgação de notícias falsas, recorde-se que, em 2020, a Polícia Federal apontou o vereador Carlos Bolsonaro, filho do Presidente da República, como articulador de consolidado esquema de divulgação de notícias falsas, especialmente contra o Congresso Nacional e o Supremo Tribunal Federal, utilizadas para intimidar e ameaçar instituições e servidores, conforme reportagem do jornal Folha de SP de 25.4.2020⁽¹⁶⁾.

Em resposta a tais acusações, o vereador Carlos Bolsonaro publicou em sua conta do Twitter debochando do alegado “esquema criminoso de notícias falsas”, uma vez que a divulgação das chamadas *fake news*, em tese, ainda não estaria tipificada na legislação penal brasileira. Tal episódio é apenas mais um exemplo da urgência de tratamento legislativo sobre o assunto.

(12) “Art. 359-O. Promover ou financiar, pessoalmente ou por interposta pessoa, mediante uso de expediente não fornecido diretamente pelo provedor de aplicação de mensagem privado, campanha ou iniciativa para disseminar fatos que sabe inverídicos capazes de comprometer o processo eleitoral”.

(13) “Art. 359-P. Restringir, impedir ou dificultar, com emprego de violência física, sexual ou psicológica, o exercício de direitos políticos a qualquer pessoa em razão de seu sexo, raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”.

(14) “Art. 359-N. Impedir ou perturbar a eleição ou a aferição de seu resultado, mediante violação indevida de mecanismos de segurança do sistema eletrônico de votação estabelecido pela Justiça Eleitoral”.

(15) Disponível em: <http://www.cpop.ufpr.br/portal/eleicoes-2018-a-relacao-entre-fake-news-e-os-candidatos-jair-bolsonaro-e-fernando-haddad/>. Acesso em 14.10.2021.

(16) Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/04/pf-identifica-carlos-bolsonaro-como-articulador-em-esquema-criminoso-de-fake-news.shtml>. Acesso em 14.10.2021.

Assim, em que pese a urgência na abordagem do tema trazido na redação original do art. 359-O proposto no Projeto de Lei 2108/21, também aqui, se permitida crítica pontual, talvez o trecho final “que sejam capazes de comprometer o processo eleitoral” pudesse ser suprimido ou ajustado, considerando a dificuldade que será enfrentada para que se comprove a capacidade de determinada comunicação enganosa efetivamente comprometer o processo eleitoral.

Por fim, imperioso destacar as relevantes inserções trazidas nas Disposições Comuns do Projeto de Lei no que diz respeito (i) ao artigo 141 do Código Penal, que trata de agravantes dos crimes contra a honra, e (ii) ao artigo 286 do mesmo diploma, referente à incitação a crime.

No tocante ao vigente artigo 141 do Código Penal, o Projeto legislativo em comento propõe inserir como agravante aos crimes contra a honra o fato de serem cometidos contra os Presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou do Supremo Tribunal Federal. Além disso, no que concerne ao tipo penal referente à incitação à prática de crime, o PL propõe a inclusão de parágrafo único ao atual artigo 286 do Código Penal, destacando incorrer na mesma pena “quem incita, publicamente, animosidade entre as Forças Armadas, ou delas contra os poderes constitucionais, as instituições civis ou a sociedade”.

Ambas inserções representam evidente e importante resposta aos reiterados ataques enfrentados pelas instituições nos últimos anos, seja por civis apoiadores de políticos de extrema-direita⁽¹⁷⁾, seja pelo próprio Presidente da República⁽¹⁸⁾ e seus filhos⁽¹⁹⁾, que não pouparam oportunidades de insinuar a possibilidade de insurgência de membros das Forças Armadas notadamente contra o Supremo Tribunal Federal, instituição que, como se sabe, tem protagonizado a tentativa de coibir as investidas antidemocráticas observadas.

Esclarecidas as premissas e entendimentos destacados acima com relação ao texto inicial do PL 2108/2021 –que, frise-se, é oriundo de Projeto de Lei de 1991, de autoria do ex-deputado Hélio Bicudo–, passemos a examinar a posição do Presidente da República sobre as propostas legislativas, tendo ocorrido a sanção presidencial com vetos e subsequente publicação da Lei nº 14.197/21 no dia 2 de setembro de 2021.

(17) Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/06/14/grupo-de-apoiadores-de-bolsonaro-lanca-fogos-de-artificio-contra-o-predio-do-stf.ghtml>. Acesso em 14.10.2021.

(18) Em evento do dia 7.9.2021, o presidente afirmou expressamente a possibilidade de manejo de um golpe contra o Supremo Tribunal Federal, bem como sugeriu aos seus apoiadores a desobediência a decisões judiciais. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/09/na-paulista-bolsonaro-repete-ameacas-golpistas-ao-stf-e-diz-que-canalhas-nunca-irao-prende-lo.shtml>. Acesso em 14.10.2021.

(19) Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/basta-um-soldado-e-um-cabo-para-fechar-stf-disse-filho-de-bolsonaro-em-video.shtml>. Acesso em 14.10.2021.

Ainda passíveis de supressão pelo Congresso Nacional, os vetos presidenciais foram direcionados aos artigos que versavam sobre: comunicação enganosa em massa, direito de manifestação, crimes cometidos por militares e funcionários públicos, e sobre a previsão da ação penal privada subsidiária examinada acima.

Primeiramente, no tocante à criminalização da comunicação enganosa em massa, o presidente Jair Bolsonaro justificou seu veto apontando a generalidade e falta de clareza na redação, que “enseja dúvida se o crime seria continuado ou permanente, ou mesmo se haveria um ‘tribunal da verdade’ para definir o que viria a ser entendido por inverídico a ponto de constituir um crime punível pelo Código Penal, o que acaba por provocar enorme insegurança jurídica”⁽²⁰⁾.

Na mesma linha, em nome de alegada segurança jurídica, o Presidente da República justificou o veto à proposta de tipo penal sobre atentado ao direito de manifestação alegando “a dificuldade de caracterizar, a priori e no momento da ação operacional, o que viria a ser manifestação pacífica”. Apontou, também, que tal dispositivo “inviabilizaria uma atuação eficiente na contenção dos excessos em momentos de grave instabilidade, tendo em vista que manifestações inicialmente pacíficas poderiam resultar em ações violentas, que precisariam ser reprimidas pelo Estado”.

Outrossim, o Presidente vetou os dispositivos que previam aumento de pena caso o crime fosse cometido por militar ou por funcionário público, indicando que tais previsões violariam o princípio da proporcionalidade e o interesse público, não sendo possível admitir o agravamento pela simples condição de agente público ou militar, sob pena de responsabilização penal objetiva e, ainda, de representar “uma tentativa de impedir as manifestações de pensamento emanadas de grupos mais conservadores”.

Por fim, foi vetado o artigo examinado acima e que previa a possibilidade de manejo de ação privada subsidiária, ou seja, em caso de inércia do Ministério Público, para os crimes contra o funcionamento das instituições democráticas no processo eleitoral. Como justificativa, o Presidente da República destacou não ser atribuição de partido político a interferência na persecução penal ou na “atuação criminal do Estado”, de modo que tal disposição “levaria o debate da esfera política para a esfera jurídico-penal, que tende a pulverizar iniciativas para persecução penal em detrimento do adequado crivo do Ministério Público”⁽²¹⁾.

Os vetos presidenciais, como se vê, foram utilizados pelo Presidente da República como instrumento de proteção ao seu eleitorado e alianças ideológicas, constando das

(20) Conforme informações da Agência Câmara de Notícias. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/802552-sancionada-com-vetos-a-lei-que-revoga-a-lei-de-seguranca-nacional-e-define-crimes-contra-a-democracia/>. Acesso em 14.10.2021.

(21) Idem.

próprias justificativas o temor de que o suposto pensamento “mais conservador” seja de alguma forma tolhido em sua liberdade de expressão, retórica comumente utilizada pelo atual governo.

Dentre os vetos apontados acima, o mais preocupante certamente diz respeito à tipificação da comunicação enganosa em massa, na medida em que, como já expusemos, trata-se de medida urgente e que, ao nosso ver, representaria um dos maiores e mais efetivos avanços da proposta de Lei de Proteção ao Estado Democrático de Direito.

Por todo o exposto acima, em que pese concordarmos, em um primeiro momento, com a estratégia da proteção ao Estado Democrático de Direito por meio da legislação penal, fato é que o Projeto de Lei 2108/2021, da forma como redigido, careceria de efetividade prática, notadamente em razão da exigência de emprego de violência ou grave ameaça para caracterização de diversos crimes propostos, redação que poderia ser adequada se considerados os eventos do século XX, mas que pode se tornar obsoleta diante da atual realidade das incursões antidemocráticas.

De toda sorte, as propostas trouxeram inovações que, de fato, eram exigidas diante das circunstâncias enfrentadas, principalmente no curso das disputas eleitorais, a exemplo da proteção contra a comunicação enganosa em massa, violência política, e interrupção do processo eleitoral, bem como da previsão da possibilidade de manejo de ação privada subsidiária para tratar de referidos crimes.

Contudo, como visto, algumas das principais inovações trazidas pelo Projeto de Lei, em nosso entendimento, foram suprimidas pelos vetos presidenciais a partir da Lei 14.197/21 publicada no início de setembro de 2021, cabendo agora ao Congresso Nacional avaliar se acatará os apontamentos do Presidente da República.

Caso os vetos sejam mantidos, ousamos dizer que o grande avanço da legislação objeto deste estudo se limitará à revogação da Lei de Segurança Nacional, bem como às inserções realizadas nos artigos 141 e 286 do Código Penal que, como visto, ampliam a proteção às instituições democráticas.

Conclusões

Expostas as considerações acima, entendemos que as conclusões do presente estudo deverão abordar a correlação entre o conceito de *Lawfare* e o texto proposto no Projeto de Lei referente à defesa do Estado Democrático de Direito no Brasil, destacando, inclusive, se tal estratégia de proteção das instituições democráticas por meio do direito penal não teria o condão, também, de justificar excessos e suprimir indevidamente direitos fundamentais sob aparente legitimidade.

Conforme o já mencionado parecer solicitado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, da autoria de Alaor Leite e Adriano Teixeira, tendo em vista a experiência do direito estrangeiro, notadamente o alemão, evidencia-se haver vantagens e problemas no regime de crimes contra o Estado Democrático de Direito, sendo necessário, portanto, que a imperiosa proteção institucional –sobretudo contra novas formas de ataques– seja limitada, ou seja, “reduzida a um núcleo indispensável, de modo a conviver com direitos fundamentais constitutivos da própria ideia de uma ordem democrática”⁽²²⁾.

A esse respeito, como principais problemas enfrentados no modelo alemão de proteção institucional, pautado na utilização do direito penal para preservação do Estado de Direito, enumeram os pareceristas:

- a. A resistência de uma proteção velada da honorabilidade e da autoridade do Estado, sobretudo por meio da proteção de símbolos estatais;
- b. O latente perigo de que uma democracia excessivamente combativa se converta em seu revés, extrapolando o seu mister;
- c. A fricção permanente com o princípio da legalidade, em face da grand
- d. A amálgama entre aspecto individual e institucional, que se entrecruzam por vezes, como no § 90b StGB, podendo transformar a proteção institucional (mediata ou imediata), em proteção dos transitórios integrantes da instituição.”

Por outro lado, como inegáveis vantagens de tal sistema, destacam:

- a. A tentativa de construir a proteção imprescindível do Estado de Direito e de suas instituições com os meios limitados de que dispõe o próprio do Estado de Direito –expressa sobretudo no §90b StGB–, sem erigir aparato de exceção e construindo contracautelas legais e interpretativas;
- b. A limitada proteção jurídico-penal à honra individual de agentes públicos e a construção igualmente limitada de uma proteção mediata das instituições;
- c. A prevalência da liberdade de expressão na opulenta jurisprudência do BVerfG, baseada em dogmática dos direitos fundamentais altamente desenvolvida, construindo um aparato conceitual que garante transparência às restrições a direitos fundamentais, protegendo com especial vigor as manifestações professadas no contexto do debate público;
- d. A louvável e sincera tentativa de diminuir a indeterminação dos tipos penais existentes, sobretudo a partir do § 92 StGB, e a jurisprudência restritiva dos Tribunais;

(22) Parecer solicitado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil sobre a *Defesa do Estado de Direito por meio do Direito Penal – A experiência comparada e o desafio brasileiro*. p. 39.

- e. A existência de discussão teórica aquecida e de amplo material sobre os novos desafios lançados pela digitalização e, sobretudo, pelas redes sociais, que sugerem a existência de novos métodos de agressão a bens jurídicos.”

Dessa forma, como inevitável conclusão provisória do parecer, dispôs-se ser imprescindível a proteção limitada do Estado de Direito por meio do direito penal, sendo que tal proteção “será tanto mais legítima e eficiente quanto mais reduzida ao relicário do que constitui o Estado de Direito constitucionalmente estabelecido”, evitando-se, portanto, que tal proteção ative mecanismo de exceção tal como ocorre no modelo de segurança nacional, de modo que “o Estado de Direito deve se proteger reafirmando as suas bases e reconhecendo as suas infranqueáveis fronteiras”⁽²³⁾.

Trazendo tais ensinamentos à análise da Lei 14.197/21, recentemente sancionada com ressalvas pelo Presidente da República do Brasil, nota-se que a redação sugerida e abordada acima teve como objetivo justamente evitar novos excessos dotados de aparente legitimidade, estabelecendo nos tipos penais propostos, como visto, a obrigatoriedade de “violência ou grave ameaça”, além de finalidades específicas, com intuito de mitigar a subjetividade e abertura conceitual, mesmo que isso represente igual redução da efetividade de tais mecanismos para a proteção do Estado de Direito.

Na mesma linha, as Disposições Comuns trazidas no texto do Projeto de Lei igualmente representam a preocupação do legislador em garantir que não haja excessos ou supressão indevida de direitos fundamentais sob a justificativa da proteção ao Estado de Direito. Assim, como já exposto, estabelece o artigo 359-T proposto que “não constitui crime previsto neste Título a manifestação crítica aos poderes constitucionais nem a atividade jornalística ou a reivindicação de direitos e garantias constitucionais por meio de passeatas, de reuniões, de greves, de aglomerações ou de qualquer outra forma de manifestação política com propósitos sociais”. Entendemos possível concluir, portanto, que a Lei de Proteção ao Estado de Direito, da forma como redigida, procurou evitar justamente que se tornasse novo instrumento do chamado *Lawfare*, mesmo que às custas de um maior grau de efetividade. Assim, até mesmo por se tratar de proteção às instituições democráticas por meio do direito penal –e considerando os possíveis riscos de tal estratégia, como visto–, buscaram os legisladores a definição de tipos penais mais restritos, com a exigência de verificação de práticas violentas ou com grave ameaça para a configuração de aludidos crimes.

De todo modo, ao nosso ver, a importância da Lei 14.197/21, resultado do PL 2108/21 objeto deste trabalho, deve-se sobretudo (i) à revogação da Lei de Segurança Nacional, pelas razões expostas, (ii) ao aumento da proteção às instituições democráticas por meio das inserções realizadas nos artigos 141 e 286 do Código Penal, e (iii) à tentativa de proteção do funcionamento das instituições democráticas no processo eleitoral,

(23) Idem. p. 40.

com a ressalva de que o veto presidencial ao artigo que se referia ao proposto crime de comunicação enganosa em massa deveria ser, idealmente, revisto pelas casas legislativas.

Por fim, considerado o exposto acima e o enfoque na proteção ao Estado de Direito por meio do direito penal, em atenção à recente legislação inserida no ordenamento jurídico brasileiro, acreditamos serem necessários também novos estudos sobre a possibilidade de uma mais ampla e segura proteção às instituições democráticas no campo legislativo relacionado ao direito eleitoral, assunto este, porém, que deverá ser tratado em outra ocasião.

Referencias

- Agamben, Giorgio 2004** (2003) Estado de exceção (São Paulo: Boitempo).
- Applebaum, Anne (2021)** O crepúsculo da democracia: como o autoritarismo seduz e as amizades são desfeitas em nome da política (São Paulo: Zahar).
- Arendt, Hannah 2013** (1951) Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo (São Paulo: Companhia das Letras).
- Barroso, Luís Roberto 2003** "A superação da ideologia da segurança nacional e a tipificação dos crimes contra o estado democrático de direito" em Revista de Estudos Criminais (Porto Alegre) Vol II, Nº 9.
- Evans, Richard J. 2014** (2005) O Terceiro Reich no poder (São Paulo: Planeta).
- Garzillo, Rômulo Monteiro 2019** "Pedro Serrano e as medidas de exceção na modernidade periférica: sistematização dos elementos conceituais" em Bezerra, Anderson (comp.) Democracia e Crise (São Paulo: Autonomia Literária).
- Goyard-Fabre, Simone 2003** O que é a Democracia? A genealogia filosófica de uma grande aventura humana (São Paulo: Martins Fontes).
- Hobsbawm, Eric 1995** (1994) Era dos Extremos: O breve século XX (São Paulo: Companhia das Letras).
- Levitsky, Steven; Ziblatt, Daniel (2018)** Como as democracias morrem (São Paulo: Zahar)
- Mounk, Yascha 2019** (2018) O povo contra a democracia (São Paulo: Companhia das Letras).
- Schioppa, Antonio Padoa (2014)** História do Direito na Europa: da Idade Média à Idade Contemporânea (São Paulo: Martins Fontes).
- Schmitt, Carl 2006** (1922) Teologia Política (Belo Horizonte: Del Rey).

Serrano, Pedro Estevam Alves Pinto 2016 Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção (São Paulo: Alameda).

Szabó, Ilona 2020 A defesa do espaço cívico (Rio de Janeiro: Objetiva).

Voßkuhle, Andreas 2020 Defesa do Estado Constitucional Democrático em tempos de populismo (São Paulo: Saraiva Educação)

Zaffaroni, Eugenio Raúl 2011 (2008) O inimigo no direito penal (Rio de Janeiro: Revan).

GUSTAVO COPPINI - LOURDES COMPAGNUCCI - LETICIA LORENZO

Democratización de la justicia penal y *lawfare*

Introducción

Durante la década pasada, la utilización de la justicia penal como mecanismo de acción política fue la herramienta principal que utilizaron las fuerzas conservadoras para acceder al poder o sostener políticamente decisiones sumamente antipopulares. Comenzando por el juicio político *–impeachment–* que llevó a la destitución de Dilma Ruseff, y el ascenso de Michel Temer a la presidencia de Brasil hasta la proscripción política de Lula da Silva, ejecutada mediante la intervención de un juez federal que, más tarde, será el ministro de justicia del gobierno que colaboró en instalar. Desde luego, diecinueve meses más tarde, la Corte Suprema de Brasil *–08/11/2019–* liberó al ex mandatario, pero el daño ya estaba hecho, y no solo respecto de la persona, sino contra el país y contra toda una región que padece aún las consecuencias sociales, económicas y ambientales de esa maniobra.

Algo similar sucedió en la Argentina, en donde tanto las elecciones como todo el devenir del gobierno de Mauricio Macri, fue apoyado por un sector de los tribunales federales y de la propia agencia de inteligencia nacional, a través de asedio judicial y mediático permanente en contra de la ex presidenta Cristina Fernández y otros dirigentes del mismo sector.

En todos los casos referidos se observa un desplazamiento en la contienda política, que va de los poderes representativos hacia el campo de la justicia penal; al punto tal que un tema tan crucial para la región como la definición de la presidencia del Brasil queda sujeto a la discrecionalidad de un juez penal. Desde nuestro punto de vista, la incidencia de un sector de la burocracia judicial sobre los acontecimientos que marcaron el cambio de rumbo político en Brasil y Argentina, fue determinante. De esta forma, la actuación de la justicia penal sobre los casos donde se ven involucrados políticxs latinoamericanos de primera línea ha sido el factor clave para la configuración del emplazamiento coyuntural sobre el que se asienta el cambio regulatorio a escala regional.

El objeto de esta ponencia, es poner de manifiesto las tensiones existentes entre los procesos de neoliberalización que se vienen dando a nivel regional y la falta de participación de la ciudadanía, en las estructuras de la justicia penal.

Con ese objeto, la primera parte de esta ponencia se centra sobre la definición y caracterización de los procesos de neoliberalización y las dimensiones de análisis que permiten dar cuenta de sus tendencias actuales y su impacto a nivel regional.

En segundo lugar, abordaremos el tópico de la participación ciudadana en la administración de justicia en general y en las decisiones judiciales en particular. Para ello, recuperaremos la institución del jurado popular, analizando desde allí la potencialidad de la participación ciudadana en las decisiones judiciales. Elegimos el instituto del jurado popular por dos razones: en primer lugar, porque es la única herramienta de participación popular reconocida desde el origen mismo de nuestro proceso constituyente. Y en segundo término, porque en los últimos años, el juicio por jurados ha tenido un fuerte desarrollo a nivel provincial generando experiencias potentes para profundizar el análisis y la reflexión. Desde ese contexto, la institución del jurado nos permite reflexionar sobre la participación ciudadana no sólo como vector de democratización de la justicia, sino también como instrumento necesario para forjar estrategias políticas contraneoliberalizadoras.

El proceso de neoliberalización como tendencia histórica específica

El neoliberalismo se presenta como un sistema rector que modela, ya no solamente a la economía, sino a todo el conjunto de la sociedad en base a parámetros individualistas. Esta tendencia hacia la subsunción total de la vida humana en el sistema de mercado parece obturar la posibilidad de imaginar “un afuera” (Avanessian, 2019). Sin embargo, es fundamental no perder de vista que este panorama no es el destino inexorable de nuestras sociedades, sino el resultado de un proceso histórico de sedimentación que embiste contra todas las formas de organización social basadas en la solidaridad; un proceso tendencial frente al que tenemos el desafío de buscar formas de resistencia y reversión.

De manera general, Neil Brenner, Jamie Peck y Nik Theodore (2010) definen la neoliberalización como una de las diversas tendencias de cambio regulatorio que se han extendido por todo el sistema capitalista global desde la década del setenta; una tendencia que se caracteriza por priorizar las respuestas a los problemas de regulación institucional desde una perspectiva basada, orientada e impuesta por el mercado y por intensificar la mercantilización de todos ámbitos de la vida social (Brenner, et. al, 2010, p.3). Estas tendencias se dan en un contexto georegulatorio de orden mundial que adopta formas localmente específicas en distintas ciudades y ciudades-región, de forma cada vez más frecuente.

El concepto de neoliberalización enunciado se diferencia tanto de las interpretaciones estructuralistas como de las posestructuralistas. Para las primeras, el neoliberalismo constituye un bloque hegemónico omnipresente; una tendencia que tiende a totalizar el mundo en un orden de mercado, completamente unificado, como la metáfora con la que titula Thomas Friedman su libro: *La tierra es plana. Breve historia del mundo globalizado en el Siglo XXI* (2006). No obstante, el neoliberalismo nunca llega a completarse como proyecto único, global y omnipresente, “nunca hemos vivido en un mundo completamente neoliberal”, remarca Peck:

Cuando vemos el proceso de neoliberalización advertimos que es un proceso de transformación de los paradigmas, y los resultados de esta transformación son diferentes en China, en Estonia, en Francia, en Sudáfrica, etc., porque el mundo que se está transformando es diferente. Por eso este proyecto neoliberal es un proyecto de transformación de distintos mundos que tienen diversos resultados geográficos (Peck, 2012).

En el otro extremo se ubican las interpretaciones posestructuralistas que tienden a concentrarse en la fase local de este proceso de regulación social y en su forma de producir subjetividad. Así, siendo el Estado-nación la unidad natural de transformación regulatoria, los posestructuralistas proponen un contrapunto al neoliberalismo a partir de un cambio de dirección de escala nacional. Este fue el enfoque postulado por economistas como Stiglitz o Krugman para salir de la crisis económica del 2008-2010 (Brenner, Peck y Nik, 2010), propiciando un retorno al mundo keynesiano a partir de reformas estado-céntricas. Sin embargo, esas propuestas pierden de vista la escala global de este proceso y la necesidad de articular estrategias en ese nivel.

Como señala Peck, cuando colapsó el socialismo ruso en 1989, del otro lado del muro de Berlín, se presentaba una forma expansiva de capitalismo que rápidamente ocupó Europa del Este y la esfera soviética, un proyecto neoliberal con capacidad de articularse a nivel global. Por el contrario, tras la crisis financiera del 2008-2010 el núcleo de sentido común occidental no fue cuestionado. Nunca se gestaron consensos como para arribar a un proyecto alternativo de escala global. Incluso es difícil que lleguemos a ver una articulación tal, al finalizar la pandemia de COVID-19⁽¹⁾ que tan crudamente expuso las limitaciones de los Estados para lidiar con los problemas sanitarios y ambientales que genera el capitalismo global.

A diferencia de las dos corrientes que acabamos de describir, Peck sostiene que la reestructuración regulatoria neoliberal se caracteriza por su forma abigarrada. Es decir, por guardar una composición asimétrica de elementos heterogéneos que aparecen en di-

(1) En este sentido, remarca Zizek: “La epidemia de coronavirus no solo señala los límites de la globalización del mercado, también señala los límites incluso más fatales del populismo nacionalista que insiste en una plena soberanía estatal: el lema «¡Estados Unidos (o el país que sea) primero!» ya no tiene ningún sentido, pues los Estados Unidos solo podrán salvarse a través de una coordinación y colaboración global” (Zizek, 2020, p.37).

versos territorios y gobiernos, en tiempos diferentes y sin una conexión explicitada, pero que sin embargo, de manera evidente o subyacente se encuentran informados por una lógica de mercado. Así, más que como una entidad o totalidad, la neoliberalización se comprende mejor como síndrome, como un conjunto de síntomas interconectados que aparecen en distintos lugares, territorios y escalas, siendo esa la característica omnipresente de su modo de operar.

En sentido similar, Wendy Brown destaca que el neoliberalismo como política económica, modalidad de gobernanza y orden de la razón es un fenómeno global aunque inconstante, cambiante, diferenciado, asistemático, contradictorio e impuro (2015, p.58). De forma concomitante, Peck destaca la profunda dependencia que los procesos de neoliberalización tienen de su trayectoria previa y que nos permiten hilar su recorrido hacia principios de los años 70.

En estos términos, definen la neoliberalización como una **tendencia históricamente específica, pautada, híbrida y desarrollada desigualmente de reestructuración regulatoria sujeta a la disciplina de mercado.**

A partir del concepto de tendencias neoliberalizadoras y de los elementos que la informan, los autorxs referenciadxs buscan generar un marco analítico apropiado que nos permita estudiar estos procesos a partir de sus trayectorias concretas, así como de las diversas escalas y regiones en que pueden manifestarse. De este marco analítico surge también la idea de espacio de cambio regulatorio como característica prominente de los procesos de neoliberalización. Los espacios de cambio regulatorios rara vez se constituyen en lugares particulares sino que, por el contrario, se despliegan en diversos lugares, contextos y escalas, pero con marcadas semejanzas y familiaridades⁽²⁾.

Desde nuestro punto de vista, a mediados de esta década comienza a consolidarse en “el sur” un emplazamiento coyuntural impulsado por un bloque de gobiernos de corte conservador que se adscriben a una tendencia regulatoria de mercado. El camino para la instalación de estos gobiernos fue allanado por una serie de procesamientos judiciales vinculados a hipotéticos casos de corrupción o negligencia en el manejo del gobierno. El punto inicial de este emplazamiento puede rastrearse en el proceso de destitución de Fernando Lugo en Paraguay, allá por el 2012, pero cobra densidad con la interrupción del gobierno del Partido de los Trabajadores en Brasil. Sin embargo, los hitos más relevantes de este proceso, se dan con el proceso de destitución de Dilma Rousseff (2015/2016) y el encarcelamiento político de Lula Da Silva.

(2) Los procesos de neoliberalización asumen, necesariamente, formas contextualmente específicas y dependientes de una trayectoria concreta, pero sus fuentes rara vez pueden ser rastreadas en un único lugar y sus consecuencias político-institucionales trascienden por lo general cualquier contexto particular y además presentan importantes semejanzas familiares entre ellas. (Peck Brenes, et. al., 2010, p.27).

En el plano regional, el giro político neoliberal se complementa con el ascenso de Mauricio Macri a la presidencia de Argentina. Aquí fue central el papel que jugaron los procesos penales iniciados en la justicia federal y su cobertura mediática con la que se aseguró, no ya solo el triunfo sino además el blindaje político durante todo el gobierno, lo que le permitirá desarrollar un intenso y vertiginoso programa de apertura comercial, mega endeudamiento y colonización de áreas estratégicas del Estado por parte de directivos del sector privado. Posteriormente este giro político regional se extenderá también al Ecuador y Bolivia.

Con algunas excepciones, los procesos de cambio que experimentan Brasil, Argentina y Ecuador vienen enmarcados en casos judiciales de corrupción o negligencia política, intensamente fogueados por medios de comunicación interesados que buscan anular políticamente a las personas implicadas. La utilización deliberada de este mecanismo para atacar al adversario político ha sido denominado por el periodismo como *lawfare* o guerra judicial. No hemos encontrado estudios en profundidad que capturen el fenómeno del *lawfare* desde las ciencias sociales, sin embargo, es una categoría que está cada vez más presente en la opinión pública y en el debate político-institucional. Como sea, el *lawfare* está señalando una cuestión que usualmente pasa desapercibida como es la politización, e incluso la partidización de algunos sectores de la justicia. Desde nuestra perspectiva, el hecho de que los funcionarixs judiciales se hallen representadxs o adhieran a posicionamientos políticos es algo inevitable. El problema aparece cuando se usa en forma antidemocrática el enorme poder simbólico que tienen los jueces y las juezas penales en la sociedad; esto sucede cuando el direccionamiento político de sus decisiones no se asume como tal.

En los hechos, el *lawfare* implica un señalamiento hacia las formas en que operan algunas facciones internas de una burocracia judicial determinada. Por ejemplo, durante el gobierno de Macri, a través del concurso de algunxs juecxs federales y fiscalxs, sumado a una intensa cobertura de los medios más importantes de la Argentina, se desplegó un fuerte operativo de control sobre la oposición.

De esta forma, la coalición gobernante logró llevar adelante lo que Grassi y Hintze denominaron “el desbloqueo de la sociedad neoliberal” (2018). Así refieren estas autoras a la recomposición de un régimen social y de acumulación cuyos basamentos arraigan en el pensamiento neoliberal, remarcando de este modo que se trata de un proyecto político que retorna y se reinstala: el gobierno de Cambiemos no trajo la novedad del neoliberalismo; sino que interpreta y representa la continuidad de esa ideología, que resiste fuertemente al achicamiento de las brechas y distancias sociales (2018, p.61).

En la Argentina se vienen dando una serie de acontecimientos que refuerzan la necesidad de reflexionar profundamente sobre el derrotero del proyecto neoliberal en el país y

en la región. Hoy, bajo el formato de oposición al gobierno nacional, se están articulando ciertos “reclamos” que a primera vista parecen inconexos pero que, si se interpretan en el contexto, indican un patrón de violencia emergente⁽³⁾, altamente alarmante, no solo por la tónica de sus consignas sino por la representatividad que están alcanzando en todo el mundo.

Volviendo sobre el tema que nos atañe, y asumiendo que la hegemonía cultural del neoliberalismo abarca hoy todos los ámbitos del espacio social, cabe preguntarse: ¿Por qué serían una excepción las personas que trabajan en las burocracias judiciales? ¿Qué garantías ofrecen los jueces y juezas para asegurar que su actuación no tiene un direccionamiento político?.

El poder que han conseguido lxs jueces y juezas penales es enorme. Y si bien, no son poderes que hayan sido delegados por la ciudadanía, se han ido consolidando las condiciones materiales que les permiten actuar discrecionalmente, muchas veces, en función de sus propias visiones personales, o peor aún, en busca de objetivos políticos espurios o privilegios personales. En la estructuración formal del estado democrático, se supone que la justicia es garante del Estado de Derecho, sin embargo, como señala Wendy Brown:

El neoliberalismo no deja de lado el Estado de Derecho, lo convierte en instrumento para su propósito. La sociedad empresarial multiplica la fricción y las leyes y expande la judicatura. El Estado de derecho es formal y no sustantivo (...) facilita el juego económico, pero no lo dirige ni contiene (2016, p.85).

A partir del concepto de tendencias *neoliberalizadoras* que venimos desarrollando hasta aquí, es factible comenzar a pensar en estrategias de contraposición o resistencia. En esa dirección, nuestro punto de partida o hipótesis de trabajo, se basa en el postulado de que la participación ciudadana en los problemas públicos, y particularmente en el campo de la justicia penal, constituye una forma de resistencia a las tendencias neoliberalizadoras que saturan el espacio social. Esta afirmación vale para todo los ámbitos públicos, pero se concreta particularmente en el ámbito de la administración de justicia penal, porque es allí donde se estructuran las formas más trascendentes de violencia estatal.

(3) Respecto de las consignas de la marcha del 17/08/20, señala Barral Grigera: “Con expresiones desdemocratizadoras y antisistema que posiciona al discurso anticidencia como una actitud transgresora y rebelde en medio de una pandemia....A comienzos de junio, votantes y ex funcionarios de Juntos por el Cambio denunciaron una “infectadura”. Expresiones y carteles en la misma línea resaltaron en la marcha del 17A. “Plandemia”, “falsa epidemia” y “usan al Covid para abuso de poder” son algunas de las leyendas que mostró la manifestación. Mensajes casi idénticos aparecieron en marchas anticuarentena en Estados Unidos, Alemania (donde reclamaron en contra de la “dictadura de la salud”) y España (con el partido Vox), entre otros (2020).

La participación de la ciudadanía a través de lxs juradxs populares

En la Argentina, la participación de lxs ciudadanxs en las decisiones judiciales estuvo planteada desde el principio. Como señala Maier (2016), la exigencia de que el proceso criminal se realice por medio del juicio por juradxs aparece ya en los primeros proyectos de constitución. Ese modelo de juicio fue plasmado por primera

vez, para los casos criminales, en el proyecto de la comisión designada en 1812 para redactar la Constitución, así como también en el proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica de 1813. La fórmula se reitera, con algo más de desarrollo, en la Constitución de las Provincias Unidas de Sudamérica de 1819 y en la Constitución de 1826. Ya en el proyecto de 1812 se enuncia categóricamente:

“El proceso criminal se establecerá por jurados y será público”. Mediante esa fórmula, que prácticamente llega hasta nuestros días, las personas que idearon y llevaron adelante el proceso revolucionario querían dejar atrás el modelo de justicia inquisitorial, plagado de perversidades y rituales oscurantistas. Para Perry Anderson (1998) la inquisición fue mucho más que un sistema de enjuiciamiento penal; era el aparato ideológico que compensaba la división y dispersión administrativa del reino de Castilla y Aragón, en tanto constituía la única institución española y unitaria en la península.”

Los reinos de Castilla y Aragón nunca fueron completamente fusionados, los reyes católicos nunca lograron consolidar su poder y su sistema de administración en el reino de Aragón. Tampoco consiguieron establecer una moneda única ni un sistema fiscal unificado. Precisamente lo que buscaba el dispositivo de la inquisición, estructurado sobre el tribunal del santo oficio y de la Santa Hermandad –primera policía estatal del mundo moderno–, era consolidar la unidad política e ideológica en esos territorios tan disímiles (Capella, 2008). Así, mediante la implementación del sistema inquisitivo se despliega el más feroz artefacto de control y disciplinamiento estatal del renacimiento que impactará profundamente no solo en la península sino también en las colonias de ultramar y sus encomiendas. El sistema inquisitivo fue tan eficaz en su objetivo político que permaneció durante siglos y pervive hasta la actualidad a través de diversas prácticas burocráticas institucionalizadas. Los siglos de vigencia que tuvo este modelo de control ideológico, dejaron un núcleo duro de sentido que aún persiste en las estructuras de la burocracia penal⁽⁴⁾.

Por eso es importante prestar atención a las representaciones, las ideologías, los discursos y sobre todo, a las rutinas de trabajo alojadas en la cultura judicial que aún reportan o reproducen elementos del dispositivo inquisitivo. Para suplantarlo el régimen judicial de

(4) La obra de Julio Maier hace hincapié en el hecho de que la justicia penal de las colonias españolas han dejado profundas huellas en el procedimiento penal de nuestros días (Maier 2016: 269). En la justicia penal federal, hasta 1992, el sistema de enjuiciamiento estuvo gobernado por el Código de Procedimiento en lo Criminal y Correccional de 1889, de neto corte inquisitivo (Maier, 200, p.50).

la colonia, las naciones emergentes de América Latina tomaron de referencia la Constitución Federal de Norteamérica, y en particular la Carta de Derechos incorporada en 1791. De la Sexta Enmienda de esa Carta de Derechos, deriva el modelo de juicio por juradxs que informa la Constitución Argentina de 1853-60. De orígenes remotos, la participación de lxs ciudadanxs en el proceso de decisión del castigo sobre sus pares se presenta como una forma de resistencia a la opresión. Fue consagrado para lxs inglesxs en la Carta Magna de 1215, y también en las primeras cartas constitucionales de las colonias de América del Norte⁽⁵⁾

El sistema de juradxs en las colonias americanas se desarrolla como una forma de garantía frente a los procesos iniciados por los gobernantes británicos por violaciones al monopolio comercial con la corona. De esta forma, y frente a normas que consideraban injustas, el mecanismo de apelar el juicio local por juradxs se desarrolló como un escudo contra la opresión de la corona⁽⁶⁾ y “a los tributos sin representación” (Akerman, 2007, p.37).

Más allá del punto histórico que se tome de referencia, la resistencia a la opresión ha sido la razón de ser de esta institución. En todas las formas que fue tomando el jurado a través del tiempo, subyace siempre la idea de poner un freno o contrapeso al poder del soberano, habilitando la participación de un cierto número de ciudadanxs que representen de manera directa, tanto a la comunidad vulnerada como a la persona que debe ser juzgada.

En Argentina, la idea de instalar un modelo de justicia público, participativo y federal -en sentido localista- estuvo presente durante todo el proceso de emancipación y constitución nacional. Más allá de los resultados, el mandato de dismantelar el sistema inquisitivo de justicia penal, así como todas las estructuras del estado absolutista y unitario, sigue plasmado en la Constitución. Nuestra carta constitucional, lejos de asignar la decisión de los casos criminales en una clase específica de burocracia estatal, programa la democratización del proceso penal a través de la participación directa de la ciudadanía. Esto debería reflejarse, primero en el derecho de las personas acusadas a ser juzgadas por juradxs como así también, en el derecho de todxs lxs ciudadanxs a integrar estos tribunales.

(5) El derecho a un juicio por juradxs aparece en la primera constitución del Estado de Massachusetts de 1641 –Massachusetts Body of Liberties–, en el que se autorizaba a los ciudadanxs a elegir ser juzgados por jueces o por jurados, en el primer Congreso Continental de 1774 y en la primera declaración de derechos de Virginia de 1776, en donde se recrimina al Rey de Inglaterra Jorge III por “privarnos –a los colonos– en muchos casos del beneficio del juicio por jurados”. Haciendo una genealogía de la institución del jurado, Hendler concluye que se trata de una garantía de la ciudadanía frente al poder punitivo del Estado. Hendler Edmundo, El juicio por jurados como garantía de la constitución. Revista el Derecho, año 2000.

(6) Graham, Fred, El jurado estadounidense, E-journal USA, revista virtual del Departamento de Estado de Estados Unidos, Julio de 2009, Vol. 14, Número 7 accesible en: www.america.gov/publications/ejournalusa.html

De esta forma, frente a las estructuras judiciales modeladas en el sistema inquisitivo, el marco constitucional programa un modelo de justicia penal de carácter local, público, participativo y federal. Este proceso histórico de transición democrática de la justicia permanece abierto y todavía seguimos ensayando argumentos en favor del sistema de juradxs populares, siempre insuficientes a la hora de contrarrestar la fuerza de gravedad del pensamiento viejo. En ese devenir, si bien el Congreso Nacional todavía no ha cumplido con el mandato constitucional de regular el juicio por juradxs, sí lo hicieron algunas provincias. De hecho, las iniciativas más alentadoras en términos de democratización y actualización del derecho penal al sistema constitucional han sido siempre de orden provincial, lo que denota la capacidad performativa del derecho federal.

El sistema de juicio penal por juradxs populares convoca a lxs ciudadanxs a decidir uno de los actos de gobierno más importantes como es la resolución de un conflicto de índole criminal, y eventualmente, habilitar la aplicación de una condena. Esto conlleva el involucramiento directo de la ciudadanía en uno de los temas más complejos de la actualidad, como es la cuestión criminal. Como señala Binder, “cada una de las doce personas que ofician como jueces vuelven a sus comunidades con una comprensión del problema de la ley totalmente distinta a la que traían” (2013).

Con la reforma constitucional de 1987, Córdoba pasó a ser la primera provincia en incorporar la posibilidad de que lxs ciudadanxs participen como juradxs en las decisiones de la justicia penal. De la forma en que quedó plasmado en la constitución provincial –Art. 162–, lo que se instaura no fue propiamente un “juicio por juradxs”, sino un “juicio con juradxs”. El objetivo expresado por los constituyentes fue el de asegurar que la sociedad pueda participar junto a lxs jueces y juezas y no en reemplazo de ellos. Por su parte, las provincias de Neuquén y Buenos Aires fueron mucho más lejos instituyendo un juicio por juradxs populares en donde el veredicto acerca de las cuestiones materiales que se ventilan en proceso penal surge exclusivamente del debate de los ciudadanxs convocadxs, como tiene que ser⁽⁷⁾.

Con todo, la participación ciudadana en la provincia de Córdoba fue un avance que habilitó un valioso intercambio de conocimientos, sentimientos y vivencias, entre jueces y juezas técnicxs y legxs. Subsiste todavía una profunda desconfianza hacia la capacidad

(7) En un informe producido por Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), se advierte: “(...) la introducción del juicio por jurados resulta positiva por la concepción del sistema de justicia que se intenta construir y responde, en última instancia, a una obligación constitucional. No obstante, para que realmente cumpla con su objetivo de garantizar la participación ciudadana en el sistema de justicia —y para que esta participación sea efectiva e igualitaria—, es indispensable que en su implementación se tomen en cuenta las particularidades de las provincias, la diversidad cultural y no se cree un sistema que impida la participación de aquellas personas que han quedado excluidas de acceder a la satisfacción de sus derechos, por incapacidad física, falta de empleo o educación... mientras esta medida no se integre con una reforma general de todo el sistema penal y no se modifiquen sus prácticas, el juicio por jurados profundizará la lógica que ya mostró la aplicación del juicio abreviado. El imputado preferirá la sentencia rápida a la satisfacción plena de sus derechos...”. Informe CELS Disponible en: <http://pdba.georgetown.edu/Security/citizenssecurity/argentina/programas/evaluacion.pdf>.

de la ciudadanía para decidir sobre una cuestión de carácter criminal. Con la perspicacia de siempre, Binder (2013) señala que tras esa desconfianza subyace una idea profundamente equivocada que consiste en una visión sobre la normalidad o naturalidad de lxs juezas y jueces profesionales. Pareciera que ello no requiere fundamentación; que la administración de justicia debe recaer necesariamente en abogadx y que ello responde a la estructura esencial de la judicatura. Sin embargo, no debemos perder de vista que llevamos más de dos siglos de abusos de poder por parte de la justicia profesional:

Cuerpos de funcionarios que, ya bien entrado el siglo XX prestaron su concurso para las persecuciones del fascismo alemán o italiano, así como colaboraron con las distintas dictaduras latinoamericanas. En nuestro país, la complicidad del cuerpo profesional de jueces con el terrorismo de Estado fue tan evidente para la población como casi imperceptible hacia el interior de tal cuerpo: muchos jueces continuaron en el ejercicio de la judicatura una vez recuperada la vida democrática y fácilmente se aceptó que sólo había sido una “colaboración” profesional (Binder, 2013, p.63).

Llegadx a esta instancia del desarrollo institucional del sistema penal, ya no podemos seguir demorando la implementación o profundización del sistema de juradx populares en todo el país. Pero si bien este es un aspecto clave para el proceso democrático, también es absolutamente insuficiente, en tanto no se desarrollen paralelamente otras formas de participación de la ciudadanía en la gestión de los conflictos que se suscitan -con diversa intensidad- en todos los estratos de la sociedad.

Conclusión

El neoliberalismo se nos suele presentar como un orden potencial, que transforma el desvencijado Estado de bienestar en un gobierno pretendidamente reducido y eficiente, potenciando el apetito individual por el trabajo, el asociacionismo activo y el gerencialismo. Se trata, sin embargo, de un dispositivo que ha demostrado su capacidad de subvertir todas las formas de organización social basadas en la solidaridad, aligerando así las restricciones al capital y mejorando las oportunidades de vida de los poseedores del capital económico y cultural (Wacquant, 2011, p.5).

Como dispositivo totalizador, el neoliberalismo impacta fuertemente sobre la vida democrática de las sociedades, desarticulando todas las formas de participación y organización colectiva. En ese contexto, resulta imperativo expandir las formas de participación de la ciudadanía en los asuntos públicos y, en particular, en los procesos y decisiones a cargo de la administración de justicia. Entendemos que la participación ciudadana debe ser una pieza fundamental para la construcción de una sociedad activa en donde las instituciones y la ciudadanía puedan sostener un diálogo constructivo y argumentado, aún frente a los conflictos más graves que se suscitan en el entorno social.

En estas líneas hemos procurado poner de relieve la forma en que determinados sectores de la justicia penal profesional, bajo el argumento de emprender una cruzada contra la corrupción política, han venido usurpando ámbitos de decisión política reservados a la ciudadanía. Lo más preocupante, es que la dirección de esas decisiones siempre se orienta en un sentido hegemónico neoliberal que impacta negativamente en toda la región y sobre todos los sistemas parciales de la sociedad, e incluso de la propia naturaleza (Beck, 2002, p.90). En estas condiciones, las amenazas al proceso social democrático, ahora configurado y gestionado desde una lógica mercantil e individualista, pueden conceder una nueva cualidad a la crítica que se acumula sobre la justicia profesional; una nueva razón de peso para avanzar en una transformación del sistema de justicia tal y como lo conocemos.

En Argentina, la posibilidad de encontrar nuevas formas de participación de la ciudadanía en las decisiones judiciales tiene abiertas ciertas condiciones pero también múltiples restricciones. Una condición fundamental, aunque no suficientemente debatida, se encuentra en el contundente mandato del artículo 24 de la Constitución Nacional: "El congreso promoverá la reforma de la actual

legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados". Frente a este claro lineamiento de primer orden, se vienen resistiendo amplios sectores profesionales de la justicia que ven amenazado su principal recurso simbólico: la supuesta capacidad de juzgar objetiva e imparcialmente a sus semejantes.

Del lado de las restricciones, se destacan en primer lugar los intereses políticos y corporativos que están en juego tras esta discusión, y que será necesario explicitar y poner de relieve, si queremos llegar a tener un debate amplio y participativo sobre un tema que convoca a toda la sociedad y no tan solo lxs representantes del campo burocrático judicial: juezas, jueces, abogadxs, académicxs del derecho.

Otra restricción importante es la falta de ideas o propuestas alternativas a las tecnologías sociales de gestión de conflicto que ya conocemos, y que, con algunos matices, informan la matriz cultural del campo burocrático judicial en toda la región.

El arco político de nuestro país siempre ha sido reacio a abrir una discusión amplia para la democratización de la justicia. En general, los distintos procesos de "democratización", no han pasado de ser apenas una reestructuración de las burocracias existentes, y de la justicia federal principalmente. Las posibilidades de avanzar en una verdadera democratización de la justicia y en el desarrollo de formas más accesibles e integradas a la comunidad para la gestión de sus propios conflictos, constituye uno de los mayores desafíos que deben asumir los Estados latinoamericanos. Sin embargo, es evidente que los profundos cambios que se requieren no pueden venir de las burocracias judiciales, hay demasiados privilegios en juego para esperar que esto suceda. Sólo a través de una

amplia y activa participación de la ciudadanía pueden llegar a generarse las bases para fundar un sistema de justicia que trascienda de los intereses y privilegios de un pequeño sector de la población.

Referencias

- Adamovsky, Ezequiel** (2020). Cada cual en su círculo sin molestar, en Revista Anfibia. Disponible en: revistaanfibia.com/ensayo/circulo-sin-molestar/
- Akerman, Bruce** (2007). "La constitución viva", en Harvard Law Review, volumen N° 120, N° 7, traducción de María José Higuera.
- Anderson, Perry** (1998). El estado absolutista, 15ª edición, 1998, Editorial Siglo XXI España.
- Avanessian, Armen y Reis, Mauro** (comps.) (2019). Aceleracionismo, Caja Negra Editora, Buenos Aires.
- Beck, Ulrich** (2002). La sociedad del riesgo, Editorial Paidós, España.
- Bielsa, Rafael y Peretti, Pedro** (2019). *Lawfare*, Editorial Ariel, Buenos Aires.
- Binder, Alberto** (2013). Crítica a la justicia profesional, Revista Derecho Penal, año I, N° 3, Ediciones Infojus.
- Brenner, Neil, Peck, Jamie y Theodore, Nik** (2010). ¿Y después de la neoliberalización? Estrategias metodológicas para la investigación de las transformaciones regulatorias contemporáneas, en Revista Globalizations, volumen N° 7, N°3.
- Capella, Juan Ramón** (2008). Fruta Prohibida, Editorial Trotta, 5ª edición, Madrid.
- Friedman, Thomas** (2006). La tierra es plana, Editorial Martínez Roca, Madrid.
- García Delgado, Daniel R.** (comp.) (2017). Capitalismo tardío. Teoría y Praxis, Documento de trabajo N° 5, Flacso, Buenos Aires. Disponible en http://biblioteca.clacso.edu.ar/Argentina/flacso-ar/20171108040507/pdf_1575.pdf
- Graham, Fred** (2009). El jurado estadounidense, en E-journal USA, revista virtual del Departamento de Estado de Estados Unidos, Julio de 2009, volumen N° 14, N° 7. Disponible en: www.america.gov/publications/ejournalusa.html.
- Grazzi, Estela y Hintze, Susana** (coordinadoras) (2018). Tramas de la desigualdad. Las políticas y el bienestar en disputa, 1ra. Edición, Prometeo Libros, Ciudad de Buenos Aires.
- Hendler, Edmundo** (2000). "El juicio por jurados como garantía de la constitución", en Revista El Derecho. . Disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/80/el-juicio-por-jurados-como-Garantia-de-la-constitucion.pdf>.
- Informe 2018, Corporación Latinobarómetro, Santiago de Chile. Disponible en: latinobarometro@latinobarometro.org
- Maier, Julio** (2016). Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo 1, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires.

Maier, Julio B; Ambos, Kai y Woischnik, Jan. (2000). Las reformas procesales penales en América Latina, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires.

Peck, Jamie (2012). Neoliberalismo y crisis actual DAAPGE, N° 19, Santa Fe.

Ramio, Carles (2017). La Administración pública del futuro (Horizonte 2050). Ed. Tecnos, Barcelona.

Sousa Santos (2009). Boaventura de. Sociología Jurídica Crítica. Editorial Trotta. Madrid.

Zizek, Slavoj (2020). Pandemia, Editorial Anagrama, Barcelona.

Mesa 5

Lawfare, el camino al neoliberalismo y el retroceso en Derechos Humanos

Daniel Ignacio Arce

Martín Erdmann Mc Donald

María Fernanda Frangella

Marcelo José Ferlin D'Ambroso

Roberta Silveira Zanetti

Adalberto Antonio Batista Arcelo

DANIEL IGNACIO ARCE*

La deuda pública como mecanismo de coerción geopolítico

“Pedir prestado no es mucho mejor que mendigar, así como prestar con usura no es gran cosa menos que robar”

Gotthold Epghram Lessing

Introducción

La deuda ha sido en nuestra región, desde la conformación de los Estados latinoamericanos, el mecanismo utilizado por los grupos concentrados de poder a efectos de someter a aquellos, generalmente con fines extractivistas o de debilitamiento estatal en miras a doblegar las políticas que les puedan ser adversas. Ahora bien, la relación entre la emisión de deuda y los posteriores recortes en políticas públicas a efectos de cumplir con los vencimientos crediticios tiene un impacto crucial en la vida de las personas.

Comentaré brevemente las instancias judiciales que demostraron la nulidad administrativa del acuerdo con el Fondo Monetario Internacional (en adelante, FMI o Fondo) y la denegación actual que genera el Poder Judicial en materia de acceso a la información pública.

Instancias judiciales de acceso a la información pública que demostraron la nulidad administrativa de la toma del crédito

Como muchos sabrán, en el año 2018 se contrajo una deuda *stand by* externa con el Fondo Monetario Internacional por la suma de USD 50.000 millones, que fue posteriormente ampliado por la suma de USD 7100 millones, constituyendo, aun sin contar la

(*) Abogado (UNLP) Maestrando en Derechos Humanos (Universidad Nacional de La Plata). Ayudante de Procesal II. Militante de la Coordinadora de Abogadxs de Interés Público. Coordinador Legal y Técnico de la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires, desempeñándose en litigios contenciosos internacionales en materia de derechos humanos.

ampliación, el préstamo más grande otorgado por la historia del Fondo Monetario Internacional (Mur, 2018); pero lo que muchos todavía no conocen son las acciones legales de acceso a la información pública que demostraron la nulidad del procedimiento de toma de deuda por falta de cumplimiento en los requisitos esenciales del acto administrativo exigidos por la Ley 19.549 de Procedimiento Administrativo (en adelante, LNPA) y los específicos de la Ley 24.156 de Administración Financiera (en adelante, LAF).

En palabras sencillas: cuando el Estado emite su voluntad lo hace a través de lo que jurídicamente se denomina un “acto administrativo”; a modo de ejemplo pueden nombrarse las licitaciones, la compra de suministros, el otorgamiento –o no– de una jubilación, pensión, calidad de residente, ciudadano, etc. Ese *acto administrativo* se realiza conforme las leyes que regulan la forma específica en la que el Estado formará su voluntad (procedimiento administrativo) y finalmente expresa/manifiesta su voluntad (acto administrativo). La Ley Nacional de Procedimiento Administrativo expone los parámetros comunes a todo acto administrativo sin perjuicio de aquellos requisitos específicos que obran en las leyes especiales para cada caso concreto.

Respecto a la deuda contraída en el 2018, además de los requisitos comunes propios de todos los actos administrativos (competencia, causa, objeto, procedimientos, motivación, finalidad y forma) existe, en el art. 61 de la LAF, un requisito específico para contraer deuda externa. En efecto, la norma indica que “[e]n los casos que las operaciones de crédito público originen la constitución de deuda pública externa **antes de formalizarse el acto** respectivo y cualquiera sea el ente del sector público emisor o contratante, **deberá emitir opinión el Banco Central de la República Argentina sobre el impacto de la operación en la balanza de pagos**”.⁽¹⁾

Ahora bien, ¿en qué consiste un pedido de acceso a la información pública? Según el Dr. Echeverría, “[p]uede afirmarse que el derecho de acceso a la información pública es la facultad que tiene todo ciudadano, como consecuencia del sistema republicano de gobierno, de acceder a todo tipo de información en poder tanto de entidades públicas como de personas privadas que ejerzan funciones públicas o reciban fondos del Estado, con la consecuente obligación estatal de instrumentar un sistema administrativo que facilite a cualquiera la identificación y el acceso a la información solicitada” (2012).

La información pública –y su correlato de máxima divulgación o transparencia activa (Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH, 2016: párr. 156]– encuentra anclaje en la propia Convención Americana de Derechos Humanos (art. 13)⁽²⁾ y, desde

(1) El resaltado me pertenece.

(2) Art. 13 CADH: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente por escrito o en forma impresa o artística o cualquier

allí, se presume que toda información en poder del Estado es accesible y que dicho acceso “resulta una condición esencial de validez de la actuación de las autoridades en una sociedad democrática, y por ende se encuentra solo sujeto a un sistema restringido de excepciones” (Bautista Justo, 2021).⁽³⁾ Estas excepciones, no alegadas por el Estado en los procesos judiciales que analizaremos a continuación, se encuentran en el artículo 8° de la Ley Nacional de Acceso a la Información Pública y son de carácter eminentemente restrictivo.⁽⁴⁾

Según el autor previamente citado, “ese abordaje colectivo de estas libertades ha permitido dotar de una especial fuerza al acceso de la información pública como uno de los derechos incluidos dentro del ámbito de tutela de la disposición” (Bautista Justo, 2021).⁽⁵⁾ Además, según ha expresado la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, la información estatal o en poder del Estado brindada a la sociedad civil constituye un fortalecimiento en la forma de participación y control por parte de la ciudadanía y, en definitiva, del respeto por las normas comunes que todo Estado de derecho debe tener (Bautista Justo, 2021).

Respecto a la deuda con el Fondo, es importante señalar las acciones judiciales llevadas adelante conjuntamente entre la Coordinadora de Abogadx de Interés Público (CAIP), el Movimiento Nacional de Empresas Recuperadas y el Centro de Estudios Estratégicos para la Integración Financiera (Cinfin). Concretamente a dos de ellas:⁽⁶⁾

otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vía o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones. 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.”

(3) En referencia a los casos de la Corte IDH (“Claude Reyes...”, 2006: párr. 92 y cctes.; 2010: párrs. 230-231).

(4) Dicho de otra manera: en caso de duda, debe estarse **siempre a favor de la divulgación**.

(5) En referencia a los casos de la Corte IDH (“López Álvarez...”, 2006: párr. 163; 2005: párr. 69; “Ricardo Canese...”, 2004: párrs. 77-80; “Herrera Ulloa...”, 2004: párrs. 108-111; 1999: párrs. 146-149).

(6) En honor a la brevedad no indagaremos sobre una tercera acción intentada, ya no para obtener la información pública, sino con la pretensión de que se declare nula la Carta de intención y los memorandos adjuntos por incumplir los requisitos que mencionamos en el presente trabajo. *La causa de nulidad es “Murúa, Eduardo c/ EN – BCRA s/ Proceso de conocimiento”* (CAF 064538/2019), de trámite ante el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 9, actualmente pendiente de resolución en la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Caso "Murúa" (Expte. 47.456/2018)

En el expediente de referencia se solicitó judicialmente al Estado nacional la entrega de:

- El texto completo del contrato a ser firmado, el Memorando y la Carta de intención suscripta con el FMI así como "cualquier otra documentación complementaria del empréstito *"credit stand by"* suscripto con el FMI".⁽⁷⁾
- El detalle de las características financieras del acuerdo, esto es, en palabras de los demandantes, "montos acordados, modalidad y plazo de desembolso de fondos, costos financieros (tasas de interés, cargos, prórrogas de jurisdicción, comisiones, aforos y toda otra información directamente vinculada con el empréstito contraído".⁽⁸⁾

La acción intentada fue rechazada *in limine*⁽⁹⁾ por no haber agotado previamente la vía administrativa conforme lo solicitan los art. 9° y 14 de la ley nacional 27.275 llamada "De acceso a la información pública",⁽¹⁰⁾ tanto por primera instancia como por la Cámara; actualmente se encuentra en los estrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) para resolver el recurso extraordinario federal interpuesto por CAIP.⁽¹¹⁾

Sin perjuicio del rechazo, se obtuvo allí –en palabras de los abogados de CAIP– "la primera pieza de este rompecabezas" (Bernal, Martinelli y Verbic, 2021), ya que cuando el Ministerio de Hacienda contestó el recurso extraordinario federal sostuvo que toda la información solicitada "estaba disponible en el sitio web oficial de la jurisdicción" e insertó el link web pertinente.⁽¹²⁾ Dicho enlace contenía, y contiene al día de hoy, la primera Carta de Intención y sus dos memorandos adjuntos (posteriormente se agregó la ampliación por USD 7.100.000.000).⁽¹³⁾

(7) La demanda completa puede descargarse en: fmiargentinahome.files.wordpress.com/2019/05/2018-06-12-demanda-amparo-acceso-informacion-3b3n-pc3bablica-crc3a9dito-fmi.pdf

(8) Véase fmiargentinahome.files.wordpress.com/2019/05/2018-06-12-demanda-amparo-acceso-informacion-3b3n-pc3bablica-crc3a9dito-fmi.pdf

(9) El término *in limine* consiste en el rechazo de la acción judicial al ser iniciada por no ajustarse a las reglas o requerimientos de procedimiento legalmente establecido.

(10) Según surge de la norma aludida, debe solicitarse la información pública en sede administrativa y, ante la denegatoria o la entrega incompleta de la misma, puede accionarse judicialmente.

(11) El caso tramitó en el juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo N° 1, con sentencia del 06/07/2018 y en la Sala III de la Cámara de Apelaciones Contencioso Administrativo Federal cuya sentencia fue el 04/10/2018. Esta y toda la información y documentación de las vías intentadas pueden encontrarse en: fmiargentina.com/

(12) Véase www.argentina.gob.ar/economia/finanzas/deudapublica/cartadeintencionmemorandumdepolicaseconomicas

(13) Los memorandos son los de Políticas económicas y financieras y Entendimiento técnico.

Caso "Codianni" (Expte. 7651/2019)

Paralelamente, CAIP presentó otro pedido –esta vez en sede administrativa– de acceso a la información pública con un mayor detalle en el pedido puesto que se había contado con la información de la Carta de intención y los memorandos mencionados.

En dicha solicitud se requirió:

- a. Texto completo del contrato firmado entre las partes, términos de referencia, todos sus anexos y cualquier otra documentación conexas o complementaria del empréstito "*credit stand by*" contraído con el FMI.
- b. Condiciones establecidas en el marco de dicho empréstito. Entre ellas, se informe específicamente si se han suscripto cláusulas con prórroga de jurisdicción hacia tribunales extranjeros arbitrales, administrativos y/o judiciales para resolver controversias derivadas del empréstito.
- c. Informes, dictámenes y/o cualquier otro documento donde las reparticiones públicas con competencia en la materia se hayan expedido, con carácter previo a la toma del empréstito, sobre el impacto y distribución presupuestaria prevista para enfrentar las condiciones impuestas por el crédito en cuestión.
- d. Detalle de las características financieras del acuerdo. Entre ellas, como mínimo, las siguientes: montos acordados, modalidad y plazo de desembolso de fondos, costos financieros (tasas de interés, cargos y otras comisiones), aforos y toda otra característica financiera que pueda incidir en la carga de los compromisos a ser atendidos.
- e. Expediente/s administrativo/s donde se desarrolló el procedimiento previo a la toma de decisión administrativa para contraer el empréstito en cuestión. Al respecto se solicita especialmente que informe número de expediente y entregue copia completa de su contenido (en especial, dictámenes, informes técnicos y documentos donde conste la intervención de los organismos de asesoramiento y control nacionales, así como todo acto administrativo dictado en el contexto del mismo).
- f. Respecto del documento fechado el 12 de junio de 2018 que el Ministerio de Hacienda ha publicado en su página web, el cual correspondería a la carta de intención dirigida por Sturzenegger y Dujovne a la Sra. Lagarde y su anexo "Memorándum de políticas económicas y financieras" (simples pdf carentes de sellos oficiales, membrete, firmas auténticas o referencia a expediente alguno), se solicita la entrega de copia de los documentos originales y de todos los informes o dictámenes técnicos que se produjeron con carácter previo a definir el contenido y alcances de dichos documentos (Bernal, Martinelli y Verbic, 2021).

El 28 de diciembre de 2018 el Ministerio de Hacienda respondió que "[l]a firma del acuerdo es una potestad del Poder Ejecutivo por lo que no requieren dictámenes previos ni aprobación del Congreso Nacional. La Ley de Administración Financiera 24.156, que aplica porque somos parte del FMI desde 1956, así lo indica" (Bernal, Martinelli y Verbic, 2021).

La referencia, como indican los abogados de la Coordinadora mencionada, es al artículo 60, último párrafo, de la LAF que establece: *“Si las operaciones de crédito público de la administración nacional no estuvieran autorizadas en la ley de presupuesto general del año respectivo, requerirán de una ley que las autorice expresamente. Se exceptúa del cumplimiento de las disposiciones establecidas precedentemente en este artículo, a las operaciones de crédito público que formalice el Poder Ejecutivo Nacional con los organismos financieros internacionales de los que la Nación forma parte”*.⁽¹⁴⁾

Ahora bien, ante la clara omisión de la mayoría de los datos solicitados, fue interpuesta por CAIP una nueva acción de amparo en los términos de los artículos 13 y 14 de la ley 27.275.⁽¹⁵⁾ Cuando el plazo estaba a punto de vencer, solo faltaba un día, el Ministerio de Hacienda informó extrajudicialmente que los expedientes administrativos solicitados estaban a disposición de los actores. Por su parte, en sede judicial, contestaron que el amparo interpuesto era abstracto puesto que ya se había entregado toda la información pública solicitada (Bernal, Martinelli y Verbic, 2021).

Del estudio realizado por CAIP de los expedientes mencionados surge, en sus palabras, “que diversa información continuaba sin ser entregada” (Bernal, Martinelli y Verbic, 2021).

El 13 de mayo del 2019 el juez de la causa rechazó la acción intentada considerando que “los dictámenes previos no existirían”, por lo que no existiría la denegatoria del Poder Ejecutivo a entregarlos. El problema es que la sentencia omitió todo tipo de referencia al resto de la información requerida y que el Ministerio de Hacienda no entregó.⁽¹⁶⁾

La Cámara, por su lado, revocó la decisión y ordenó al Ministerio de Hacienda de la Nación a “que informe respecto de la existencia o inexistencia de la información en cuestión y, en su caso, que procesa a su entrega”.⁽¹⁷⁾

Actualmente la decisión se encuentra con efecto suspensivo por el recurso extraordinario federal interpuesto desde finales del 2019, por lo que, en palabras de los Dres. Bernal, Martinelli y Verbic, “actualmente se está renegociando con el FMI un acuerdo que no se conoce públicamente y respecto del cual el Estado Nacional está condenado a (i)

(14) El resaltado me pertenece.

(15) El expediente es el 7651/2019, “Codianni, Eduardo Julio c/ EN s/ amparo Ley 16.986” y tramitó ante el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 10, Secretaría N° 19, y ante la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Según surge en el Sistema de consultas web del Poder Judicial de la Nación (scw.pjn.gov.ar/scw/home.seam), se encuentra desde fines del 2019 en trámite ante la CSJN.

(16) A modo de ejemplo, Bernal, Martinelli y Verbic (2021) indican que solicitaron información sobre “A, B, C, D y la sentencia rechazó el pedido solo “porque A no existiría”, lo cual constituye una omisión grave en el tratamiento de las pretensiones jurídicas planteadas.

(17) La sentencia puede verse en: fmiargentinahome.files.wordpress.com/2019/09/2019-09-12-codianni_sentencia-fondo-camara.pdf, o bien ingresando al Sistema de consultas web con los datos del expediente: CAF N° 7651/2019.

confirmar si existe; y (ii) en caso afirmativo, entregar su texto y toda la información vinculada que no se encuentra en los expedientes administrativos” (2021).⁽¹⁸⁾

Por su parte, en los expedientes administrativos mencionados⁽¹⁹⁾ se observa que el crédito se contrajo con las siguientes condiciones:

- a. "Sin expediente: el Ministerio de Hacienda inició el expediente el 21 de junio de 2018. Es decir, una semana después de que promovimos la demanda judicial del caso "Murúa" (rechazado *in limine* conforme expuse en el punto II.1), y nueve días después de la fecha de firma de la Carta de intención.
- b. Sin dictamen jurídico previo a la firma de la Carta de intención.
- c. Sin el dictamen técnico previo que debió emitir el BCRA sobre cómo la deuda iba a impactar en la balanza de pagos (conforme lo exige con claridad el art. 61 de la ley 24.156).⁽²⁰⁾
- d. En base a datos y proyecciones contenidos en los memorandos técnicos adjuntos a la carta de intención (Memorándum de Políticas económicas y financieras y Memorándum de entendimiento técnico) que no se fundan en estudio, informe, dictamen u opinión técnica alguna.
- e. Sin actos administrativos mediante los cuales se haya decidido tomar el crédito: no obra en los expedientes decreto presidencial alguno, resolución del Directorio del BCRA ni resolución del Ministerio de Hacienda" (Bernal, Martinelli y Verbic, 2021).

Amén de lo expuesto hay algo todavía más grave: **no surge de toda la documental mencionada el acuerdo que otorgó el crédito, ni el acto formal de aprobación de la carta de intención por parte del FMI** (Bernal, Martinelli y Verbic, 2021). Es necesario indicar que, en palabras de la propia Carta de Intención, los memorandos son "hitos que deben usarse para el diseño del acuerdo 'stand by'".⁽²¹⁾

Todo ello conlleva el claro incumplimiento del artículo 7° de la LNPA que consigna los requisitos esenciales de los actos administrativos, entre los cuales se encuentran: la competencia, la causa, el objeto, los procedimientos, la motivación, la finalidad.⁽²²⁾ Toda

(18) El resaltado me pertenece.

(19) Estos pueden verse en los siguientes enlaces: fmiargentinahome.files.wordpress.com/2019/05/2019-04-10-expte.-i-primer-acuerdo-acuerdo.pdf y fmiargentinahome.files.wordpress.com/2019/05/2019-04-10-expte.-ii-segundo-acuerdo.pdf

(20) El art. 61 de la LAF indica que "[e]n los casos que las operaciones de crédito público originen la constitución de deuda pública externa antes de formalizarse el acto respectivo y cualquiera sea el ente del sector público emisor o contratante, deberá emitir opinión el Banco Central de la República Argentina sobre el impacto de la operación en la balanza de pagos". El resaltado me pertenece.

(21) Véase <https://www.argentina.gob.ar/economia/finanzas/deudapublica/cartadeintencionmemorandumdepolicitaseconomicas>

(22) Artículo 7°: "Son requisitos esenciales del acto administrativo los siguientes: a) ser dictado por autoridad competente; b) deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que le sirvan de causa y en el derecho aplicable; c) el objeto debe ser cierto y física y jurídicamente posible debe decidir todas las peticiones formuladas, pero puede involucrar otras no propuestas, previa audiencia del interesado y siem-

vez que no se indica ni la causa, ni el procedimiento, ni la motivación, ni la finalidad y ninguno de los documentos entregados por el Estado cuenta con la firma del entonces presidente Mauricio Macri a la hora de tomar el crédito toda vez que, según el artículo 60, parte final, de la LAF indica que es que el Poder Ejecutivo nacional quien se encuentra facultado para formalizar los acuerdos con los organismos financieros y no quienes supuestamente suscribieron a la Carta de intención.⁽²³⁾

Lo mencionado constituye una gravedad institucional sin precedentes, ya que no solo la toma de deuda evitó el tratamiento parlamentario; en palabras del Dr. Juan Bautista Justo, “[l]a jerarquización de la participación en los términos del art. 23⁽²⁴⁾ obedece a que las justas exigencias de la democracia deben orientar la interpretación de la Convención –en referencia a la Convención Americana de Derechos Humanos– y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas (Corte IDH, OC-5/85, 1985: párr. 144). No es posible compatibilizar con esas directivas a una decisión de endeudamiento y asunción de condicionalidades que, pese a tener proyecciones intergeneracionales, ni siquiera atravesó los filtros del sistema representativo clásico” (Bautista Justo, 2021). Sino que, **aun habiéndose realizado por un procedimiento administrativo propio del Poder Ejecutivo tampoco se cumplieron con los requisitos básicos que este exige.**

Lo expuesto no excusa la debida diligencia que debe tener todo acreedor. A modo de ejemplo puede mencionarse el crédito que otorga un banco a cualquier persona: antes de otorgarlo, el banco constatará la viabilidad del retorno de dinero mediante distintos mecanismos y acreditaciones (comprobación del salario del deudor, propiedades a su nombre, etc.).

pre que ello no afecte derechos adquiridos; d) antes de su emisión deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo que establezcan otras normas especiales, considérase también esencial el dictamen proveniente de los servicios permanentes de asesoramiento jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos subjetivos e intereses legítimos; e) deberá ser motivado, expresándose en forma concreta las razones que inducen a emitir el acto, consignando, además, los recaudos indicados en el inciso b) del presente artículo; f) habrá de cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor, sin poder perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto. Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad”.

(23) Tampoco se observa ninguna facultad otorgada por este a quienes figuran como firmantes: Nicolás Dujovne, en su calidad de Ministro de Hacienda, y Federico Sturzenegger, en su calidad de Presidente del Banco Central de Argentina.

(24) Artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

Importancia de conocer el acuerdo con el FMI: breve referencia al caso “NML Capital vs. Republic of Argentina”

Ahora bien, ¿por qué es tan importante conocer en detalle el acuerdo con el FMI? Existen algunas cláusulas en materia contractual que son sumamente importantes a la hora de discutir cualquier posibilidad de reestructuración de la deuda y una particularmente importante: **¿dónde se dirime cualquier tipo de conflicto judicial en caso existir?**⁽²⁵⁾ Tenemos un antecedente no muy alejado en el tiempo y es el caso “NML Capital vs. Republic of Argentina”, también conocido como “el juicio del siglo” (Mander, 2014) donde el *lawfare* no penal⁽²⁶⁾ muestra la utilización de mecanismos legales con fines netamente geopolíticos.

Como muchos sabrán, en el año 2005, Argentina ofreció una reestructuración de deuda intercambiando los títulos *defaulteados*⁽²⁷⁾ por nuevos títulos de deuda. El Congreso Nacional impulsó y acompañó dicha medida sancionando la ley 26.017 que prohibió al Poder Ejecutivo reabrir la oferta de canje con la finalidad de lograr la mayor cantidad de adhesión posible. El 76% de los acreedores realizaron el intercambio de los títulos de deuda (Martinelli, 2021). Posteriormente, en el año 2010 la Argentina suspendió los efectos de la ley citada y propuso una segunda oferta de canje que permitió convencer a la mayoría de los que habían rechazado la primera oferta. Entre ambas renovaciones se logró acordar con el 92% de los acreedores (Martinelli, 2021).

Entre el 8% restante se encontraban distintos fondos de inversión, entre ellos NML Capital, que promovió una acción judicial a efectos de cobrar la totalidad del monto adeudado, por lo que el Poder Judicial estadounidense condenó a la Argentina a pagar sumas exorbitantes de dinero a fondos de inversión (también denominados “*holdouts*” o *fondos buitres*)⁽²⁸⁾ que bloquearon el proceso de reestructuración de la deuda soberana de un país.

La sentencia del juez Griesa configuraba un precedente muy negativo en miras a reestructuraciones de deuda puesto que “invitaba a los acreedores a no aceptar quitas de

(25) Al momento de escribir estas palabras no existen antecedentes de judicializaciones por parte del FMI. Los cobros realizados por el organismo se realizan a través de sus “recomendaciones” a los países, especialmente indicando la importancia en el ajuste fiscal, lo cual deriva, inexorablemente, en un menor reconocimiento de derechos por parte de los Estados.

(26) Generalmente existe una concepción de que el *lawfare* solo consiste en la persecución penal –y el bombardeo mediático– de miembros referentes de determinados grupos políticos pero también se utiliza para discutir medidas con alto impacto económico y social en otros fueros judiciales que muchas veces los medios de comunicación eligen deliberadamente no mostrar.

(27) Estos títulos habían caído en *default* durante la crisis del 2001 en Argentina.

(28) El nombre de los carroñeros viene dado porque estos compran títulos de deuda emitidos por un Estado que ha incurrido en cesación de pagos o *default* a precios irrisorios para, posteriormente, iniciar acciones legales con la finalidad de cobrar la totalidad de la deuda.

capital e intereses sino a litigar por el monto total de lo adeudado". En efecto, el magistrado condenó al pago de la deuda pero Argentina no cumplió y los fondos buitres incorporaron dos pedidos: una medida de *discovery* para identificar bienes argentinos radicados en el mundo y una orden de hacer para obligar a Argentina a pagarle a los fondos buitres de la misma forma que se le estaba pagando al 92% de acreedores que aceptaron la reestructuración de la deuda (Martinelli, 2021).

Según indica el Dr. Martinelli, NML realizó planteos atinentes a que Griesa forzara al país a cumplir con las sentencias extendiendo su jurisdicción hacia instituciones financieras ajenas a la controversia que prestaban servicios al país **forzando a Argentina a que optara entre pagarle a todos los acreedores (tanto a los *holdouts* como a los "reestructurantes") o no pagarle a ninguno y entrar nuevamente en *default***. La estrategia, explica el abogado mencionado, no es nueva, ya que en 1995 se realizaron pedidos similares por parte de los mismos acreedores⁽²⁹⁾ contra Perú cuando buscó reestructurar la deuda soberana (Martinelli, 2021).

Según se explica en el trabajo analizado, "la FSIA⁽³⁰⁾ estableció que las cortes distritales solo tienen jurisdicción para embargar y/o ejecutar bienes soberanos que se encuentren en territorio estadounidense y tengan fines comerciales. Al legislar de esta forma, el Congreso estadounidense no reconoció jurisdicción a las cortes de EEUU para que puedan afectar la libre disponibilidad de bienes soberanos radicados fuera del país" (Martinelli, 2021) y, haciendo una interpretación totalmente contraria a su espíritu, el juez Griesa consideró que Argentina violó la cláusula "*pari passu*"⁽³¹⁾ porque estaba priorizando el pago de los acreedores reestructurados por sobre aquellos que no aceptaron la novación⁽³²⁾ de la obligación crediticia y ordenó un "*post judgement discovery in aid of execution*"⁽³³⁾ contra dos bancos para que informen sobre los bienes argentinos radicados fuera del país para que informen sobre "(i) cuentas bancarias de Argentina en el mundo; (ii) la forma en que Argentina movía dichos activos y (iii) dónde y cuándo podrían embargarse/ejecutarse". A la vez que emitió una orden de hacer "de carácter

(29) Concretamente lo realizó "Elliot Associates", controlante de NML Capital.

(30) Siglas de la "*Foreign sovereign immunities act*" cuya traducción sería "Ley de inmunidades soberanas extranjeras", una norma creada por los Estados Unidos con la finalidad de evitar desgastes diplomáticos en razón de la utilización desorbitante de las facultades judiciales para el cobro de activos de Estados soberanos.

(31) La cláusula denominada "*pari passu*" significa, en latín, "con igual paso", entendiéndose como la búsqueda de la igualdad entre los diferentes acreedores, no pudiendo "beneficiar a unos por sobre otros".

(32) La novación consiste en la extinción de una obligación por la creación de una nueva. Así, los acreedores que intercambiaron los títulos defaulteados por otros nuevos extinguieron la obligación anterior aceptando, por parte del Estado deudor, un nuevo crédito con sus respectivas condiciones renunciando, de esta manera, al cobro del título originario puesto que esa obligación dejó de existir.

(33) Según explica Martinelli (2021), es una de las variantes del *discovery* pero que, a diferencia del más común denominado "*pre-trial*" que se realiza con anterioridad al proceso judicial en miras de acceder a la prueba, este se desarrolla con la finalidad de recolectar prueba sobre la existencia de bienes de la parte vencida en un proceso para que puedan ser ejecutados, cumpliendo así con la sentencia.

permanente que impidiera a Argentina continuar pagando los créditos reestructurados hasta que el país no pagara a los *holdouts*". Ahora bien, el artículo 1609 de la FSIA prohíbe el embargo y la ejecución de los bienes de un Estado extranjero, incluso dentro de los Estados Unidos, excepto que estos sean bienes para actividades comerciales en dicho país (artículo 1610 FSIA); es decir: **en vez de utilizar un embargo propiamente dicho (la imposibilidad de disponer libremente de un bien sin que este esté sometido a un crédito) dictó una orden de hacer que obliga a utilizar los bienes de determinada manera.**⁽³⁴⁾

Ante la confirmación de la Cámara acerca de lo decidido por Griesa, Argentina interpuso un recurso extraordinario ante el Máximo Tribunal norteamericano para determinar si la FSIA permite a las jurisdicciones distritales obligar a un país a usar bienes en el exterior de determinada forma. Apoyando lo sostenido por Argentina intervinieron Colombia, Francia, México, Paraguay y hasta el propio Departamento de Estado de Estados Unidos solicitando al Tribunal Supremo que concediera el recurso y limitara la jurisdicción de Griesa; la Corte Norteamericana ni siquiera habilitó la instancia (Martinelli, 2021).

Como sostuvieron Guzmán y Stiglitz (2017), con la orden de hacer de Griesa se impidió pagar a más del 92% de los acreedores a pesar de que el Estado tenía dinero y la intención de hacerlo. Ello conlleva, además, una vulneración de derechos de aquellos acreedores que no fueron parte en el proceso judicial y que se veían impedidos de cobrar lo acordado por un juicio donde ninguno de ellos pudo defenderse.

Lo importante del caso, más allá del pago voluntario de los USD 9.300 millones por parte del entonces presidente Mauricio Macri que "terminó con el conflicto", es observar cómo una cláusula que determina la zona donde se determinará la disputa es central a la hora de discutir en términos jurídicos (o más bien políticos) las consecuencias fácticas de lo que se lleva a los tribunales.

En el caso de la deuda contraída en el año 2018 con el FMI no se sabe, al día de hoy, si existe una cláusula que determine el lugar donde se dirimiría judicialmente un conflicto en caso de existir y, por lo tanto, las reglas que se aplicarían. Entiendo, conforme lo ha demostrado la historia, que los tribunales normalmente elegidos son aquellos favorables a los prestamistas por razones obvias: nadie le proporciona dinero a alguien (o a un Estado, en este caso) sin garantías de cobro o beneficio alguno.

Dicho programa económico esquiva, hoy, el escrutinio de la ciudadanía argentina.

(34) Según explica Martinelli (2021), en la apelación planteada por la República Argentina contra esta orden se citó al caso "S & S Machinery Co. V. Masinexportimport" (1983) donde la misma Cámara reconoció que no tienen sentido las inmunidades otorgadas si se permite utilizar las órdenes de hacer para lograr la misma finalidad de aquello que estaba prohibido (realizar embargos) por la FSIA. Sin embargo, la Cámara confirmó lo resuelto por Griesa alegando que "la orden de hacer tenía un propósito diferente al de un embargo".

Las “recomendaciones” de los organismos internacionales de financiamiento

Si bien es cierto que no existen, al día de hoy, judicializaciones por parte del FMI para cobrar sus “préstamos” la realidad es que generan presión a través de sus “recomendaciones” que derivan, ineludiblemente, en el ajuste fiscal y el recorte de las facultades de intervención estatal que solo consolida el poder de aquellos grupos de poder externos a la Administración Pública.

En palabras del propio Fondo Monetario Internacional, “... cuando un país obtiene crédito del FMI, el gobierno se compromete a ajustar la política económica para superar los problemas que le llevaron a solicitar asistencia financiera a la comunidad internacional. Las condiciones de estos préstamos también sirven para garantizar que el país será capaz de reembolsar los recursos al FMI, de manera que esos recursos puedan ponerse a disposición de otros países miembros que los necesiten. Las reformas de los préstamos aprobadas en 2009 simplificaron la condicionalidad del FMI para ayudar a que los países se identifiquen mejor con políticas sólidas y eficaces” (2018).

A modo de ejemplo basta citar el llamado *Global Austerity Alert* (Ortiz & Commins, 2021) donde se analizan las proyecciones de gasto público por parte del FMI hasta el 2025; del documento surge que 5,6 billones de personas en 2021 (un 75% de la población mundial); 6,6 billones en 2022 (85%); y, para 2025, 6,3 billones de personas (78% de la población) se verán afectadas por políticas de ajuste fiscal.

Afirman también que tras breves periodos de expansión fiscal (o aumento de gasto público en políticas públicas) los gobiernos, aconsejados por el FMI, el G20 y otros grupos que fomentan el neoliberalismo moderno, rápidamente se retrotraen en lo que respecta a la inversión social produciendo consecuencias negativas para las grandes mayorías, especialmente las más vulnerables (Ortiz & Commins, 2021).

Conclusión

La emisión de deuda por parte del macrismo fue voraz, en palabras de Alfredo Zaiat (2021), la cual se emitió “a ritmo y monto récords históricos durante la administración macrista-radical 2015-2019”. De lo expuesto surge que el Poder Judicial sigue denegando, al día de hoy, la discusión sobre la toma de deuda pública y la información que de la misma ocultó el macrismo.

Sin perjuicio de la ilegalidad de la toma de deuda y las consecuencias internas que, según el derecho internacional, no le serían oponibles al FMI *a priori*, las consecuencias internas deben meritarse en forma oportuna para evitar la repetición de las vulneraciones realizadas.

En efecto, en nuestro país tenemos el antecedente del caso *"Olmos, Alejandro s/ dcía"*⁽³⁵⁾ donde se comprobaron 477 delitos cometidos en la toma de deuda externa con complicidad entre grupos económicos y funcionarios de alto rango durante la última dictadura. ¿El problema de esta sentencia? Fue dictada el 13 de julio del año 2000, 24 años después de los hechos.

Hoy tenemos comprobada la ilegalidad de la toma del crédito más grande otorgado por el FMI en su historia. Esperemos, esta vez, tener un Poder Judicial a la altura de las circunstancias históricas.

Referencias

- Andrés Bernal, Augusto Martinelli y Francisco Verbic** (2021) "La nulidad del crédito de Argentina con el Fondo Monetario Internacional" en *Revista Derechos en Acción* (La Plata) Vol. 19, N° 19.
- Bautista Justo, Juan** (2021) "El acuerdo entre el FMI y Argentina en 2018: control de convencionalidad" en *Revista Derechos en Acción* (La Plata) Vol. 18, N° 18.
- Echeverría, Guillermo** (2012) "El acceso a la información pública El derecho y sus límites" en *Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ)*. ID SAIJ: DACF120209.
- Mander, Benedict** (2014) "Slow painful ending for "trial of the century" en *Financial Times* (Londres). www.ft.com/content/4259c837-e503-36ba-bf40-6974611f1768
- Martinelli, Augusto** (2021) "La 'jurisdicción exorbitante' del Poder Judicial norteamericano: El caso de los fondos buitres contra la República Argentina en *Revista Derechos en Acción* (La Plata) Vol. 20, N° 20.
- Mur Robert** (2018) "Argentina recibe el mayor préstamo en la historia del FMI" en *La Vanguardia* (Barcelona). www.lavanguardia.com/economia/20180609/444222786362/fmi-rescate-argentina-prestamo.html
- Ortiz, Isabel & Commins, Matthew** (2021) *Global Austerity Alert. Looming budget cuts in 2021-25 and alternative pathways* (Nueva York: Initiative for Policy Dialogue). policydialogue.org/files/publications/papers/Global-Austerity-Alert-Ortiz-Cummins-2021-final.pdf
- Stiglitz, Joseph E. & Guzmán, Martín** 2017 "Argentina default? Griesa fault is much more accurate" en *The Guardian* (Londres). www.theguardian.com/business/2014/aug/07/argentina-default-griesafault-more-accurate
- Zaiat, Alfredo** 2021 "Deuda: Lo peor de una herencia horrible" en *Página/12* (Buenos Aires). www.pagina12.com.ar/378317-deuda-lo-peor-de-una-herencia-horrible

(35) Caso *"Olmos, Alejandro s/ dcía"* – Expte N° 7.723/98 que tramitó en el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 2 de Capital Federal. Comúnmente llamado fallo "Balletero", por el juez que dictó la sentencia o "la Sentencia Olmos".

Referencias jurisprudenciales

- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]**, "Caso Ivcher Bronstein vs. Perú", Competencia, 24/09/1999.
- Corte IDH**, "Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 02/07/2004.
- Corte IDH**, "Caso Palamara Iribarne vs. Chile", Fondo, Reparaciones y Costas, 22/11/2005.
- Corte IDH**, "Caso Ricardo Canese vs. Paraguay", Fondo, Reparaciones y Costas, 31/08/2004.
- Corte IDH**, "Caso Claude Reyes y otros vs. Chile", Fondo, Reparaciones y Costas, 19/11/ 2006.
- Corte IDH**, "Caso López Álvarez vs. Honduras", Fondo, Reparaciones y Costas, 01/02/2006.
- Corte IDH**, "Caso Gómez Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil", Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24/11/2010.
- Corte IDH**, "Caso I. V. vs. Bolivia", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 30/11/2016.

Referencia normativa

- Corte IDH**, OC-5/85 "La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)", 13/11/1985.

MARTÍN ERDMANN MC DONALD*

El rol de la Constitución Nacional en la implementación del modelo neoliberal

Lawfare

Si no se logran dimensionar las repercusiones, los objetivos que persigue y a quiénes beneficia el *lawfare* por fuera de la esfera penal, se puede caer en el pecado de una interpretación parcial, pensándolo como un fin en sí mismo.

Podemos caracterizarlo como la manipulación de instrumentos jurídicos por un sector del Poder Judicial y del Ministerio Público Fiscal (en adelante, MPF),⁽¹⁾ cuya finalidad directa e inmediata es la persecución jurídica de líderes populares, la estigmatización de lxs mismxs⁽²⁾ y los proyectos políticos que encarnan, como también el disciplinamiento del resto de la fuerza política que se ve representada por dichas figuras públicas.

Estos sectores políticos víctimas del *lawfare* se ubican dentro de un bloque ideológico similar respecto de cómo llevar adelante los destinos de los países latinoamericanos, procesos que podemos ubicar dentro de los denominados “nacionales y populares” o “progresistas”, con una mirada integradora de los países de la Patria Grande.

El *lawfare* se inicia con la presencia de un sector político opuesto al acusado, alineados con las ideas del neoliberalismo, quienes instan las acciones penales denunciando diferentes hechos que, en forma casi simultánea, cuentan con la presencia clave de los me-

(*) Director de Asuntos Jurídicos de Personas en Situación de Encierro (Subsecretaría de Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires). Abogado (Universidad Nacional de La Plata). Auxiliar Docente con funciones de adjunto en la Comisión 43, Cátedra 3 de Historia Constitucional (Universidad Nacional de La Plata).

(1) En adelante “MPF”

(2) La presente ponencia se encuentra redactada haciendo uso del lenguaje inclusivo; se implementa la letra “x” en cada palabra que requiera expresar la diversidad de géneros existentes.

dios masivos de comunicación, quienes moldean la opinión pública, instalando la idea de la efectiva comisión de un delito más allá de lo que pueda surgir del proceso penal.

A partir de allí se procede al desprestigio y condena social anticipada sobre las personas señaladas, creándole a un sector del Poder Judicial y del MPF el clima social necesario para darle continuidad a las denuncias iniciadas más allá de la existencia de pruebas o un supuesto hecho delictivo, generando una sinergia entre poder político, comunicacional y judicial por fuera de las garantías penales del Estado de derecho.

Por medio de este esquema de poder, lo que se pretende es disfrazar de legalidad y justicia un proceso que desde su origen evidencia una distorsión o abuso del sistema penal con la clara intención de destruir lo que identifican como un "enemigo político".

La consecuencia será muy clara: la violación de derechos y garantías constitucionales fundamentales durante el proceso penal, siendo aquellos la base de la Constitución misma y debieran servir como impedimento al avasallamiento del Estado sobre lxs ciudadanxs. Que las víctimas de estos instrumentos dolosos sean miembros representativos de los espacios políticos más relevantes de América Latina conlleva una denigración y desprestigio del propio sistema democrático.

El *lawfare* no es un fin en sí mismo, su esencia radica en convertirse en un instrumento que forma parte de un sistema de ideas de dominación de escala regional. Su finalidad esencial es otra, es el circo mediático que se genera en esta escenografía judicial para ocultar la búsqueda de un objetivo concreto: la implantación de un modelo neoliberal en la región.

Neoliberalismo: ¿qué es?

El neoliberalismo es un sistema de ideas de dominación de escala global e incidencia regional directa, una mutación contemporánea del capitalismo, una nueva fase. Puede ser analizado desde múltiples miradas, en lo particular tomaré algunos rasgos sistematizados por distintos autores.

Hay una constante en esta mutación y es la cuestión económica. La disputa por el rol de los mercados y de los Estados, la distribución de la renta, la tensión entre un modelo de especulación y otro de producción son algunas de las discusiones. En cuanto a las consecuencias para con los Estados nación, el máximo condicionamiento es el proceso de toma de deuda externa, transformándolo en una herramienta de sometimiento, siendo actores claves de este andamiaje los organismos multilaterales de crédito,⁽³⁾ los actores financieros mundiales y lxs representantes de este sistema en el plano nacional.

(3) En adelante "OMC"

Esta nueva fase del capitalismo trae aparejado una serie de aditivos que se vinculan intrínsecamente con el control, el dominio y la construcción de un nuevo sujeto. El fin de este sistema es apropiarse del Sujeto y del Estado por medio de la economía como eje central.

Foucault (1976) identifica los mecanismos por donde transita y se teje el poder cuando habla de los dispositivos de poder de la biopolítica, ese muro infranqueable entre lo racional y lo irracional, un supuesto saber indiscutible de lxs expertxs, que genera un proceso de normalización de las sociedades. Analiza la realidad desde las lógicas de la dominación, del ejercicio del poder, donde el sistema imperante impone sus condiciones a partir de los dispositivos que limitan el devenir histórico de las personas.

Estas formas en que trabaja el capitalismo moderno se expanden aún más cuando nos referimos al neoliberalismo. Se pretende mantener la dependencia y dominación en términos materiales y externos, incorporando nuevos objetivos como la disputa por la propia subjetividad del sujeto. Una dominación inconsciente e interna, individual y colectiva, siendo el gran objetivo de la cuestión neoliberal la producción de subjetividad y, por medio de ello, la sumisión a un sistema de dominación.

El poder trabaja sobre dos líneas de acción: por un lado, a través de la coerción; por el otro, desde el consenso, donde se intenta naturalizar las ideas dominantes hasta el punto de volverlas invisibles, escondiendo el acto de imposición (Aleman, 2016). Allí comienza a trabajar el lenguaje, tomando mayor relevancia los medios de comunicación, atento a que, en esta nueva era de la humanidad, se han conformado como un cuarto poder.

Aleman explica que en lo simbólico el lenguaje posee dos dimensiones: una de dependencia y subordinación del ser hablante, siendo la lengua el medio por el que el sujeto se constituye como tal; su otra dimensión es la dominación sociohistórica, la cual sufre transformaciones conforme las épocas. El autor advierte que la ambición del neoliberalismo es alcanzar esa primera dependencia, afectar los cuerpos como la palabra para la creación de un nuevo sujeto al cual denomina "hombre nuevo", líquido, fluido, sin historia (Aleman, 2016).

El punto central de la ambición neoliberal es crear sujetxs moldeadxs a la necesidad del mercado, y para ello implementa una serie de dispositivos de producción de subjetividades, los cuales versan en la creación de un discurso con pretensión totalizante, de carácter ilimitado y fundamentado en supuestos saberes objetivos e irrefutables diseñados por supuestos "expertxs". Esta cuestión no es novedosa en su fin sino en sus medios. Arturo Jauretche (1957) lxs denominaba como "*la intelligentzia*", colocando a lxs expertxs como un eslabón de la cadena de la "colonización pedagógica".

Si bien el neoliberalismo posee particularidades que lo diferencian de aquel momento histórico, el sistema que implementa se nutre de aquella propuesta globalizante de

dominación. En ese sentido Jauretche escribe: “A la estructura material de un país dependiente corresponde una superestructura cultural destinada a impedir el conocimiento de esa dependencia, para que el pensamiento de los nativos ignore la naturaleza de su drama y no pueda arbitrar propias soluciones, imposibles mientras no conozca los elementos sobre los que debe operar, y los procedimientos que corresponden, conforme a sus propias circunstancias de tiempo y lugar” (1957: 22).

Comparto esta mirada, direccionándose en pleno siglo XXI hacia la creación de nuevas subjetividades moldeadas por los intereses del mercado, saliendo de esa vieja dicotomía entre capitalismo y comunismo. El pensamiento que estudia la pedagogía colonizante que nos atraviesa debe *aggiornarse* a los nuevos dispositivos de poder y discursos que el neoliberalismo ha desarrollado. El neoliberalismo pretende un discurso totalizador, universal y homogeneizante (Aleman, 2016).

Con cierta diferencia con Ernesto Laclau (2013), Aleman entiende que la hegemonía no puede configurarse en un sistema como el neoliberal, no habría posibilidad de una hegemonía de derecha porque se la comprende como una articuladora de diferencias, lo cual confronta con la pretensión totalizadora del discurso neoliberal, el cual no da margen para lo distinto, lo otro. El discurso único pretende homogeneizar lxs integrantes de una sociedad.

No existe en el marco de este sistema la disidencia, lo diferente o heterogéneo; no funciona así el neoliberalismo, sino por el contrario, determina un discurso que pretende moldear la subjetividad de lxs sujetxs en forma universal, sin límites en su expansión. Este sistema implementa un discurso caracterizado por lo ilimitado y determinado por el mercado.

Esta característica del discurso ejerce una cierta violencia sistémica interna que, salvo momentos determinados donde se impone en forma coercitiva, determina a lxs sujetxs logrando que lxs mismxs se amolden a mandatos imperativos que incluyen como premisa la exigencia de lo ilimitado, generando en el propio sujetx el deber de “encajar” en el mismo, una asimilación inconsciente de todo el orden simbólico que implica el neoliberalismo.

Sin embargo, lo ilimitado es irreal, de imposible cumplimiento; se ubica en extremos que, en vez de generar felicidad y sentimiento de realización, lo que se obtiene es vivir en el espejismo de lo inalcanzable con el único propósito de encontrarnos en una permanente defraudación o desilusión de lo que somos o hacemos.

Aleman retoma la idea de Lacan para ilustrar este accionar cuando habla del “discurso capitalista”, explicando que “es un sujeto que se conecta directamente con la plusvalía de goce. Es decir, un sujeto consumidor y consumido (...) Es un sujeto que está todo el tiempo en un movimiento ilimitado, en el que está más allá de sí mismo, está por fuera

de sus propias posibilidades...” (Aleman, 2016, p. 126). Lógicas empresariales aplicadas en forma directa sobre la vida cotidiana de las personas. La meritocracia se hace visible en el discurso capitalista en su faz neoliberal.

En esta etapa donde se busca formatear las subjetividades, la disputa es también interior contra lo que los dispositivos del neoliberalismo generan dentro de unx mismx, esa creación posee caracteres bien particulares rescatados de la lógica del Mercado, fomentando una sobre-inflamación del poder de la autoayuda, que nos dice cómo superar nuestras limitaciones interiores impulsando un horizonte demasiado ambicioso para las posibilidades reales de obtenerlo o de resolver por sí solxs los problemas. Se pretende imponer un estándar de rendimiento y goce a niveles que se ubican más allá de las posibilidades de las personas, ello genera enormes sentimientos de frustración y decepción.

En el marco de este discurso, no es posible concebir que sea el amor lo que reine como una especie de moral kantiana, en este sistema se dan las condiciones para la generación y reacción a partir del odio, viéndose obstaculizado el amor como vehículo de las acciones de lxs sujetxs. El odio comienza a tomar otra dimensión en el sistema Neoliberal porque, ante la imposibilidad de lograr ese irreal inalcanzable, lo que surge es el odio hacia lo que el otro o la otra puede lograr. El Sujetx, en el Neoliberalismo, puede auto-consumirse, a eso Aleman lo denomina “el Crimen Perfecto” (Aleman, 2016).

Que el neoliberalismo posea esta pretensión totalizadora genera que se transforme en un sistema antidemocrático, donde la pluralidad de realidades y sujetxs no logran expresar y representar dicha diferencia, es un sistema donde la propia libertad se ve truncada; así mismo, niega el antagonismo, la generación de lo político y donde el ser humano se vuelve posible. Si no hay una realidad que contemple los antagonismos, lo que reina es la homogeneidad y se pierde el ámbito de lo político, ello nos lleva a comprender que otra consecuencia es el cierre de la brecha generada por el propio antagonismo, ámbito donde se genera lo político.

La experiencia de la República Argentina: ¿Una estrategia de dominación?

Argentina es un país que se caracteriza por sus crisis de deuda. Desde el primer empréstito contraído por Bernardino Rivadavia en 1824, el cual llevó casi 80 años en poder saldarse, hasta el último préstamo de Mauricio Macri en 2018 con el Fondo Monetario Internacional, se evidencian negociaciones que perjudican las arcas nacionales y evidencian serias irregularidades.

Hasta mitad del siglo XX Argentina acudió constantemente a los servicios financieros exteriores para sortear dificultades económicas domésticas, utilizando como excusa un supuesto impulso al desarrollo que nunca sucedió. Ejemplo de ello es la cesación de pagos declarada por el ex presidente Juárez Celman durante los años 1886 a 1990, momento en el que renunció luego del levantamiento popular producto del caos socio económico.

Un periodo que marcó una fuerte disidencia respecto al endeudamiento fue el período de 1947 a 1951, es en la presidencia de Juan Domingo Perón donde se da una marcada disminución de la deuda externa, cancelándose en forma definitiva en el año 1952 durante su segunda presidencia, gestándose una situación inédita: Argentina por primera vez en la historia pasa de ser deudor a ser acreedor.

Otro dato relevante durante el peronismo es que la Argentina fue uno de los pocos Estados que se negaron a incorporar al Fondo Monetario Internacional⁽⁴⁾. Fue sistemático el rechazo, entendiéndolo Perón que dichas instituciones eran un instrumento de sometimiento de los países centrales hacia los países periféricos.

Esta decisión se quebranta con la ruptura del proceso democrático que sufrió el país en 1955 a manos de las fuerzas armadas, sectores políticos y religiosos, derrocando al gobierno elegido democráticamente, disponiendo por medio del decreto-ley N° 7103 de 1956 el inicio de tratativas para que el país ingrese al FMI, iniciando en 1958 las primeras negociaciones para lograr el primer préstamo.

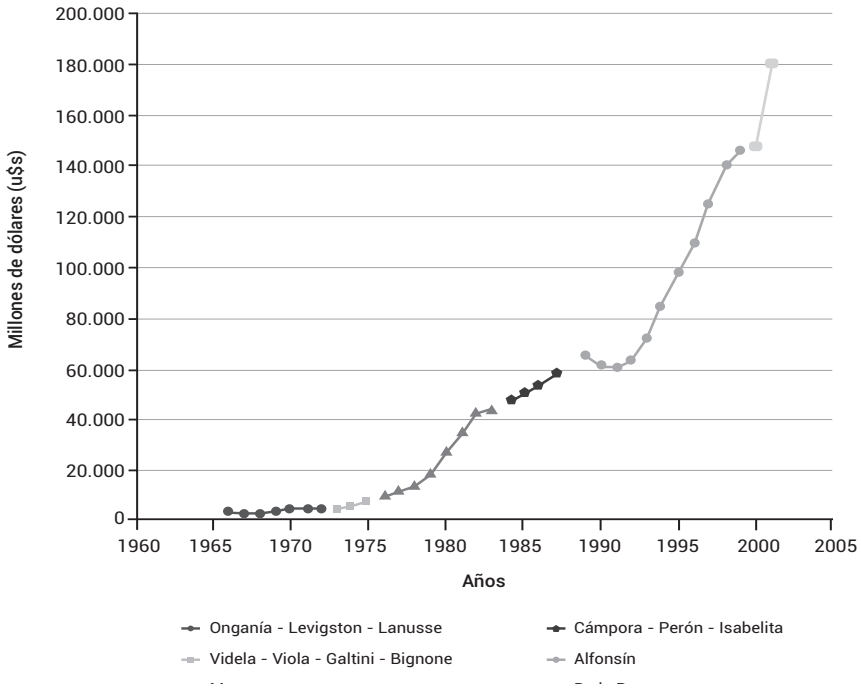
Dicho acuerdo tendrá cláusulas secretas que incluían la reducción y despido del 15 % de los empleados públicos, la paralización de obras públicas, privatización de empresas estatales, frigoríficos y cierre de ramales ferroviarios, restricciones crediticias, aumento de precios y congelamiento del salario mínimo por dos años. Poco después se concreta la venta de 40 empresas estatales, proceso iniciado durante la dictadura de Pedro Eugenio Aramburu. (Galasso, 2002).

El quiebre definitivo del Estado de Bienestar se da el 24 de marzo de 1976 con otro golpe de Estado, ejecutando un plan sistemático de exterminio por medio del terrorismo de Estado y el genocidio contra sectores políticos, sindicales y empresariales determinados que imposibilitaban el ingreso del sistema neoliberal. Esto finalizará en el abismo de la deuda externa y el default, donde se encontrará con las peores variables macroeconómicas, sociales y políticas de la historia del país. El resultado de la aplicación del recetario neoliberal impuesto por los OMC en esta primera etapa serán elocuentes.

(4) En adelante "FMI"

Una variable será el incremento de la deuda externa en forma sostenida desde la llegada de la dictadura en 1976 hasta el colapso del modelo neoliberal en el periodo 2001/2.⁽⁵⁾

Figura 1. Deuda Extrema - Evolución - Lapso: 1966/2001



La primera camada de medidas macroeconómicas fue la eliminación de las barreras arancelarias, con una apertura indiscriminada de las importaciones y el ingreso de los capitales especulativos extranjeros. En 1977 se concreta la “Reforma Financiera” que liberalizó el sector bancario y un proceso de concentración empresarial. Es el inicio del fenómeno de la “bicicleta financiera”.

Entrando a la década del 80’, la crisis económica era profunda, provocando la quiebra de las entidades bancarias como financieras. Ello se tradujo en un retiro de depósitos bancarios y en una demanda especulativa de divisas para sustentar la fuga de capitales. Iniciada la década del 80’, la deuda alcanza los 45.000 millones de dólares, un 364% de aumento.

El entonces presidente del BCRA durante la dictadura, Domingo Felipe Cavallo, decide estatizar toda la deuda externa privada en 1982 la cual equivalía a 17.000 millones de

(5) <http://www.econlink.com.ar/crisis-energetica-deuda-argentina>

dólares, liberando de este modo a las grandes empresas nacionales e internacionales⁽⁶⁾ del pago de sus deudas, muchas de ellas investigadas por cometer delitos de lesa humanidad.

Para 1983, la dictadura había finalizado, ingresando a la Presidencia de la Nación el Dr. Raúl Alfonsín (1983-1989). El país transita un período hiperinflacionario con quiebras masivas de entidades financieras y bancarias, recesión y un nuevo proceso devaluatorio. La deuda externa trepó a los 58.700 millones de dólares, generando un aumento de la misma del 44%.

La crisis terminal del gobierno provocó su salida anticipada, siendo electo Carlos Saúl Menem (1989-1999), quien impulsó la profundización del neoliberalismo de la mano de la Escuela de Chicago y del "Consenso de Washington". Esta etapa se caracterizó por la institucionalización del neoliberalismo en el Estado por una doble vía, reformas estructurales del Estado y la economía y un nuevo ciclo de endeudamiento.

Así se elevó un 123% la deuda externa, con un total de 146.219 millones de dólares, llegando en el breve mandato de Fernando de la Rúa (1999-2001) a los 147.667 millones de dólares, suba que representó un 9%. Para el año 2002, luego del default y la salida de la convertibilidad, la deuda externa representaba el 166% del PBI. La presencia constante del FMI, el Banco Mundial y del ministro de economía, Felipe Cavallo, fueron una marca de la época.

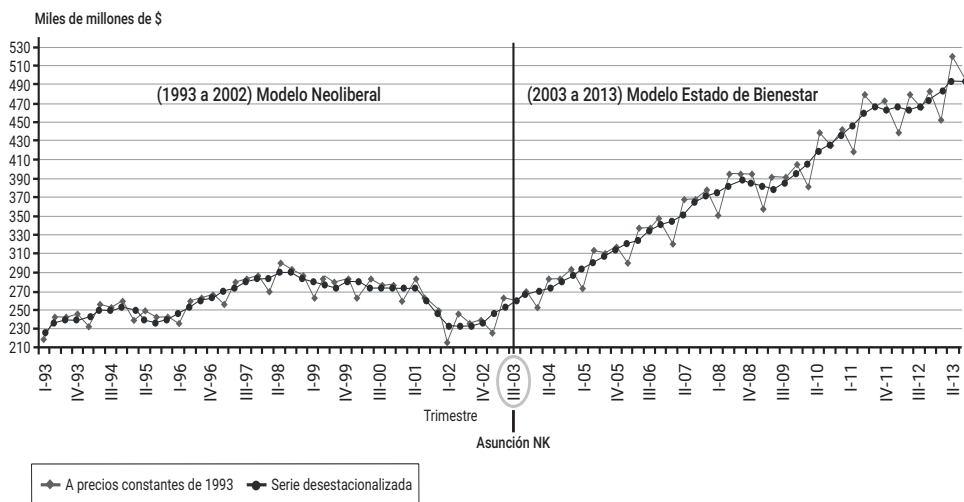
La finalidad de esta segunda fase fue dismantelar y desarticular el Estado Nacional y asfixiar la capacidad administrativa y económica de las Provincias. Dos medidas estructurales resultaron trascendentes para ello: la ley 23.696 de reforma del Estado que le extirpa al Estado Nacional la posibilidad de intervenir directamente en los rubros más importantes de la economía, dando inicio a la privatización de casi la totalidad de las empresas propiedad del Estado y algunas reparticiones estatales, como los fondos jubilatorios; la segunda medida fue la reforma constitucional de 1994, por medio de la cual se petrificó su contenido liberal exacerbado que hoy en día nos rige y posibilita la implementación de este tipo de sistemas de dominación, descentralizando competencias en materia educativa, de seguridad y económicas en las provincias, cuyo poder de fuego y negociación es infinitamente menor que el nacional.

Como resultado de esta relación entre Argentina y el FMI se observa la caída del Producto Bruto Interno⁽⁷⁾, sólo aumentando cuando se liquidó el patrimonio nacional producto de la privatización durante la década de los 90´.

(6) Las principales empresas son: Alpargatas S.A., Grupo Macri, Banco Francés del Río de la Plata, Banco de Galicia, Bunge y Born S.A., Graña S.A., Molinos Río de la Plata, Loma Negra S.A, Ledesma,, Pérez Companc S.A., ACINDAR S.A., Ingenio Ledesma

(7) En adelante "PBI"

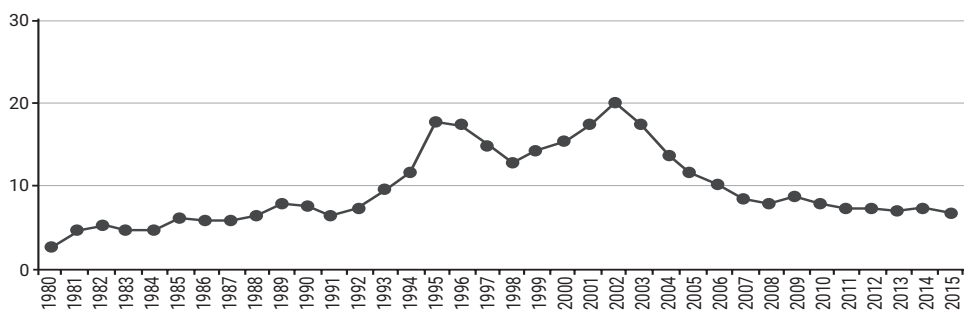
Figura 2. Evolución del PBI en miles de millones de pesos de 1993



Datos: Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC).
Fuente: www.LaTDF.com.ar

El siguiente gráfico refleja la continua tendencia de alza de la desocupación desde 1980 al año 2002 y el posterior descenso a partir de del 2003 al 2015, con otro modelo de Estado. ⁽⁸⁾

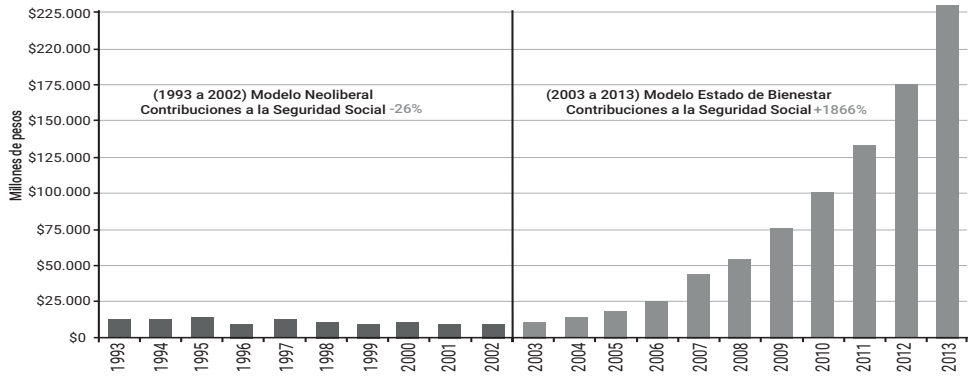
Figura 3



El cuarto gráfico muestra los niveles de contribución a la Seguridad Social que, aparte de ser privatizados, padecieron una caída del 26%. En forma inversa, podemos observar los resultados del año 2003 al 2015.

(8) http://estadisticas.cepal.org/cepalstat/Perfil_Nacional_Economico.html?pais=ARG&idioma=spanish

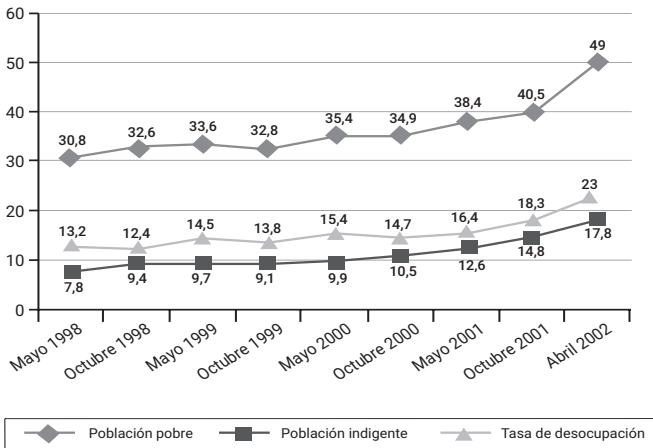
Figura 4. Contribuciones a la Seguridad Social (Empleo Registrado y Ganancias) 1993 a 2013



Datos: Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la Nación (MEcon). Gráfico elaboración propia.
Fuente: www.LaTDF.com.ar

El quinto gráfico muestra las tres variables más gravosas que sintetizan las condiciones sociales luego de seguir los planes de ajuste, la desregulación, privatización y flexibilización por mandato del FMI.

Figura 5. Evolución Desocupación, Pobreza e Indigencia en Argentina 1998/2002⁽⁹⁾



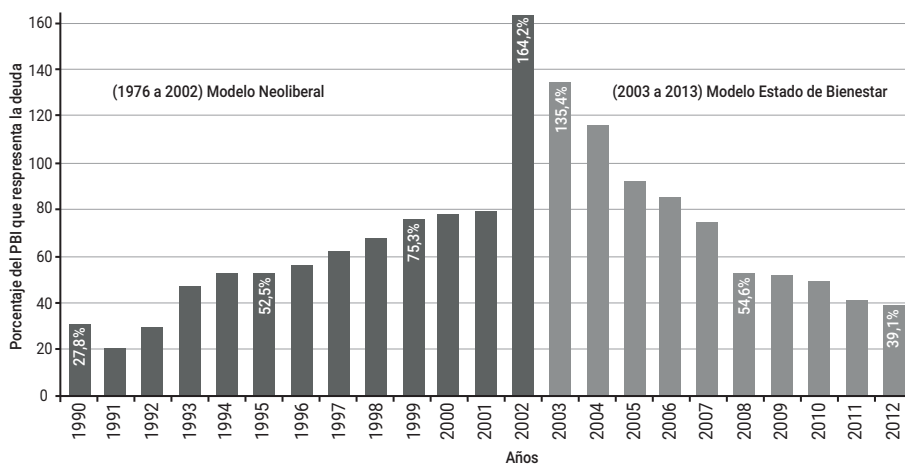
	1998	Abril 2002	Incremento %
Desocupación	13,2	23	74,2
Pobreza	30,8	49	59
Indigencia	7,8	17,8	128

(9) <http://biblioteca.clacso.edu.ar/gsdl/collect/ar/ar-028/index/assoc/HASHe4e1.dir/lozano2.html>

Estos resultados fueron analizados por el Comité DESC en el año 1999 a raíz del segundo informe periódico de Argentina⁽¹⁰⁾ en el que se puntualizó que:

“(…) la ejecución del programa de ajuste estructural ha menoscabado el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, en particular en el caso de los grupos desfavorecidos” (...) “las medidas adoptadas para promover la creación de empleos no han garantizado... [los] derechos económicos, sociales y culturales, particularmente en tiempos de creciente desempleo”.

Figura 6. Evolución deuda externa argentina sobre PBI (1990 a 2012)



Datos: Diario "The Wall Street Journal" en base al Instituto Global MCKInsey.

Fuente: www.LaTDF.com.ar

El sexto gráfico evidencia la escalada de endeudamiento, representando valores insostenibles para un país lejos de estar en vías de desarrollo, con valores de deuda externa que representaban el 164,20% del PIB.

En plena crisis del 2001, el Estado destinaba el mismo porcentaje del PIB en educación que en pago de intereses y capital de deuda externa (5%). Ello llevó a la Comisión de DD.HH. de la ONU a manifestarle a la Argentina que “los pagos de la deuda no deben tener prelación sobre los derechos básicos de la población de los países deudores a alimentación, alojamiento, vestido, empleo, servicios de salud y un medio ambiente saludable”.

Con la llegada de Néstor Kirchner a la presidencia en el año 2003 y la continuidad de Cristina Fernández de Kirchner durante sus dos mandatos (2007-2011/2011-2015), se

(10) https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CESCR/CESCRCompilacionGC_sp.pdf. Pág.31

logró reestructurar la deuda y saldar el 100% de la deuda con el FMI, el Estado Nacional recuperó el control y el manejo de la economía, comenzando un proceso de desarrollo importante que generó garantizar a cada vez más personas el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales. Todo ello, hasta el retorno del neoliberalismo y del FMI.

A finales del segundo mandato de Cristina Fernández de Kirchner comienza a utilizarse el *lawfare* como instrumento de desgaste y desprestigio, de generación de odio mediático y malversación de los poderes del Estado con fines netamente políticos.

Así llegaremos a las elecciones presidenciales del año 2015, siendo el empresario Mauricio Macri electo como presidente de la Nación, a partir de allí el país repite recetas que habían fracasado, generándose las condiciones subjetivas a través de los medios de comunicación para impulsar el proyecto neoliberal. El dispositivo del *Lawfare* se transformó en la condición suficiente y necesaria para implementar las políticas económicas que impone el sistema de dominación como ser: la liberación del mercado de los controles estatales, la imposición de exorbitantes tasas de interés, una elevada y continua inflación, despidos masivos y pérdida del poder adquisitivo del salario, recorte en las jubilaciones, pensiones y demás programas estatales de contención o ayuda social, un incipiente proceso de recesión y una apertura indiscriminada, tanto a los "capitales golondrinas" como a los fondos especulativos en general por medio de la desarticulación del control de capitales, entre tantas otras más.

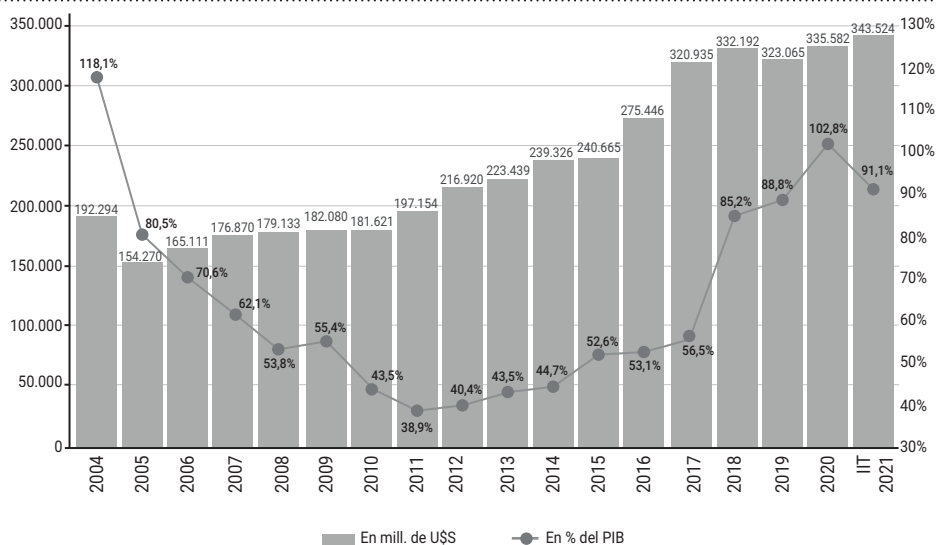
Esta desfavorable batería de medidas regresivas en materia económica y social, empeoran el panorama cuando se las combina con un endeudamiento inusitado, la generación de un volumen importante de letras del tesoro y el endeudamiento privado.

En el año 2018 el país recurre al FMI, generando el préstamo más grande de la historia del organismo, hecho que generó el compromiso del país en aplicar un proceso de ajuste que recaerá fuertemente sobre los sectores más vulnerables, mientras que a los grandes acopiadores de riqueza se les concede exenciones impositivas y quita de retenciones y a los especuladores financieros tasas de interés en dólares irreales.

El impacto regresivo de todas estas políticas es notorio, los resultados numéricos y porcentuales sobre variables sensibles demuestran con claridad que el *lawfare* es una máscara, es un programa de televisión que muestra una realidad inventada mientras los elefantes pasan por detrás, haciendo que las cosas sucedan sin que la sociedad se percate hasta que no sentir el impacto.

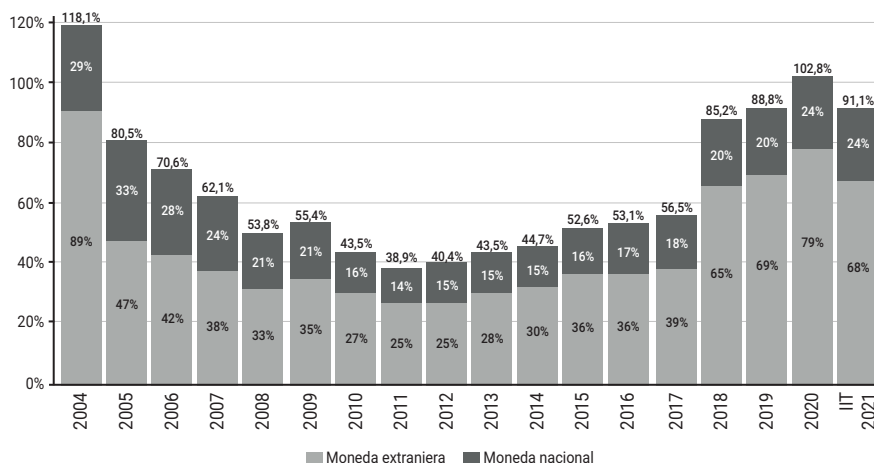
En el gráfico siguiente se observa el aumento del endeudamiento de 2015 a 2019. Aún más grave es cuando se la compara en relación con el Producto Bruto Interno (PBI) pasando del 52,6% del PBI en 2015 a un 88,8% en 2019.

Figura 7. Evolución de la deuda bruta de la administración central^{(11) (12)}



La gravedad del endeudamiento también se divisa cuando se analiza el tipo de moneda, incrementándose fuertemente en moneda extranjera, en particular dólares.

Figura 8. Deuda bruta de la administración central, en % del PBI^{(13) (14)}



(11) En la presentación se define a la Deuda Bruta de la Administración Central como deuda performing, atrasos u deuda elegible pendiente de reestructuración. Esta última incluye capital, mora de intereses e intereses compensatorios estimados, devengados e impagos con posterioridad a la fecha de vencimiento de cada título. Deuda Pública Performing se refiere a aquella que se encuentra en situación de pago normal.

(12) https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/presentacion_grafica_trimestral_iit211910.pdf

(13) Los datos del PBI publicados en INDEC corresponden a cifras provisorias, provisionales o preliminares. Cifras redondeadas.

(14) https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/presentacion_grafica_trimestral_iit211910.pdf

Respecto a la inflación, de un 30% de inflación en 2015 salta al 53,8% a fines de 2019, ello implica un retroceso importante de la capacidad adquisitiva de lxs trabajadores, las familias y los sectores vulnerables.

La tasa de desempleo pasa del 6,6% en el año 2015 a un 10,6% en el año 2019, siendo un incremento de casi el doble.

Figura 9. Inflación, Var.i.a. y m/m (%)

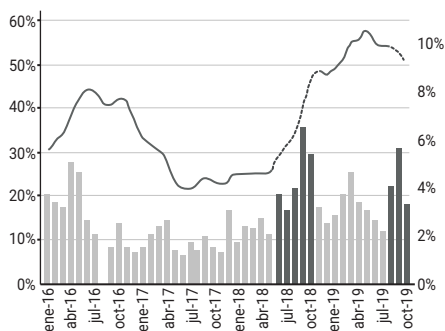
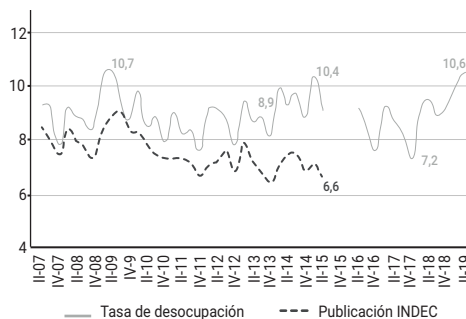


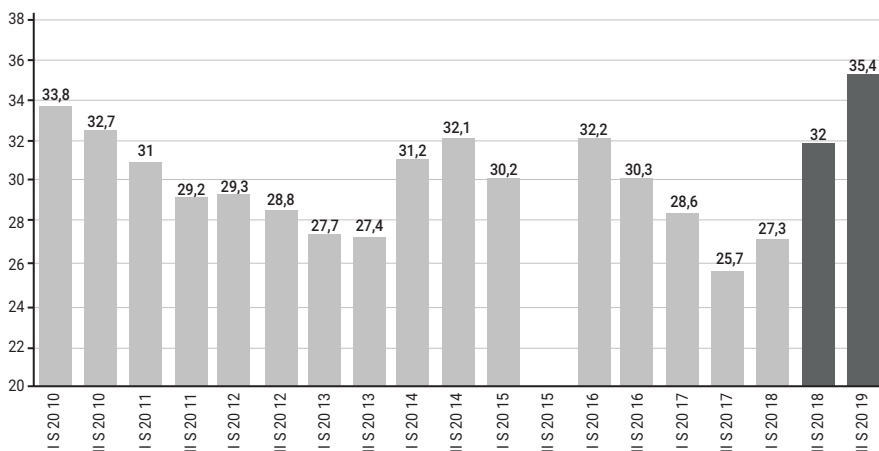
Figura 10. Tasa de desempleo. En porcentaje⁽¹⁵⁾



Fuente: INDEC y Ministerio de Hacienda.

Por último, la pobreza evidencia un incremento de 5 puntos porcentuales, aunque en este punto el resultado final es mucho más alto atento que los números no reflejan la devaluación e inflación sufrida en el segundo semestre.

Figura 10. Pobreza. En porcentaje⁽¹⁶⁾



Fuente: Ministerio de Hacienda en base a EPH-INDEC.

(15) https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/balance_de_gestion_2015-2019_-_hacienda_2.pdf

(16) https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/balance_de_gestion_2015-2019_-_hacienda_2.pdf

¿Qué rol cumple nuestra Constitución?

Arturo Sampay retoma la definición aristotélica de Constitución entendida como la “ordenación de los poderes gubernativos de una comunidad política soberana; de cómo están distribuidas las funciones de tales poderes; de cuál es el sector social dominante en la comunidad política; y de cuál es el fin asignado a la comunidad política por ese sector social dominante” (Sampay, 1974, p. 101).

Resulta interesante la vinculación entre Constitución y sector social dominante, siendo dicho sector el que define la finalidad de la comunidad política. De ello se desprende que Constitución y sector social dominante son lo mismo. En el juego de la cadena de equivalencias que conforman finalmente un momento hegemónico, se impondrá un modelo constitucional en función o acorde a los intereses y fin perseguido por ese sector hegemónico. Un modelo de país, de Estado y de comunidad política, que no implica en absoluto la negación de lo político, sino por el contrario será el reflejo de dicha disputa.

La presencia indispensable de la política se observa cuando Sampay (1974) analiza que, detrás de un texto Constitucional, coexisten dos niveles o tipos de Constituciones: la “Infra-estructura Sociológica” que engloba la realidad integral de la Constitución basada en sus relaciones de poder; por el otro la “Sobre-estructura Jurídica”, siendo la misma la Constitución material que se plasma en un texto y contempla la realidad global de la misma.

Existe una tensión o disputa de poder en la infraestructura sociológica motivado por la propia práctica política, el sector social dominante en cada momento hegemónico gobernará en base a sus intereses, valores y objetivos pudiendo existir, al decir de Aristóteles, dos tipos de Constituciones: 1) La Constitución Oligárquica, reflejo de una elite gobernante que impone un modelo definido en base a sus intereses sectoriales; 2) La Constitución Democrática, aquella que representa las grandes mayorías sociales y genera el ámbito para la lucha de los antagonismos entre los diferentes sectores de la comunidad política.

En cada tipo de Constitución existe una idea de Justicia, por ello cada clase dominante impone su propia Constitución y a la vez impone una idea de Justicia. El fin último de la Constitución y de la sociedad es lograr el mayor nivel de Justicia posible entendiendo que, a partir de allí, la comunidad política se sentirá cada vez más realizada en su bienestar social.

Sampay (1974) retoma un dilema de Immanuel Kant sobre la naturaleza del ser humano⁽¹⁷⁾ y cómo a partir de allí se logran entender las luchas internas de la sociedad y la forma de limitar las acciones nocivas al cuerpo social. Surge el concepto de la “Inso-

(17) Del “Hombre” dirán Sampay como Kant.

ciable sociabilidad del Hombre⁽¹⁸⁾, entendiendo al ser humano como alguien que necesita y fomenta la creación de una comunidad política, de una sociedad, pero a la vez posee cierto impulso por autodestruirla. Para Sampay, Kant postula al derecho como respuesta para resolver esa lucha de los antagonismos propios de la sociedad y del ser humano; el Derecho logra imponer los límites necesarios, surgiendo la Constitución como el instrumento jurídico que permita sintetizar ese acuerdo social, donde se de ese antagonismo y se generen los límites necesarios para evitar la autodestrucción; así es como Kant propondrá la búsqueda de la “Constitución Civil Perfectamente Justa” (Sampay, 2016, p. 27), surgiendo algunos interrogantes: ¿Cuál sería entonces el sector social más apto para que alcance el poder y estructure una “Constitución Justa”? Y previo a ello preguntarnos: ¿Es nuestra Constitución justa?.

La Constitución Argentina fue sancionada en el año 1853, reformada en los años 1860 y 1866 para configurar finalmente su posicionamiento ideológico, institucionalizando un proyecto de país. Establece la forma de Estado federal, bajo una forma de gobierno republicano cuya base de legitimación es la democracia, el sistema representativo y participativo. La piedra angular será el liberalismo político y económico, que llevará el derecho a la libertad a un pedestal sin ningún tipo de límite, una libertad absoluta, un derecho ilimitado.

Este proceso es fruto del constitucionalismo clásico, cuyo eje vertebrador es la idea de libertad y los límites a la Realeza, todo se analiza y se construye desde allí, enarbolada como símbolo del anticolonialismo donde la libertad será en todo, para todo y de todos, el camino de la liberación y el progreso, llevando a entender que, cualquier tipo de restricción, límite o determinación proteccionista del Estado significaría un supuesto resabio del poder colonial o el reflejo de la tiranía. Mientras todas las potencias del mundo occidental determinan diversos niveles de protección a sus economías, Argentina se abre al extremo, liberándose de controles, fundada en la libertad de los capitales.

El sector social hegemónico es la burguesía liberal, centralmente porteña, con elementos militares y religiosos, la Ilustración de la Revolución de Mayo se fue extendiendo de distintas formas hasta mediados del siglo XIX, canalizando una idea unitaria y centralista del Estado y del poder. Los sectores económicos poderosos del país -terratenientes, hacendados, importadores- vinculados a la Aduana serán otro bloque de poder dentro del liberalismo.

A partir de esta Constitución el proceso histórico consolidó una élite gobernante que privilegiaba sus intereses, aplicando un liberalismo económico cuyo resultado fue la profundización de la desigualdad, no sólo social sino también geográfica entre las distintas ciudades y provincias, siendo ello un claro reflejo de una Constitución oligárquica, cuya idea de Justicia será centralmente individualista, mirada desde los poderosos.

(18) Lo que Kant en alemán llama *“Die ungesellige Geselligkeit der Menschen”*.

y ciega a la realidad de los sectores más vulnerables. Una concepción de la libertad y la justicia que, en los resultados concretos, fue germen de desigualdad, explotación y exclusión.

El diseño constitucional era consecuente con la mirada del sector hegemónico que lo construyó y puso en práctica, basado en una supuesta libertad para todos pero que no contempló cómo efectivizar el derecho a la igualdad, ni siquiera la democracia podía esgrimirse como emblema de igualdad siendo el fraude lo que caracterizará al país hasta 1916. En ese año se produce el quiebre de este modelo con la sanción de una nueva ley electoral imponiendo el voto obligatorio, secreto, universal y la representación de las minorías.

A partir de este hecho Sampay interpreta que el país se enfrenta a una “antinomía interna”, infringiendo una contradicción entre las propias normas. Dirá que las leyes electorales transformaron la Constitución, los sectores de la población excluidos por el sistema oligárquico ahora podían conquistar por vía legal el poder político (Sampay, 1974), como resultado se obtiene una colisión dentro de la propia estructura de poder, las reglas de juego que el sector social dominante impuso en la Constitución de 1853 y sus modificaciones, se vieron trastocadas por una ley que lograba imponer el voto popular, pudiendo catalogar la Constitución como parcialmente democrática.

La antinomia es explícita cuando se observa la reacción del sector social dominante que en 1930 da el primer golpe de Estado, siendo ello el nuevo dispositivo de poder de los sectores concentrados, la ruptura del Estado de Derecho como protección de sus intereses.

El país durante la década de 1945 a 1955 transitará por un modelo completamente distinto, no sólo por la ampliación y resguardo de derechos a los sectores más postergados, sino porque la visión integral del Estado se modifica con la inclusión del país al catálogo de naciones que impusieron en su organización el Constitucionalismo Social cuyo modelo de Estado será el de Bienestar. Otro paradigma.

El rol del Estado cambia, genera condiciones para lograr que la libertad vaya de la mano con la igualdad, que sean palpables y reales y no un mero objetivo inalcanzable. Se imponen otros límites a los antagonismos, se modifica el modelo económico en donde el Estado asume un rol preponderante y la democracia es implementada. Todo ello traerá aparejado un nuevo concepto de Justicia siendo la misma una Justicia con proyección desde lo social. Esta nueva Constitución es acompañada por el sector social dominante integrado por los sectores populares con una centralidad en el movimiento obrero organizado vía conquista de derechos sociales fundamentales.

Este proceso se trunca por un nuevo golpe de estado en 1955, quebrando este modelo para reimplantar el constitucionalismo oligárquico previo a 1916, generándose una profunda inestabilidad institucional hasta la llegada de un nuevo golpe de Estado el 24 de

marzo de 1976. Esta fecha no sólo simboliza un nuevo quiebre del Estado de Derecho, sino que es la imposición del neoliberalismo como sistema de ideas de dominación utilizando el terrorismo de Estado como dispositivo de poder para lograrlo.

Durante la década de 1990, hemos dicho que se profundiza el sistema neoliberal institucionalizándolo, siendo la medida de mayor trascendencia la reforma constitucional del año 1994. La misma plasma un modelo constitucional que conserva el paradigma jurídico del modelo de 1853 y sus reformas, siendo el sector social dominante una elite empresarial, financiera, agroexportadora y política de corte neoliberal apoyada por fuertes intereses transnacionales. Los mínimos enunciados vinculados a la economía refieren a una pérdida de poder del gobierno nacional sobre los recursos económicos, generando una descentralización provincial de los recursos naturales y riquezas.

El modelo socioeconómico del sector dominante implica la aplicación de un liberalismo político y económico a ultranza, al extremo, un modelo donde el Estado debe cumplir con la menor intervención posible, implicando la ausencia de resortes institucionales o herramientas sólidas para afrontar disputas de poder contra intereses sectoriales económicos. La Constitución pretende esgrimirse como el paladín de la libertad cuando en su propia estructura permite el ingreso del neoliberalismo, siendo este un sistema de ideas que posee como características ser totalizador y homogeneizante en su accionar, antítesis absoluta del derecho a la libertad que tanto se pregona.

Lo extraño es que, así como la arquitectura constitucional habilita la posibilidad de imponer el sistema neoliberal, también permite la implementación (hasta cierto punto) de un modelo socioeconómico que tienda a lograr mayores niveles de igualdad y justicia.

Si bien el modelo socioeconómico es neoliberal, la posibilidad de implementar uno distinto hace ver que los márgenes de la libertad son tan amplios como difusos. No creo que ese haya sido el espíritu de Alberdi (1854)⁽¹⁹⁾, siendo su modelo de claro corte liberal político-económico, pero pareciera que tanta libertad implica cierto vacío que habilita la aplicación de políticas económicas opuestas a dicho modelo pero que, paradójicamente, imparte mayor justicia.

Dicho vacío es funcional al neoliberalismo, haciendo la propia Constitución un flaco favor a la obtención de justicia social y bienestar general cuando permite la imposición de estos sistemas de dominación porque, si bien permite su antítesis, las consecuencias que genera uno y otro son diametralmente opuestas. Este vacío no es inocente sino funcional, es la llave de ingreso del neoliberalismo, interpretando que nuestra Constitución se encuentra expuesta a estos vaivenes.

(19) En particular y al efecto de este trabajo me refiero a "Sistema Económico Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853" del año 1854.

Esta exposición a un sistema socioeconómico contraproducente para el común denominador de la sociedad es funcional a los intereses del sector que la implementa, aunque opuesta al fin último de la Constitución. Esta exposición implica resistirse a la obtención de la Justicia Social como fin último del derecho, impulsando otra concepción de Justicia de corte individual.

Cuando analizamos el tipo de Justicia que propone la Constitución, nos encontramos con una complejidad mayor y es la antinomia interna del propio texto constitucional. Mientras se institucionalizaba el proceso neoliberal en 1994, se habilitaba la incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos a nuestro texto constitucional por medio del artículo 75 inciso 22. La idea de Justicia que emana desde el sistema neoliberal, con aquel que tiene a los derechos humanos como centro, son absolutamente opuestos. El neoliberalismo se ajusta a la idea de Justicia desde una mirada meritocrática, individualista, sin analizar los condicionamientos externos de algunos sectores sociales y sin contemplar la responsabilidad del Estado en generar las condiciones para cumplir con un piso mínimo de dignidad; sin embargo la idea de justicia desde los derechos humanos es de justicia social, es lograr que ese piso sea cada vez más alto en cuanto a la satisfacción de derechos, mejorando las condiciones de la dignidad humana y asumiendo el Estado la responsabilidad central de lograrlo.

La interdependencia de los derechos humanos lleva a comprender que no existe posibilidad para dejar olvidados o relegados algunos derechos; la libertad es un derecho humano que debe garantizar un piso mínimo de concreción del resto de los derechos, resultando condición necesaria para lograr una real libertad y no una meramente formal. Ello, en un sistema neoliberal es imposible, nunca el neoliberalismo se impone como objetivo el bienestar general. La justicia en términos colectivos, sociales y los resultados económicos evidencian que el neoliberalismo no los considera como intereses primordiales.

Bidart Campos –más allá de mis importantes diferencias– llama la atención sobre este tema y expresa que “el contenido del orden socio económico constitucional dispone de márgenes elásticos, pero dentro de un perímetro vinculante que no permite un sistema que se oponga y sea incompatible a los parámetros constitucionales” (Bidart Campos, 1999, p. 83). Desde un razonamiento lógico jurídico puede ser aceptable y tal vez debiera ser así, pero en la realidad no funciona de esa forma, porque esos supuestos márgenes elásticos son inexistentes en nuestra Constitución y posibilita cualquier modelo socioeconómico.

Es tan contradictoria nuestra Constitución en su búsqueda de Justicia que, mientras habilita la aplicación de un sistema de dominación con los peores resultados en materia de igualdad, equidad y resguardo de los derechos humanos, en simultáneo desde su preámbulo nos plantea que la finalidad es el afianzamiento de la justicia y la obtención

del bienestar general por medio del resguardo de los derechos humanos agregados en el art. 75 inc. 22.

Retomo para ello otro concepto de Bidart Campos donde expresa respecto a esta contradicción que “lo único prohibido es adoptar un programa que, sin encontrar sitio entre las alternativas constitucionales, se opone y trasgrede de raíz al modelo socioeconómico en su contenido esencial” (Bidart Campos, 1999, p. 84) y, si bien puedo compartirlo, la verdad es que nuestra constitución al no imponer un sólo límite contundente a políticas económicas nocivas como el neoliberalismo, al no establecer controles económicos y una participación mínima del Estado con sentido estratégico, la antinomia se vuelve inevitable y lo que queda en pie es la exposición de nuestro texto constitucional a cualquier sistema.

A este gran dilema del modelo socioeconómico el neoliberalismo le añade una nueva transgresión, este sistema de dominación violenta la idea de justicia pero también corrompe el modelo institucional de país basado en un sistema republicano de gobierno y el Estado de derecho. El neoliberalismo utiliza tácticas que infringen y violentan en forma permanente nuestras bases institucionales, debilita el funcionamiento del Estado e impregna odio en la sociedad.

Son atinentes las palabras de la vice presidenta de Argentina, Cristina Fernández de Kirchner⁽²⁰⁾ en el acto realizado en la plaza de Mayo el pasado viernes 10 de Diciembre del 2021 cuando, en conmemoración del Día de la Democracia y de los Derechos Humanos, expresó que la diferencia es que durante el terrorismo de Estado la dictadura te desaparecía físicamente, sin embargo el *lawfare* lo que pretende es la desaparición política.⁽²¹⁾ La similitud de ambos momentos radica en la intención de ocultar el sistema de dominación que se quería imponer y sus consecuencias severas para el común denominador de la sociedad, por eso el *lawfare* es un medio cuya finalidad es posibilitar el ingreso del neoliberalismo y el rol de nuestra Constitución es posibilitar que dicho sistema se implemente.

Conclusión

Nuestro modelo constitucional se asienta sobre una sobreestructura jurídica gestada al calor de la oligarquía nacional, una élite política, económica, mediática e institucio-

(20) Cristina Elisabet Fernández de Kirchner. Nacida en la ciudad de La Plata, provincia de Buenos Aires, el 19 de febrero de 1953. Política y abogada argentina, presidenta de la Nación Argentina en dos oportunidades entre el 10 de diciembre de 2007 y el 9 de diciembre de 2015, diputada provincial por la provincia de Santa Cruz entre 1989 y 1995 y diputada y senadora nacional por las provincias de Santa Cruz y Buenos Aires en los periodos 1995-2007 y 2017-2019. Desde el 10 de diciembre de 2019 se desempeña como vicepresidenta de la Nación Argentina.

(21) El discurso completo se puede leer en el portal de la propia Cristina Fernández de Kirchner. <https://www.cfkargentina.com/dia-de-la-democracia-y-de-los-derechos-humanos-en-plaza-de-mayo/>

nal propietaria del poder real, responsable principal de la entrega del país a las garras del sistema de ideas de dominación neoliberal y que representa el sector social dominante.

Nuestra Constitución se encuentra expuesta a la implementación de modelos socioeconómicos antagónicos como consecuencia de su enrolamiento a un formato político y económico liberal exacerbado. Ello habilita la posibilidad sistemas como el neoliberal, el cual ocasiona resultados socioeconómicos nocivos para el conjunto de la sociedad, excepto para quienes imponen dicho sistema. La libertad por sí sola no genera igualdad sino desigualdad.

Así mismo, es contradictoria, proclamando como finalidad la obtención de la justicia social y el bienestar general, incorporando los tratados internacionales sobre derechos humanos, aunque de manera simultánea expone al país a la implementación del neoliberalismo cuyos resultados provocan una violación sistemática del conjunto de los derechos humanos.

La Constitución nos expone a la posibilidad de implementar un sistema de ideas de dominación cuyo fin es apropiarse del Sujeto y del propio Estado por medio de su modelo socioeconómico basado en la deuda, la especulación y el ajuste. El gran objetivo neoliberal es la producción de subjetividad, construir una superestructura cultural destinada a invisibilizar esa dependencia y la sumisión a ese sistema. El discurso totalizador, universal y homogeneizante del neoliberalismo es contradictorio en su máxima expresión hasta con el derecho fundamental que cimenta al liberalismo como es la propia libertad.

Nuestro país requiere de una discusión profunda, madura, seria y sincera sobre el modelo de país que queremos y entre quiénes lo queremos construir. Requiere de modificaciones estructurales para lograr la finalidad perseguida; redefiniendo el modelo socioeconómico, el cual deberá ser claro en sus objetivos, con los instrumentos necesarios para imponer medidas y límites claros, como también facilidades y plenas libertades dentro del rumbo establecido, para evitar nuevamente recetas fallidas de antaño o por venir; reconfigurando la organización y el funcionamiento del Estado, sobre todo en lo que refiere al funcionamiento del Poder Judicial y el Ministerio Público Fiscal como garantes de los máximos valores republicanos y democráticos, y los medios de comunicación en su responsabilidad ética para no mentir y desinformar.

Bibliografía

- Galasso, Norberto** (2002). De la Banca Baring al FMI: Historia de la deuda externa argentina. Coihue.
- Aleman, J.** (2016). Horizontes Neoliberales de la Subjetividad. Gramma Ediciones.

- Jauretche, A. M.** (1957). Los profetas del odio: y la yapa (La colonización pedagógica) (Vol. 4). Ediciones Corregidor.
- Laclau, E.** (2013). La razón populista. Fondo de Cultura Económica.
- Bidart Campos, G.J.** (1999). El orden socioeconómico en la Constitución. EDIAR. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/balance_de_gestion_2015-2019_-_hacienda_2.pdf
- Foucault, M.** (1976). Genealogía del racismo. Altamira.
- Alberdi, J. B.** (1854). Sistema económico y rentístico de la confederación argentina, según su Constitución de 1853. Mercurio.

MARÍA FERNANDA FRANGELLA*

Extractivismo de los bienes comunes en las ciudades, poder económico y derechos humanos

Análisis de un caso en Santa Fe Capital

“La cuestión de qué tipo de ciudad queremos no puede separarse del tipo de personas que queremos ser, el tipo de relaciones sociales que pretendemos, las relaciones con la naturaleza que apreciamos, el estilo de vida que deseamos y los valores estéticos que respetamos.”
Harvey (2008: 20)

Introducción

La cesión del emblemático Parque Alberdi, ubicado en la ciudad de Santa Fe, a empresas de la construcción por parte del gobierno local en 2014 constituye un caso de apropiación privada de bienes comunes urbanos producido en el marco de un proceso creciente de neoliberalización de las ciudades. Desde hace poco más de dos décadas, los/as santafesinos/as somos testigos de la transformación paisajística y económica de una ciudad que exhibe espacios de flujo del capital cada vez más concentrados –construcción de grandes torres de oficinas, renovación del puerto, megaproyectos inmobiliarios en áreas recreativas clave, inversión en obras y embellecimiento de las zonas ricas de la ciudad, empoderamiento del centro–, mientras demora la urbanización de los barrios vulnerados –donde faltan aún muchos de los servicios básicos que hacen a una vida digna–. Bajo esta lógica se ubica el fenómeno de privatización cada vez más creciente del espacio público, posibilitado por la complicidad del Estado, que a veces, como en este caso, utiliza y/o transforma mecanismos legales y regulatorios para beneficiar ciertos intereses en detrimento de la ciudadanía (una forma del *lawfare*).

(*) Profesora de Filosofía por la Universidad Nacional del Litoral, docente de nivel medio y superior no universitario.

La disputa entre el gobierno municipal y la ciudadanía por el Parque Alberdi puso de relieve el papel que juegan las autoridades políticas en la construcción del modelo de ciudad, como así también la discusión en torno al uso y gestión de los bienes públicos, el valor de los bienes comunes, los mecanismos reales de participación democrática y sus límites y, en un sentido más general, la disputa por el derecho a la ciudad.

A la luz de las categorías y aportes de los estudios sociales sobre el derecho a la ciudad, en este trabajo tematizaremos el fenómeno de la privatización de los espacios públicos en relación al caso presentado. También analizaremos las estrategias políticas, discursivas y legales que los actores involucrados se dieron en defensa de sus intereses, a fin de poder construir una interpretación que dé cuenta tanto de los hechos como del escenario de disputas actual en torno a los bienes comunes y espacios públicos en la ciudad de Santa Fe.

El trabajo pretende, además, servir a la memoria ciudadana. Utilizaremos para la reconstrucción del conflicto la información disponible en los principales medios periodísticos que se ocuparon del caso y bibliografía especializada para su análisis.

El conflicto

A poco de comenzar el mes de mayo de 2014, el histórico Parque Alberdi de la ciudad de Santa Fe apareció cercado por paneles que impedían el acceso y la vista hacia el interior. Ningún cartel informaba la razón del cercamiento. El Parque Alberdi había sido hasta entonces un paseo público tradicional en la vida urbana de muchos/as ciudadanos/as santafesinos/as. Lugar de ocio y esparcimiento, de encuentro familiar, pulmón verde que albergaba numerosas especies arbóreas –algunas añosas–, su arquitectura constituía un patrimonio cultural, histórico y afectivo de gran significatividad –el Monumento a la Madre, la Pérgola, los bancos de piedra, el diseño arquitectónico y paisajístico, de estilo colonial–.

La ciudadanía se fue anoticiando con el correr de los días de la causa del cercamiento: en el parque comenzarían a realizarse obras para la construcción de aproximadamente 300 cocheras semisoterradas en un espacio de siete mil metros cuadrados, el 65 por ciento de su superficie. Se trataba de un proyecto de inversión privada llevado adelante por una unión transitoria de dos empresas (UTE) que lideran actualmente el mercado de la construcción en la ciudad: CAM S. A. y Ponce SRL. El proyecto había sido aprobado por el Concejo Municipal en diciembre de 2012, pero no se había dado a conocer públicamente por los medios usuales (medios de comunicación masiva), sino –según el Municipio– solo a través de su página web. La obra implicaba la remoción del parque casi por completo para la excavación del suelo y construcción de las cocheras, y luego la posterior construcción de una plaza sobre una loza de cemento. El “nuevo Parque

Alberdi”, como fue promocionado por las empresas y el municipio, se elevaría poco más de un metro sobre el paisaje urbano.

Es importante destacar que el terreno del parque se encuentra en una zona estratégica de la ciudad, cerca del centro comercial a cielo abierto más importante (calle San Martín), de instituciones públicas administrativas y educativas y de la zona del puerto, casino y shopping. Además, a metros del lugar estaba por inaugurarse un centro médico provincial de gran envergadura (el actual Cemafe). Por el flujo de automóviles que circulan diariamente en la zona, la idea de un emprendimiento de cocheras tenía el éxito asegurado en términos de rentabilidad.

El 8 de junio de 2014 comenzó oficialmente la disputa por el Parque Alberdi. A través de las redes sociales, la ciudadanía fue convocada a realizar un abrazo simbólico al parque y a exigir la interrupción de la obra. Se conformó un grupo de vecinos autoconvocados: la Asamblea Ciudadana en Defensa de lo Público (en adelante, Asamblea). Participaron, además, el Cepronat (Centro de Protección a la Naturaleza), organizaciones estudiantiles y profesionales del derecho y la arquitectura. El 14 de junio, ante el avance de la obra y la falta de respuestas gubernamentales, los/as autoconvocados/as decidieron ingresar al predio cercado y realizaron un acampe que se extendería por tiempo indeterminado. El caso comenzaba a tener repercusión mediática, por lo que el gobierno municipal, expuesto y cuestionado, implementó estrategias políticamente correctas como la de convocar a los manifestantes a “dialogar” –invitación que estos rechazaron por no decretarse la interrupción de los trabajos en el parque, el reclamo más urgente–. Mientras tanto, el Cepronat antepuso el 19 de junio un recurso de amparo sobre la base de la ley provincial 10.000 (tutela de intereses difusos), por afectación de derechos colectivos. En respuesta el juez interviniente, Eduardo Soderó, dictaminó el cese de las obras y solicitó al Municipio un informe sobre algunos puntos polémicos del proyecto: los relativos a la vulneración de derechos ambientales, pero también los referidos al acceso a la información pública –ya que ni la decisión del Concejo Deliberante de autorizar la obra ni esta al momento de iniciarse fueron debidamente comunicadas al conjunto de la ciudadanía–.

Desde el inicio del acampe y a la espera de la decisión del juez, los assembleístas realizaron actividades de concientización y visibilización del conflicto: talleres permanentes sobre diversas temáticas, “mateadas”, juntada de firmas, socialización de información mediante las redes sociales, actividades artístico-culturales en el parque e, incluso, medidas de contención como la de ofrecer asilo a personas en situación de calle. Durante todo ese tiempo recibieron amenazas e intimidaciones de parte de la Guardia de Seguridad Institucional (GSI), órgano policial municipal cuya función es, paradójicamente, “resguardar los bienes de la ciudad”. En un episodio de violencia institucional física y verbal, dos assembleístas fueron detenidos y llevados por la policía, motivo por el cual el abogado de la Asamblea presentó una denuncia ante la Secretaría de Derechos Humanos de la ciudad.

El 23 de julio el juez Sodero falló rechazando el recurso de amparo y pidió al municipio modificaciones en el proyecto original, pero habilitó la continuación de la obra. Los cambios solicitados eran “atenuantes” de los reclamos de los assembleístas –por ejemplo, reconstruir la pérgola, ubicar el Monumento a la Madre en su lugar original o plantar más especies arbóreas–, pero no discutían los puntos neurálgicos del problema planteado por ellos, a saber, el de la concesión y explotación privada de un espacio público sin consulta ciudadana, la poca transparencia en la gestión y los mecanismos de participación y decisión de los vecinos en semejante proyecto.

Un elemento importante en todo este proceso fue la modificación de una ordenanza municipal que regulaba los proyectos de iniciativa privada. Dicha modificación se hizo dos años antes, en consonancia con la presentación de la propuesta privada, pero este hecho pasó inadvertido para el conjunto de la ciudadanía hasta que comenzó la obra.

Las manifestaciones siguieron un tiempo más, pero la ciudadanía percibió que no estaban dadas las garantías para actuar contra la decisión del juez, por lo cual las obras prosiguieron su curso y tres años después (abril de 2017) las cocheras fueron terminadas y la “nueva plaza” inaugurada por el Intendente.

La neoliberalización de las ciudades

Tal como afirman Theodore y Brenner (2002: 351), hoy las ciudades representan escenarios geográficos claves para la articulación de estrategias e iniciativas del mundo capitalista avanzado. El neoliberalismo, su sistema económico e ideológico dominante, tiene como una de sus características principales la retirada del Estado de las funciones de bienestar social, junto con el achicamiento o la privatización de los servicios públicos. En este sentido, toda inversión estatal destinada al uso público de bienes y servicios y no a la obtención de ganancias es vista como “gasto social” bajo la lógica empresarial; en otras palabras: como pérdida. Esta mirada afecta directamente a los espacios públicos y los bienes comunes urbanos, que son percibidos por las administraciones locales como recursos ociosos y por las empresas como oportunidades para sus negocios.

Algunos autores atribuyen el fenómeno de mercantilización del espacio común a los problemas de financiación que tienen los gobiernos locales (Coll Ramis y Seguí Llinás, 2016: 259). La administración municipal, sin recursos para mantener los bienes urbanos, mejorarlos o crear otros nuevos, recurre a fomentar y facilitar la inversión privada. Es claro que un negocio de cocheras en plena zona céntrica es un emprendimiento que aportará al erario provincial y municipal mediante el pago de impuestos que se realiza por cualquier actividad económica, pero la diferencia entre ese monto y las ganancias que el emprendimiento va a generar son abismales –al punto que se calcula que las empresas recuperarán su inversión en 5 años, mientras la concesión es por 30–. Lo que nos lleva al problema que plantea David Harvey (2008) acerca de quién controla la

urbanización de los excedentes de la producción –y en este caso, los excedentes del mercado inmobiliario–.

La privatización de espacios públicos es un fenómeno global que adquiere formas diversas. Esto no quiere decir que la globalización sea una fuerza causal exclusiva en relación con el desarrollo local. Según Harvey, la relación es más compleja, al punto que las iniciativas locales pueden difundirse a escala global y viceversa. La construcción de cocheras subterráneas privadas, *shoppings* o infraestructura comercial en espacios públicos como parques y plazas es una nueva estrategia del capital para extraer rentabilidad del suelo que en Argentina se está llevando a cabo en ciudades como Rosario, Ciudad de Buenos Aires y Córdoba.⁽¹⁾

Un fenómeno propio de los procesos de reestructuración del capital, señalan Theodore y Brenner, es la disputa entre los defensores del “viejo espacio” (o “bloque conservador”) y quienes proponen “un nuevo modelo de desarrollo” (el bloque “modernizador”). La producción del espacio surge de las dinámicas de poder que se dan entre estos grupos. El Estado municipal de Santa Fe y las empresas inversoras construyeron su discurso sobre las ideas de modernización encubriendo el interés primordial de toda empresa: obtener más ganancias, aumentar su capital. Así, en la página del Municipio se reproducen las palabras que el intendente José Corral pronunció el día de la inauguración: “Estamos muy contentos porque las ciudades que progresan tienen obras como esta, que trajo debate porque siempre los cambios generan alguna duda, e incluso, alguna resistencia”, vinculando así “progreso” a “privatización” y reforzando la idea común de que los conflictos entre lo viejo y lo nuevo son meramente intergeneracionales; como si existiese en toda sociedad una parte de la población que se resiste a los cambios –sean cuales fueran– por acostumbramiento, nostalgia o el simple temor a lo nuevo. Expresiones como “remodelación”, “nueva plaza”, juegos “contemporáneos”, “poner en valor”, “embellecer” intentan otorgar un sentido moral positivo a las obras actuales, pero no dan cabal cuenta del socavamiento y remoción total de un parque, la construcción de algo radicalmente distinto en su lugar y la pérdida de un bien patrimonial histórico, en un proceso unilateral y no democrático.

El discurso neoliberal también justifica la apropiación de los bienes urbanos creando narrativas de “salvación”, según las cuales todo lo que existía antes –de propiedad pública– era inseguro, funcionaba mal o era desaprovechado: “En 2007 la plaza estaba intrusada y abandonada. En 2008 la recuperamos”, reza el folleto de promoción del municipio.⁽²⁾ La noción de “recuperación” en este caso es extraña, pues no se trata de que el parque haya

(1) El Gobierno porteño llama a licitación para proyectos de cocheras en Parque Patricios (“Pese a las polémicas, quieren hacer 7 playas subterráneas”, 2014); además, proyecta la construcción de un *shopping* con cocheras y techo verde (<http://www.revistaque.com/politica/shopping-una-plaza-21042016.html>, 2016) En Rosario, por otro lado, aprueban la construcción de dos playas de estacionamiento subterráneas privadas en espacios públicos (“El Concejo municipal aprobó la construcción de las cocheras subterráneas en Rosario”, 2015)

(2) El folleto promocional del proyecto se encuentra disponible en: sistemamid.com/panel/uploads/biblioteca/2015-12-05_11-24-26130386.pdf

vuelto a su estado “normal” luego de haberlo perdido por abandono (¿estatal?) e intrusión, pero tampoco significa la adquisición de lo que antes se poseía. Porque no solo se eliminó toda memoria (visual, patrimonial y afectiva) del lugar, sino que las nuevas condiciones en las que se presenta el espacio (pseudopúblicas, pérdida del suelo y espacio subterráneo, superficie controlada por la empresa) son muy diferentes de las anteriores. Una metodología usual de los gobiernos neoliberales es dejar en abandono un espacio esperando su deterioro con el fin de justificar la necesidad de que capitales privados lo “ponga en valor”, ya que el Estado se declara incapaz de hacerlo. La inversión es privada, luego el usufructo del bien es privado. De allí que la discusión sea nuevamente el control del excedente. En el caso del proyecto “Parking Alberdi”, se estableció el irrisorio cobro de un canon de mil pesos mensuales para un negocio que calcula recuperar su inversión en la primera sexta parte del tiempo de derecho de explotación que se le otorgó.

La construcción de las cocheras en el parque Alberdi no hubiese sido posible sin la modificación de la ordenanza municipal 10.383, del año 1998, que regulaba la iniciativa privada. La nueva ordenanza 11.852, aprobada pocos meses antes de que las empresas presentaran su propuesta, incluyó cambios fundamentales que posibilitaron que el proyecto “se ajustara a la normativa vigente”. Por ejemplo, donde antes se establecía que el municipio otorgaba concesiones de *obras o servicios públicos* a proyectos que aseguraran la preservación ambiental (art. 2° de la ordenanza 10.383), ahora se decreta que puede hacerlo sobre el *uso y explotación de bienes o espacios públicos*, ampliando el espectro de la privatización. La condición del resguardo ambiental desaparece. Otra modificación importante es el tiempo de concesión máximo: de 20 años en la vieja disposición a 30 años (art. 3°), que son los que fueron otorgados a estos beneficiarios. El art. 5° establece el pago de un canon que no resulta de las ganancias que obtiene el privado por su actividad, sino que es “simbólico” (el exiguo monto de mil pesos mensuales), con lo cual el excedente de la actividad queda en su totalidad para el privado. A su vez, donde antes decía que el Concejo tomaría en consideración beneficios de tipo “social, cultural y artístico” para declarar un proyecto de interés municipal, ahora se añaden las categorías “turístico, comercial” y el “interés público comprometido”, la cual servirá para justificar la iniciativa apelando a la necesidad de lugares para estacionar. Finalmente, un punto controversial de la nueva ley refiere a los sujetos que impulsan las iniciativas privadas: en la vieja ordenanza, *personas físicas y jurídicas* podían hacerlo; en la nueva, se agregan las *uniones transitorias de empresas* que (casualmente) se corresponde con la estrategia de CAM S. A. y Ponce SRL. Modificada la normativa y presentado el proyecto, el Concejo lo declaró de interés municipal y habilitó al municipio a continuar con su ejecución.

Esta maniobra deja entrever cómo el capital utiliza a la ley y sus procedimientos, en apariencia legítimos (modificar y actualizar las normativas, discutir en sesiones legislativas, presentar y sancionar leyes, etc.), para asegurar posiciones de poder, cambiando o creando las condiciones de legalidad y supuesta legitimidad, en consonancia con estrategias de articulación mediática y política. Se eliminan así las barreras “formales” (el

respaldo de la iniciativa privada se hace valer apelando al cumplimiento de la empresa con la normativa vigente) y se crea una barrera jurídica para el conjunto de la comunidad, que encuentra más difícil apelar a la exigibilidad de sus derechos en tanto estos no están contemplados en el derecho positivo. Desde nuestra perspectiva, esto constituye un claro ejemplo de “abuso de la ley”, en términos del concepto de *lawfare*, entendiendo por el término un uso indebido de las herramientas jurídicas propias del Estado republicano y de una sociedad democrática (Romano, 2020) en favor de determinados intereses relacionados con recursos estratégicos (económicos, en este caso).

Por último, la voluntad de negar o destruir las instituciones existentes para facilitar el desarrollo de la economía neoliberal (en este caso, la normativa legal) es un fenómeno propio del sistema que recibe el nombre de *destrucción creativa* (Theodore y Brenner, 2002: 362 y ss.). Este concepto se enfoca en la relación entre lo privado y lo público, es decir, entre las empresas y las instituciones políticas. Para crecer, el neoliberalismo requiere de nuevas condiciones que pueden no estar dadas; entonces precisa destruirlas –parcialmente– y crear otras nuevas, más favorables a sus intereses. Por ello, si bien se trata de momentos diferentes, destrucción y creación se encuentran fuertemente interconectados y revelan los complejos modos en los que la reestructuración del capital interactúa con los usos preexistentes del espacio y del poder sociopolítico. Para el caso presentado, pueden agregarse como momentos antagónicos de *destrucción creativa* la negación de iniciativas ciudadanas orientadas a una planificación comunitaria por la adopción del principio del “mejor y mayor uso” del suelo; como así también la eliminación del espacio público por nuevas configuraciones mixtas de semiprivatización que focalizan en un determinado público consumidor y que se caracterizan por intensificar sus mecanismos de control y vigilancia. Por último, en el orden de la representación sobre la ciudad, la destrucción sobre la base de una imagen de decadencia del parque y emergencia de discursos acerca de la necesidad de su reinversión, rejuvenecimiento o revitalización.

Figura 1: Manifestación pacífica (junio, 2014)



Fuente: Asamblea Ciudadana en Defensa.

Figura 2: Tercer “abrazo” al Parque (julio, 2014)



Fuente: .Asamblea Ciudadana en Defensa.

Qué se pierde al “ganar” una plaza nueva

No se suele tener cabal conciencia de la pérdida que representa para la ciudadanía la cesión de un espacio público a manos privadas. Ello ocurre porque no se vislumbra claramente la relación entre propiedad, desigualdad y derechos ciudadanos.

La propiedad privada del suelo es un eje fundamental en la estructuración social del espacio urbano. Constituye el derecho de excluir a otros individuos de los beneficios del uso de una cosa, y funciona tanto para garantizar el acceso a ciertos bienes – como la vivienda– como para la acumulación de capital –uso rentable del suelo–. El problema de la propiedad privada en el capitalismo es que tiende naturalmente a generar desigualdad entre ricos y pobres y condiciones de opresión para estos últimos. No es necesario conocer minuciosamente a Marx o a Bourdieu para reconocer la verdad de un saber popular: “Es más fácil hacer el segundo millón que el primer centavo”. En otras palabras, el capitalismo se sostiene en que quienes *poseen* –medios de producción, tierras, bienes inmuebles, etc.– pueden poner en juego su capital y obtener *excedente* sin perder su condición de propietarios, mientras que los desposeídos –que reciben un valor menor que lo que producen– difícilmente transformen alguna vez su situación, si no es a través de actividades delictivas rentables como el narcotráfico o la corrupción.

Las desigualdades sociales, económicas y culturales que mantienen las personas –en definitiva, desigualdades de capital– se expresan en la fisonomía del paisaje urbano. Lo que vemos en la ciudad –edificios, monumentos, centros comerciales, plazas y parques, calles de tierra o asfalto, ranchos, zanjones, basurales– es el reflejo de algo que no se percibe a simple vista: las relaciones económicas y sociales que vinculan

a los individuos entre sí; a unos como propietarios, a otros cuasi desposeídos –inquilinos, arrendatarios– y muchos excluidos de todo beneficio de propiedad o que solo acceden a ella por ilegalidad. Así, dos mecanismos del capitalismo aseguran la perpetuación de este orden urbano: por un lado, el valor actual de los bienes inmuebles o del suelo hace prácticamente imposible su adquisición por parte de los trabajadores; por otro, en determinadas circunstancias el suelo se vuelve un bien escaso y solo acceden a él los dueños de grandes cantidades de capital, quienes tienden a acaparar el recurso y agotarlo excluyendo a los demás de su uso. Piénsese en el espacio céntrico: a medida que los empresarios del mercado inmobiliario compran más propiedades, el resto de la población que no puede costear los valores de compra y alquiler se ve obligada a desplazarse y residir en las periferias.⁽³⁾ En este sentido, la concesión del Parque Alberdi para la explotación de un negocio privado de estacionamiento significa un aumento exorbitante del patrimonio de dos empresas constructoras que les posibilitará más capital para la apropiación de más bienes, espacios e inmuebles, restando poder al conjunto de la ciudadanía.

Pero el debilitamiento del poder ciudadano no acontece principalmente por su incapacidad de ejercer derechos de propiedad. La privatización de un espacio público es ante todo la pérdida de un espacio político, es decir, de un topos en el que las personas se reconocen en igualdad de condiciones para discutir y concretar sus intereses. Lo público es el lugar de lo democrático, donde los conflictos se hacen visibles y se buscan los mecanismos para garantizar los derechos de todos:

“El espacio público es el de la representación, en el que la sociedad se hace visible. Del ágora a la plaza de las manifestaciones políticas del siglo XX, es a partir de estos espacios que se puede relatar, comprender la historia de una ciudad. (...) no es un espacio residual entre calles y edificios. Tampoco es un espacio vacío considerado público simplemente por razones jurídicas. Ni un espacio ‘especializado’ al que se ha de ir, como quien va a un museo o a un espectáculo. (...) Es un espacio físico, simbólico y político” (Borja y Muxí, 2002: 7-8).

Una condición fundamental de lo público es la no consideración de privilegios ni arbitrariedades impuestas por el poder o la clase, tal como caracteriza James Holston (2009) a partir de ciertas experiencias vividas en la sociedad brasileña de los años 70 y 90. El espacio público constituye una condición de posibilidad para que los sujetos se sientan empoderados (aunque no siempre sea suficiente), es decir, para que perciban los derechos objetivados en leyes y acuerdos formales como algo que efectiva e internamente les pertenece y los habilita a tener voz y voto en las decisiones que afectan su ciudadanía.

(3) Borja y Muxí hablan de los nuevos derechos urbanos, entre los cuales está el derecho a la centralidad; esto quiere decir pensar la ciudad bajo una lógica pluricentral, en la que todas sus áreas tengan el valor del centro y por tanto incluyan la monumentalidad, la belleza, el cuidado del patrimonio histórico, las instituciones de importancia (2003: 78).

En declaraciones a los medios de comunicación y a pocos días de iniciado el conflicto por el Parque Alberdi, el secretario de la Producción Pablo Tabares declaró que “la plaza es pública y va a seguir siéndolo... Y la cochera también, es una obra pública con dinero privado, con una concesión por un tiempo determinado”.⁽⁴⁾ Es preciso detenerse a analizar esta aparente mixtura entre lo público y lo privado propia del neoliberalismo. Tal como señalan varios autores:

“... el concepto de espacio público está sufriendo una acelerada resignificación en la misma medida en que la gobernanza neoliberal está cambiando toda noción de lo público para su desmontaje y privatización, en unas ocasiones bajo el paraguas de aumentar la cantidad y calidad de los servicios y, en otras, con la necesidad de conservarlo ecológicamente o evitar su degradación” (Coll Ramís y Seguí Llinás, 2016: 259).

Las legislaciones sobre el espacio público, por lo general, se establecen sobre la base de tres criterios básicos:

1. que sea común a todos, por tanto, que represente el interés general por encima de los intereses particulares;
2. que sea visible;
3. que sea abierto y accesible a todos los ciudadanos.

Así, se supone que debemos creer que la obra de las cocheras es pública, pero, por un lado, los derechos sobre las ganancias que genere esa obra irán a parar a bolsillos privados, y por otro, solo será accesible para aquellos que puedan pagar la tarifa de estacionamiento que fije la empresa; al menos durante 30 años. Se supone que la plaza “sigue siendo pública”, pero habrá personal de seguridad privado vigilando los exteriores de las cocheras como así también cámaras de videovigilancia, estableciendo lo que se puede y no se puede hacer (por ejemplo, jóvenes que practican “skate” o “bike” no tienen permitido utilizar las rampas aunque lo hagan de noche cuando en la plaza no hay gente). De esta manera, las formas mixtas de propiedad debilitan la ciudadanía al restringir la libertad, la diversidad social y la participación activa y conciente de los miembros de la sociedad en los procesos de urbanización. Por ejemplo, en Santa Fe la calle peatonal San Martín, parte del centro comercial a cielo abierto más importante, es “pública” en teoría, pero en la práctica la Asociación de Amigos de Calle San Martín, que nuclea a los comerciantes que trabajan allí, genera presión para normar el paseo. En marzo de 2015 hubo un conflicto con artistas que trabajan de estatuas vivientes porque el arte callejero, como la venta ambulante, están prohibidas por ordenanza municipal aunque la calle sea “pública”. Se crean así diferencias en el derecho al uso de la ciudad basadas en un estatus desigual de ciudadanía: quienes “pagan impuestos” versus trabajadores de la economía informal; quienes detentan poder de explotación comercial versus quienes reivindican derechos de uso, etc. Manuel Castells advierte

(4) <http://www.unosantafe.com.ar/santafe/la-obra-el-parque-alberdi-suma-otro-capitulo-al-debate-n838368.htm>

sobre los efectos negativos de regular el espacio urbano bajo la lógica instrumental y comercial:

“Lo que no funciona es el intento de marcaje de nuevos espacios instrumentales a los que se intenta dar una nueva simbología por medio de la privatización de espacios públicos (...) es decir la idea de crear unos espacios que reproducen funciones de centralidad urbana. (...) pero que privatizan y a la vez que privatizan, sesgan definitivamente los usos y la percepción de este espacio porque está dominado por la función comercial. No hay nada de malo en la función comercial (...) Pero, la cuestión es la estructuración simbólica sobre la base de la predominancia excesiva de esta función” (Borja y Muxí, 2000: 28).

Además, es preciso advertir que la mercantilización de los espacios favorece la justificación del ejercicio de la represión por parte del poder estatal hacia las manifestaciones masivas de protesta política o civil.

Se supone que un espacio público representa el interés general, pero a pesar de las manifestaciones y el pedido de consulta popular de un amplio sector de la ciudadanía, el proyecto –diseño e implementación– fue impuesto por las empresas sin consultar a vecinos, organizaciones o profesionales competentes en el área. El Ejecutivo aceptó la propuesta, el Concejo lo aprobó y la decisión final sobre el conflicto fue dictaminada por la Justicia. Es decir, que en ninguna de estas instancias políticas la movilización social tuvo voz y voto sobre algo que se afirma “público”. Lo cual revela la manera que las autoridades tienen de entender la democracia y los derechos políticos en la ciudad: exceso de representación, las decisiones las toman los gobernantes de espaldas al pueblo. Así, al ganar una nueva plaza se perdió un espacio político público y se restó poder a los ciudadanos.

La cuestión de la visibilidad en relación a la publicidad no es menor. Un signo importante fue que, tratándose en teoría de una obra pública, ni la municipalidad ni las empresas hayan colocado un cartel informando sobre la misma. Otro signo es que la nueva plaza se eleva 1,50 metros sobre la vereda, con lo cual no es fácil ver –ni de cerca, ni de lejos– lo que ocurre allí arriba si no es subiendo la rampa o la escalera. Lo cual nos lleva a reflexionar sobre si un espacio poco visible es un espacio realmente público y si no debilita su potencia política disruptiva cuando es apropiado por la ciudadanía.

Finalmente, una consecuencia que se desprende de la privatización y/o mercantilización de espacios públicos es la apropiación particular de bienes urbanos colectivos, o directamente su destrucción. En este punto conviene recordar la definición de bien común –si bien es una categoría en permanente construcción–: “un bien común no es un bien privado ni un bien público. Esta diferenciación es importante puesto que la propiedad privada se basa en la capacidad de unos individuos frente a otros de excluir del uso, o del beneficio, a unos determinados recursos, mientras la propiedad pública sitúa en el ámbito de los gobiernos la gestión y la decisión de quién tiene acceso a los

bienes” (González Reyes, s.f.). Los bienes comunes presentan ciertas características tales como:

1. su utilización colectiva, pudiendo llegar a ser utilizados por todos; esto conlleva su accesibilidad a amplios sectores de la sociedad;
2. no pueden ser gestionados bajo la lógica mercantil –racionalidad individual, ganancia como fin último–;
3. no pueden ser propiedad privada, ya que su propiedad y su gestión son comunes o colectivas. Por ello se plantea como necesaria su sustentabilidad en el tiempo.

Lo público y lo común no siempre han ido de la mano, sobre todo porque por lo general los Estados crean o mantienen bienes, infraestructura o espacios públicos más para contribuir al desarrollo del capitalismo que para potenciar la apropiación y transformación de lo público en lo común.

Figura 3: La “nueva plaza Alberdi”



Fuente: Masjoan (2017).

Los bienes comunes más importantes que destruyó la construcción de las cocheras fueron bienes de tipo histórico-arquitectónico-patrimonial, identitario-afectivos y medioambientales. En efecto, el parque expresaba un ordenamiento espacial y una fisonomía de principios de siglo XX armonioso con el resto del paisaje, ya que según la historia arquitectónica de Santa Fe los espacios públicos como este y otros parques fueron parte de un mismo proyecto urbano. Este tenía como objetivo principal favorecer la orientación y direccionalidad de los ciudadanos-usuarios y servir de espacios bellos para el encuentro y el ocio.⁽⁵⁾ Por el contrario, el diseño de la nueva plaza se basa exclusivamente en

(5) En una carta solicitada publicada en el diario *El Litoral*, el arquitecto Carlos Reinante (2014) reconstruyó la historia arquitectónica y patrimonial del parque Alberdi. Allí expresaba que conservar la integridad

critérios funcionales, y por las mismas características de la obra, impide por ejemplo que en su superficie puedan plantarse árboles de gran porte, perdiendo su potencial ambiental y paisajístico. La apariencia de la nueva plaza nada tiene que ver con la historia de Santa Fe (quizás sí con su historia neoliberal), ni por sus formas, ni por los materiales, ni por lo que se expresa a través de éstos. Sin embargo, como afirman Borja y Muxí, “las formas siempre transmiten valores, la estética es también una ética. Menospreciar el espacio público, su calidad, su belleza, su adecuación a los gustos y las aspiraciones de los diferentes sectores de población más allá de su función específica, es simplemente dejar de lado la gente y contribuir a los procesos de exclusión.” En este sentido, se ha señalado que las ciudades son objeto de operaciones de extracción –como los recursos naturales- cuando las personas se ven desposeídas de los bienes comunes urbanos que han producido. Esto puede ocurrir por el aumento del precio del suelo y la vivienda -operando desplazamientos de clase- o bien por los efectos trivializantes y homogeneizantes del mercado, que agotan un particular ecosistema urbano provocando desplazamientos de grupos étnicos o culturales. Este fenómeno es conocido en los estudios urbanos como gentrificación. Es altamente probable que quienes no se identifican con la artificiosa “cultura shopping” de neo formas, colores brillantes y texturas pobres -pasta, metal, cemento- no quieran habitar el “renovado” espacio.

Figuras 4 y 5.



El proceso de resistencia que llevaron a cabo los asambleístas en el parque convirtió ese espacio público en un espacio político y en un bien común urbano que se reivindicó

del parque no significaba dejarlo abandonado, sino recuperarlo “conforme a la esencia de su condición histórica, es decir, aceptando las condiciones sociohistóricas de su materialidad” y denunciaba que el proyecto de reforma desestimaba sobradamente la disciplina patrimonial.

a través del debate y de los cuestionamientos sobre el gobierno democrático de los recursos y la gestión privatizante del Estado. Fueron estos actores los que, asumiendo ya no un papel de usuarios pasivos sino de sujetos activos de derecho, transformaron las lógicas “públicas” de acceso y utilización del espacio por lógicas de comunización, en las cuales primó la discusión asamblearia, el vínculo persona a persona y formas de cooperación social. Significó un proceso de producción de comunidad, en el sentido que algunos autores refieren a un “un hacer o estar en común”. Y un proceso de creación de bienes comunes en el sentido de que lo común, más allá de ser un objeto o recurso físico, no puede existir sin la acción de una determinada comunidad que decide defender y administrar un recurso de manera colectiva (...) los comunes no solo presuponen una comunidad, sino que son producidos en la lucha” (Castro-Coma y Martí-Costa, 2016: 143).

No podemos medir en términos cuantificables la pérdida de los vínculos afectivos, generacionales y comunitarios que representa la destrucción de este parque. Sí mencionar como una de sus peores consecuencias el desarraigo que provoca en muchos ciudadanos, que ven transformarse sus espacios tradicionales de manera radical y degradada –porque un parque no es una plaza y una plaza no es una alfombra de pasto con juegos–. El neoliberalismo borra las huellas de la historia y la memoria comunitaria cuando esa historia no le sirve como valor de cambio –como sucede en la “industria del patrimonio”–. Desde nuestra perspectiva, compartimos la idea de que “la ciudad es el continente de la historia, el tiempo concentrado en el espacio, la condensación del pasado y la memoria, es decir, el lugar donde se producen los proyectos de futuro que dan sentido al presente. La ciudad es un patrimonio colectivo en el que tramas, edificios y monumentos se combinan con recuerdos, sentimientos y momentos comunitarios” (Borja y Muxí, 2000:17).

Figura 6: Abrazo a los árboles del parque (junio, 2014)



Fuente: Facebook.

Consideraciones finales

Hemos procurado echar luz sobre los hechos ocurridos en torno al parque Alberdi a partir de algunas categorías provenientes de los estudios sociales sobre urbanidad. Estas se entretajan alrededor de un concepto urgente en nuestro tiempo: el derecho a la ciudad como parte de los derechos humanos. Recordando a Harvey, “invocar el derecho a la ciudad es reclamar para sí la participación conciente y activa en los procesos de urbanización, esto es, el poder para incidir en la toma de decisiones que hacen a la ciudad y en el modo como estas se hacen y rehacen”. Implica hacernos concientes como sociedad de que la ciudad no es meramente el escenario donde ocurren episodios de nuestra vida cotidiana.

La ciudad es “*urbs*”, es decir, una aglomeración de personas que confluyen en un territorio. Pero también es “*civitas*”, lugar productor de ciudadanía y ámbito de ejercicio de la misma. Un estatus que reconoce los mismos derechos y deberes para todos los que viven en un mismo territorio caracterizado por la diversidad de funciones y actividades. Y por último, la ciudad es la “*polis*”, el lugar de la política y por lo tanto del poder, de la participación y de la representación a través de las instituciones, el lugar de la libertad, la lucha y la resistencia.

De lo desarrollado hasta aquí se desprende que el derecho a la ciudad no está garantizado en la ciudad de Santa Fe. Por el contrario, tendencias tales como la construcción de marcos jurídicos que facilitan la privatización de bienes públicos/comunes urbanos, la reducción de los mecanismos de participación ciudadana, la asociación entre progreso y maximización de la ganancia privada y la modernización selectiva del territorio –junto al crecimiento exponencial del patrimonio de las empresas ligadas al mercado inmobiliario– evidencian un territorio cada vez más hostil para el ejercicio de los derechos políticos en la ciudad y un vaciamiento de la democracia, en tanto los/as ciudadanos/as no encuentran en la estructura jurídico-institucional una real herramienta en defensa de sus derechos. No queda otra opción que seguir resistiendo.

Figura 7:



Referencias

- Borja, Jordi y Muxí, Zaida** 2003 *El espacio público, ciudad y ciudadanía* (Barcelona: Electa). /pensarcontemporaneo.files.wordpress.com/2009/06/el-espacio-publico-ciudad-y-ciudadania-jordi-borja.pdf
- Theodore, Nik y Brenner, Neil** 2002 "Cities and the Geographies of 'Actually existing Neoliberalism" *Antipode. A Radical Journal of Geography* Vol. 34, N° 3.
- Castro-Coma, Mauro y Martí-Costa, Marc** 2016 "Comunes urbanos: de la gestión colectiva al derecho a la ciudad" *Eure* (Santiago de Chile) Vol. 42, N° 125.
- Coll-Ramís, Miquel Ángel y Seguí-Llinás, Miguel** 2016 "La privatización de los espacios públicos destinados al ocio y al turismo mediante la regulación del estacionamiento de vehículos. Análisis de casos en la isla de Mallorca" *Documents d'Anàlisi Geogràfica* (Barcelona) Vol. 62, N° 2.
- Delgadillo Polanco, Víctor Manuel** 2012 "El derecho a la ciudad en la ciudad de México: ¿una retórica progresista para una gestión urbana neoliberal?" *Andamios. Revista de Investigación Social* (México DF) Vol. 9, N° 18.
- "El Concejo municipal aprobó la construcción de las cocheras subterráneas en Rosario" 2015 *La Capital*. www.lacapital.com.ar/la-ciudad/el-concejo-municipal-aprobo-la-construccion-las-cocheras-subterreanas-rosario-n472178.html
- Harvey, David** 2012 *Ciudades rebeldes: del derecho a la ciudad a la revolución urbana* (Madrid: Akal).
- Janoschka, Michael y Sequera, Jorge** 2014 "Procesos de gentrificación y desplazamiento en América Latina: una perspectiva comparativista" en Michelini, Juan José (ed.) *Desafíos metropolitanos. Un diálogo entre Europa y América Latina* (Madrid: Catarata).
- Márquez López, Lisett y Pradilla Cobos, Emilio** 2017 "La privatización y mercantilización de lo urbano" *XVII Enanpur* (San Pablo) Vol. 17, N° 1.
- Masjoan Lía** (2017) "Plaza Alberdi: últimas tareas para inaugurarla" *El Litoral*. www.ellitoral.com/index.php/diarios/2017/04/21/metropolitanas/AREA-02.html
- González Reyes, Luis** s.f. "Bienes comunes" *Observatorio de Multinacionales en América Latina [OMAL]*. omal.info/spip.php?article4842
- "Pese a las polémicas, quieren hacer 7 playas subterráneas" 2014 *Clarín*. www.clarin.com/ciudades/Pese-polemicas-quieren-playas-subterreanas_0_B12MaTc5P7l.html
- Reinante, Carlos** 2014 "Construcciones que destruyen" *El Litoral*. www.unosantafe.com.ar/santafe/construcciones-que-destruyen-n2088894.html
- Romano, Silvina** 2020 "Lawfare y neoliberalismo en América Latina: una aproximación" *Sudamericana. Revista de Ciencias Sociales* (Mar del Plata) N° 13.

Referencias normativas

- Ordenanza 10.383 (1998) www.concejosantafe.gov.ar/Legislacion/ordenanzas/ORDE_10383.pdf
- Ordenanza 11.852 (2012) www.concejosantafe.gov.ar/Legislacion/ordenanzas/ORDE_11852.pdf

MARCELO JOSÉ FERLIN D'AMBROSO*

El *lawfare* contra los sindicatos y la clase trabajadora

Globalización y desprotección laboral

Es un hecho que la confluencia de la globalización y la revolución tecnoinformática ha producido más desprotección laboral y precariedad. En efecto, el avance de las nuevas tecnologías, la automatización y la robotización no se están utilizando para ayudar al trabajo humano, para facilitar las tareas de las y los trabajadores o incluso para sustituir la exposición de la vida y la salud en actividades insalubres, arduas o peligrosas, sino para precarizar el trabajo y las condiciones sociales de la clase trabajadora.

En realidad, el advenimiento de las ideologías neoliberales, la primacía de la economía sobre todos los ámbitos de la vida, el "fin de la historia"⁽¹⁾ y la posmodernidad han pro-

(*) *Desembargador do Trabalho* (Magistrado Camarista de Corte Laboral - *Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região* - Porto Alegre - RS/Brasil); ex-Procurador del Trabajo (Ministerio Público de Brasil); Fundador y actual Presidente de IPEATRA (*Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho - Brasil*); Vice-Presidente de Finanzas de UIJ - Unión Iberoamericana de Jueces; Miembro de la AJD (*Associação Juizes para a Democracia - Brasil*); Doctorando en Estudios Avanzados en Derechos Humanos (Universidad Carlos III de Madrid, España) y Ciencias Jurídicas (Universidad Social del Museo Social Argentino); Maestría en Derecho Penal Económico (Universidad Internacional de La Rioja, España) y en Derechos Humanos (Universidad Pablo de Olavide, España); Especialista en Derechos Humanos, Jurisdicción Social y Relaciones Laborales; Consejero de la Escuela Judicial del TRT4; Profesor invitado del Posgrado de Derecho Colectivo del Trabajo y Sindicalismo de UNOESC - *Universidade do Oeste de Santa Catarina* (Brasil), y de Derecho del Trabajo y Proceso Laboral de UCS - *Universidade de Caxias do Sul* (Brasil), UNISINOS - *Universidade do Vale dos Sinos* (Brasil) y FEE-VALE - *Federação de Estabelecimentos de Ensino Superior do Vale de Novo Hamburgo* (Brasil).

(1) El "fin de la historia" es una referencia de Fukuyama sobre el fin de la historia en su visión representado por la caída del muro de Berlín y la extinción de la Unión Soviética, como el triunfo de la democracia liberal capitalista y derrota del comunismo. (Fukuyama, 1990). La expresión se utiliza como una especie de mensaje ideológico subliminal de que "no hay alternativas" al capitalismo – la famosa expresión TINA ("*there is no alternative*") de la dama de hierro británica, Margaret Thatcher, al aplicar sus necropolíticas austericidas en Inglaterra.

ducido una creciente pérdida de la conciencia de clase y de la percepción crítica de la sociedad, creando las condiciones favorables para la instalación de una nueva forma de capitalismo salvaje.

El predominio del capitalismo financiero, el capitalismo monopolista, el control mundial por parte de los bancos y las grandes corporaciones, con una máxima movilidad (no hay fronteras ni regulación para el capital) y la mínima movilidad para las personas (sólo se mueven de los territorios las que tienen capacidad económica) generan las condiciones para instalar una necropolítica económica y social dirigida a defender el capital y desproteger el trabajo.

En este nuevo orden hegemónico neoliberal ya no existe el compromiso de mejorar las condiciones sociales de las personas desposeídas o incluirlas en la sociedad de consumo ni de proporcionar ayudas estatales en ámbitos básicos como la seguridad social, la salud y la educación. La máquina estatal es completamente direccionada para atender a los intereses del poder económico, especialmente de los bancos y de las grandes corporaciones multinacionales de los países ricos para defender a sus propios intereses en detrimento del pueblo.

La política neoliberal es cínica y siempre *austericida*: máximos beneficios para el capital y nada o casi nada a la gente. La misma fórmula se repite en todas partes, reducción de impuestos para el gran capital, privatización de todo, reducción de gastos sociales, liberalización del mercado ("la ley de oferta y demanda se encarga de arreglar a todo"), aumento de las policías y fuerzas armadas para defender el patrimonio y el capital (y no el pueblo).

En este escenario, es fundamental entender las relaciones laborales desde la realidad social e histórica de la humanidad y recordar que la relación de trabajo tiene por base una relación de poder asimétrica entre un subordinado económicamente o desposeído y el dador del trabajo como el poseedor exclusivo de los medios de producción y del capital (propiedad).

Sin embargo, en el contexto de un necroderecho orientado a las decisiones económicas, también es importante entender lo que está pasando con el Derecho del Trabajo, es decir con las normas laborales y su aplicación tras las reformas neoliberales que están estructurando pilares distintos de funcionamiento del reglamento laboral, en contra las y los trabajadores.

Rusche-Kirchheimer, al tratar de la relación entre prisión y mercado de trabajo, ya advertían que cada sistema de producción descubre la técnica de punición que mejor se corresponde con las relaciones productivas, una vez que las oscilaciones del mercado laboral, cuando hay necesidad de mano de obra y cuando no la hay, son determinantes de la punición. (Rusche y Kirchheimer, 2004).

En este ámbito, si antiguamente las normas constituían un Derecho del Trabajo con un mínimo de protección al trabajo, mientras que el Derecho Penal tenía un máximo de protección a la propiedad, hoy por hoy, las normas neoliberales desmantelan este mínimo de protección del Derecho del Trabajo, maximizando los aparatos de represión estatal (las policías y fuerzas armadas), con el objetivo de obstaculizar cualquier intento de recuperación o emancipación social de las personas desposeídas.

El pensamiento neoliberal hegemónico deconstruye los sindicatos, el movimiento obrero y las agendas de reivindicación social. La subjetivación neoliberal entorno a la ideología emprendedora, en la que se hace creer que el propio cuerpo es una empresa y no una fuerza de trabajo a la disposición del capital, deshidrata al movimiento sindical, haciendo que las personas trabajadoras huyan de los sindicatos, del Derecho del Trabajo, de la protección laboral (aunque sea mínima).

Así las cosas, no es difícil entender cómo las normas laborales neoliberales promueven una cruzada contra los sindicatos y la clase trabajadora, creando un *lawfare* laboral que, sin embargo, aún no está siendo percibido por la gente.

A los efectos de este artículo, *lawfare* puede ser entendido como un instrumento de acción híbrida en la llamada guerra híbrida contemporánea, que comprende el uso del Derecho y del poder judicial para atacar al enemigo, actuando por diversos medios: presión de la prensa, presión popular, condena popular, persuasión externa o infiltración y también por adoctrinamiento, producción de leyes corrompidas, incidencia tecnológica, etc.

Pues el neoliberalismo tiene sus enemigos y uno de ellos es precisamente la clase trabajadora, sus sindicatos y el Derecho del Trabajo. Desde aquí cabe dilucidar el *lawfare* laboral como una nueva arma de ataque neoliberal.

La necropolítica, el necroderecho y la necrojusticia laboral

Las estrategias neoliberales de manipulación del sistema jurídico utilizan la aplicación de su ideología en el ámbito forense: discursos de que hay muchos derechos, muchos procesos laborales y que la justicia debe ser eficiente desde el punto de vista económico, es decir, gastar menos y producir más, conducen siempre al mismo resultado, la disminución de los derechos sociales y la imposición de dificultades en el acceso a la justicia para la clase desposeída.

Estas estrategias acaban socavando los Derechos Humanos en el trabajo e incluso prevalecen sobre las normas internacionales y constitucionales de los países.

Ahora bien, el término necropolítica se refiere a la suma del prefijo necro (significando muerte) con política. Acuerdo a Mbembe, corresponde a la selección de quienes pueden

vivir y quienes deben morir en el sistema, según decida la clase dominante. (Mbembe, 2018)

En el análisis del *lawfare* en las relaciones laborales, no caben dudas: hay una verdadera guerra neoliberal contra la clase trabajadora y sus derechos que extermina no sólo derechos sino también a las personas en el proceso.

En el campo de las necropolíticas laborales, tomando como ejemplo Inglaterra y Brasil, en ambos países se intentó dificultar el acceso a la justicia a la clase trabajadora, desde la imposición de tasas judiciales⁽²⁾ hasta los honorarios de las y los abogados para la parte vencida (caso de Brasil), incluso si la persona trabajadora era necesitada. El discurso motivador fue el mismo para los dos: transferencia de los costos de la justicia laboral a la clase trabajadora, desaconsejar las demandas infundadas y promover más acuerdos extrajudiciales. Sin embargo, tras cuatro años de vigencia, ante la constatación de un importante descenso en el número de demandas en los tribunales laborales, la Suprema Corte inglesa anuló la imposición de tasas por la proposición de demandas laborales, con base en el derecho fundamental de acceso a la justicia.⁽³⁾ La Corte británica consideró que muchas personas dejaron de buscar sus derechos por miedo a perder sus acciones y que el derecho de acceso a la justicia no puede ser restricto a las demandas estimadas. En Brasil, las normas sobre el tema siguieron vigentes desde la aprobación de la ley 13467/2017, también llamada "*deforma laboral*" (por haber promovido la precarización de los derechos sociales), hasta 20/10/2021, cuando el Supremo Tribunal declaró su inconstitucionalidad⁽⁴⁾. Mientras tanto, millares de acciones laborales dejaron de ser presentadas por la clase trabajadora por el miedo a tener que pagar las tasas judiciales, no obstante, las violaciones de derechos sociales no fueron estancadas y siguieron aumentando.

Otro ejemplo, la Sentencia 310/2018 de la Sección Vigésimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid (recurso de apelación núm. 143/2018)⁽⁵⁾, apreciando la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas, en Europa, dictaminó en el sentido de que no cabe imponer las costas procesales a la entidad bancaria perdedora incluso cuando el consumidor tenga estimada totalmente su demanda si existieron, en el trámite del proce-

(2) En Inglaterra a través del The Fees Order, aprobado por el Parlamento inglés en 28 de julio de 2013.

(3) La decisión fue dictada en 26 de julio de 2017 y está disponible en el sitio <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2015-0233.html>.

(4) El tema fue objeto de una decisión muy reciente del Supremo Tribunal Federal de Brasil en la ADI 5766 (acción declaratoria de inconstitucionalidad), enjuiciada por la Fiscalía General de la República en contra los dispositivos de la ley 13467/17 que alteraron la gratuidad de la justicia a las y los trabajadores en la Consolidación de las Leyes del Trabajo (CLT). Fuente: noticia titulada "*STF derruba normas da Reforma Trabalhista que restringiam acesso gratuito à Justiça do Trabalho*", recuperado en 22 de octubre de 2021, de <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=475159&ori=1>.

(5) Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección 25ª. Sentencia 310/2018, de 10 de septiembre, ponente Francisco Ramon Moya Hurtado de Mendoza. Recuperado en 12 de octubre de 2021, de <https://vlex.es/vid/759137725>.

so, “serias dudas de derecho”. Es decir, el capital quiere que el Estado imponga tasas judiciales a la clase desposeída pero jamás quiere pagarlas aunque sea derrotado en la justicia. Sin embargo, en casación el Tribunal Supremo de España en la STS 472/2020⁽⁶⁾ reformó dicha sentencia, imponiendo las costas procesales al banco. En su decisión, la Corte señaló que la imposición de costas al consumidor “produciría un efecto disuasorio inverso, pues no se disuadiría a los bancos de incluir las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios, sino que se disuadiría a los consumidores de promover litigios por cantidades moderadas”. El razonamiento del Tribunal Supremo de España es perfecto y, aplicándolo al ámbito laboral, habría que reconocer el efecto disuasorio invertido a través de la imposición de las costas judiciales a la clase trabajadora, desaconsejada de presentar demandas laborales ante los tribunales, mientras que las empresas no son disuadidas de cometer violaciones de los derechos sociales.

También es un hecho que el *neoliberalismo* está promoviendo un neomachartismo⁽⁷⁾, una verdadera cruzada contra los sindicatos y el sindicalismo, que está restringiendo las actuaciones colectivas de la clase trabajadora.

Y en Brasil se implantó una necropolítica sindical con la cual se extinguió la cotización obligatoria de las y los trabajadores de la categoría representada por el sindicato y correspondiente a un día de trabajo al año. En un sistema sindical poco desarrollado y típico de país periférico, con poca consciencia de clase de las y los trabajadores, las entidades sindicales brasileñas tenían su principal fuente de subsistencia en una contribución obligatoria correspondiente a un día de trabajo al año de cada individuo perteneciente a la categoría. Pero la “*deforma laboral*”, a pretexto de garantizar “más libertad sindical”, extinguió esta contribución, atacando de lleno la principal fuente de financiación de los sindicatos. El pretexto utilizado para justificarla fue la “defensa de la libertad sindical”, pero el resultado, cuatro años después de la edición de la ley 13467/17, es el cierre de numerosas entidades sindicales y la disminución de la tasa de afiliación de la clase trabajadora, con el consiguiente debilitamiento de la actuación sindical. Así, Brasil es quizá el ejemplo de la necropolítica laboral más agresiva y eficiente contra los sindicatos desde la aprobación de la ley 13467/17, logrando reducir la tasa de afiliación al 11,2%⁽⁸⁾.

(6) Tribunal Supremo de España. Sala de lo Civil Pleno. Sentencia 472/2020, de 17 de septiembre. Ponente Rafael Sarazá Jimena. Recuperado en 12 de octubre de 2021, de https://vlex.es/vid/849526375?from_ft=1&forw=go&ft=webapp_preview. El caso fue bastante comentado en la prensa española, como puede verse, v.g., en la noticia titulada “El TS concluye que el banco tiene que pagar las costas en los asuntos de cláusulas abusivas”, del periódico Confilegal. Recuperado en 12 de octubre de 2021, de <https://confilegal.com/20200922-el-ts-concluye-que-el-banco-tiene-que-pagar-las-costas-en-los-asuntos-de-clausulas-abusivas/>.

(7) En referencia al senador Joseph McCarthy, de Estados Unidos, que en la década de 1950, durante la guerra fría, promovió una “caza de brujas” contra personas de izquierda y sindicatos en su país.

(8) Los datos son del Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE), del año 2019, y la próxima encuesta seguramente mostrará un mayor descenso de trabajadoras y trabajadores afiliados en sindicatos. En la noticia titulada “Brasil perdeu 21,7% dos trabalhadores sindicalizados após a reforma trabalhista, diz IBGE” del periódico Globo hay mayores informaciones sobre el tema. Recuperado en 13

Sobre el necroderecho, el término fue acuñado por Narváez Hernández, en referencia a cuando el sistema jurídico tiene una función determinante entre el vivir y el morir - “el Derecho que mata”, actividad con pleno impacto en la vida y la muerte de los destinatarios de cada ordenamiento jurídico, ya que el Estado, al no contemplar la totalidad social, omitiendo atender a los grupos vulnerables, provoca la muerte, generalmente priorizando las cuestiones económicas en detrimento de las existenciales. (Narváez Hernández, 2017)

Precisamente en el ámbito del necroderecho es posible encuadrar el llamado AED – análisis económico del Derecho. Con este enfoque, se pretende que el Derecho tenga eficiencia económica, es decir, que las decisiones judiciales tengan en cuenta sus consecuencias económicas. Como sostienen Heinen–Ribeiro, el neoliberalismo, a través del AED, presenta una lectura jurídica unidisciplinaria, a través de la economía y el individualismo, proponiendo un nuevo arquetipo para el Derecho, que pasa de ser un factor limitador del soberano político a un dispositivo de mercado. Las autoras aclaran que en el AED el papel del Derecho debe restringirse a la resolución eficiente de los conflictos, y las y los jueces deben calcular el costo-beneficio de las normas con una lectura económica, con la que deben decidir (Heinen y Ribeiro, 2020: 49, 57).

Efectivamente, si el *neoliberalismo* es una ideología que provoca la alta concentración de la renta y profunda desigualdad social, el análisis económico del Derecho, como vertiente jurídico-ideológica neoliberal, provocará las mismas consecuencias sociales a partir de la aplicación de las normas con este sesgo económico neoliberal⁽⁹⁾. Los derechos como un producto de mercado, sujetos a la *lex mercatoria*, la ley de la oferta y la demanda como principio supremo rector del Derecho, eso es lo que provoca el AED – “la economía por encima de todo, los lucros por encima de todos”. Mientras tanto, la gente desposeída se queda en los márgenes.

En estos términos, si las necropolíticas generan leyes productoras del necroderecho (que, sin embargo, puede generarse independientemente de las necropolíticas), el AED y las necropolíticas generarán la *necrojusticia* (pero que también puede originarse de forma independiente del necroderecho y las necropolíticas) – una forma peculiar de interpretar y aplicar el Derecho bajo las leyes de mercado, prestigiando la racionalidad de mercado y la maximización de la riqueza y el lucro como resultado, contemporizando

de octubre de 2021, de <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/08/26/brasil-perdeu-217percent-dos-trabalhadores-sindicalizados-apos-a-reforma-trabalhista-diz-ibge.ghtml> .

(9) Vale comentar que en el caso del acceso a la justicia de la clase trabajadora en Brasil, decidida por el STF en la ADI n. 5766, no por casualidad, los ministros Luís Roberto Barroso y Luiz Fux, de la Corte, lanzaron sus votos particulares a favor de la reforma laboral de 2017 relativamente a la manutención de la imposición de costas procesales a las y los trabajadores, fundamentando su decisión en el análisis económico del Derecho. Más detalles pueden ser consultados en el sitio del STF brasileño, en la noticia titulada “STF retoma julgamento sobre normas da Reforma Trabalhista sobre gratuidade de justiça”. Recuperado en 14 de octubre de 2021, de <https://jusdecisum.com.br/stf-retoma-julgamento-sobre-normas-da-reforma-trabalhista-sobre-gratuidade-de-justica/> .

las elecciones del capital sobre el derecho de vida y muerte en el sistema, en una lógica de competencia, promoviendo el darwinismo social (el predominio del más fuerte). Lo único que importa son las consecuencias económicas mientras el capital quede satisfecho.

La necrojusticia opera desde la lógica neoliberal y, por tanto, según su eje tradicional que, de acuerdo a Wacquant, comprende cuatro lógicas institucionales: la desregulación económica, promoción del mercado como guion de las estrategias corporativas y las transacciones económicas y como mecanismo de organización de actividades humanas, "incluida la provisión privada de bienes públicos básicos, con fundamentos putativos de eficiencia (lo que implica una desconsideración deliberada de las cuestiones de distribución de la justicia y la igualdad)"; disminución del Estado de bienestar, sometiendo "a las personas reticentes a la disciplina del trabajo desocializado a través de variantes del *workfare* que establecen una relación casi contractual entre el Estado y los beneficiarios de clase baja" (sic), que dejan de ser ciudadanas y ciudadanos para convertirse en clientes o sujetos con obligaciones condicionantes de la asistencia pública; "el tropo cultural de la responsabilidad individual" invadiendo todas las esferas de la vida, con la subjetivación de las personas para el modelo del emprendedor; "un aparato penal expansivo, intrusivo y proactivo que penetra en las regiones más bajas del espacio social y el físico para contener los desórdenes y la confusión generados por la difusión de la inseguridad social y la profundización de la desigualdad", imponiendo la supervisión disciplinaria sobre el proletariado precario. (Wacquant, 2011)

En sus palabras:

"Un postulado ideológico central del neoliberalismo es que conlleva el advenimiento del "gobierno pequeño", es decir, la contracción del supuestamente flácido y sobredimensionado Estado de bienestar keynesiano y su transformación en un Estado de trabajo obligatorio delgado y ágil, que "invierte" en capital humano y "activa" las fuentes comunitarias y los apetitos individuales por el trabajo y la participación cívica a través de "asociaciones" que apuntan a la autosuficiencia, el compromiso con el trabajo asalariado y el gerencialismo. Castigar a los pobres demuestra que el Estado neoliberal es bastante diferente en la realidad: si bien propugna el *laissez-faire* en los estratos superiores, aligerando así las restricciones al capital y mejorando las oportunidades de vida de los poseedores del capital económico y cultural, no hace nada parecido en los estratos inferiores. En realidad, cuando se trata de actuar ante la turbulencia social generada por la desregulación y de imponer la disciplina del trabajo precario, el nuevo Leviatán se muestra ferozmente intervencionista, autoritario y costoso." (Wacquant, 2011)

La *necrojusticia* laboral, a su vez, sacralizará la necropolítica neoliberal, negando o disminuyendo los derechos sociales, convirtiéndose en la justicia del capital. En ella, hay que pagar tasas judiciales para demandar y hay que ser muy consciente de que cualquier desestimación tendrá importantes consecuencias económicas para el trabajador o la trabajadora (o los sindicatos), por lo que hay que pensárselo mucho antes de acusar al capital de una violación jurídica.

No obstante, la *necrojusticia* no opera sólo en los juicios: el fomento a la *desjudicialización* de los conflictos laborales va de la mano del análisis económico de comportamiento. Como explica la profesora Martín, el movimiento para desjudicializar los conflictos con las “técnicas de resolución de conflictos alternativas” (*ADR – alternative dispute resolution*) es ubicado por algunos en el movimiento del *Critical Legal Studies*, de la Universidad de Harvard, que aboga por el realismo jurídico y contra el sistema jurídico estatal. (Martín, 2008: 260-261)

En efecto, Rubinson, en su artículo titulado “*Realizing dispute resolution: meeting the challenges of legal realism through mediation*”, escribe:

“Los contendientes intercambian puntos de vista y desarrollan sus propias normas, ya sean “legales” o no, para formar la base del acuerdo. Como resultado, no hay necesidad de realizar un análisis jurídico, ni de aplicar los hechos al derecho, o que los jueces lleguen a resultados “correctos”. La mediación permite a las partes implicarse en formas de resolución de su propia elección.” (Rubinson, 2018: 3) ⁽¹⁰⁾

Recientemente, en Brasil, necropolíticas judiciales de mediación y conciliación⁽¹¹⁾ previas o contemporáneas a la demanda vienen trabajando una perspectiva de “empoderamiento de las partes”, es decir, en una relación asimétrica de poder como las relacio-

(10) Obs.: libre traducción. La conclusión del autor es: “La mediación ofrece un modo de resolución de disputas que resuena y absorbe la crítica realista y la hace avanzar en una dirección positiva. Hace operativo el realismo, y lo hace participando en una actividad que, por definición, deja de lado el juicio y el derecho. En lugar de esforzarse por encontrar formas de que los jueces adopten y se basen en la particularidad social al hacer su trabajo, la mediación traslada la particularidad social a un lugar donde reside naturalmente: entre los propios litigantes. Aunque la mediación no ofrece todas las respuestas, especialmente en lo que respecta a la pobreza y la resolución de conflictos, la mediación encarna lo que el realismo ha esperado -y sigue esperando- conseguir. Al final, pues, la mediación rechaza lo que los realistas rechazaron, y lo sustituye con un proceso que está muy en el molde realista. Oliver Wendell Holmes estaría orgulloso.” (Rubinson, 2018: 32)

(11) En Brasil, la ley 13140/15 que regula la mediación y la conciliación excluyó expresamente a la Justicia del Trabajo en el art. 42, párrafo único, reportando a la edición de una nueva ley específica, que aún no ha sido editada. En la misma línea, la Resolución 125/2010 del Consejo Nacional de Justicia también excluyó la Justicia laboral de la aplicación de las disposiciones sobre la política judicial nacional de tratamiento adecuado de los conflictos de intereses, sobre mediación y conciliación en el Poder Judicial. Sin embargo, haciendo caso omiso de esta reserva, en 2016 el Consejo Superior de la Justicia del Trabajo emitió la Resolución 174/2016, instituyendo una “política judicial nacional de tratamiento adecuado de las disputas de intereses en el ámbito del Poder Judicial laboral”, a través de la cual se crearon “centros de métodos consensuados de solución de disputas” (CEJUSC-JT). En sus motivaciones consta “fomentar y promover la capacitación, entrenamiento y actualización permanente de los magistrados y servidores en métodos consensuados de resolución de conflictos, con foco en el empoderamiento de las partes para la autocomposición de la disputa”. Recientemente, el Consejo Superior de la Justicia del Trabajo editó la Resolución 288/2021, en referencia a la pandemia, proponiendo una nueva dinámica para fortalecer estos centros de mediación en todo territorio nacional. El anexo I contiene el programa de formación exigido para actuación de las y los magistrados y servidores públicos en los centros, sin ninguna referencia a Derechos Humanos y empresas (en contrariedad a los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de ONU y a las Directrices Nacionales sobre Empresas y Derechos Humanos), sino a la “moderna teoría del conflicto, teoría de la comunicación y visión sistémica” y a los “fundamentos de la negociación para conciliadores y mediadores”, entre otros tópicos. Es necesario subrayar que Brasil ratificó el Convenio 144 de la OIT que prevé la consulta tripartita como criterio para promover la aplicación de las normas internacionales del trabajo. La práctica de la mediación y concilia-

nes laborales, no consideran que no cabe empoderar aún más el capital. La lógica de conducción de estas mediaciones y conciliaciones entre empresas y trabajadores, por obvio, no obedece a lineamientos de Derechos Humanos (tal y como previsto en los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas) sino a la teoría de los juegos, propia para negociaciones de carácter empresarial. Acuerdo a la teoría de los juegos, desarrollada por el matemático estadounidense John Forbes Nash, las partes adoptan estrategias de comportamiento eficaces para la maximización de las ganancias a través de la competitividad o cooperación. El equilibrio entre la competitividad y cooperación generaría mutuos beneficios para las partes en la solución del conflicto. Por lo tanto, se trata de una lógica de negocios que nada tiene que ver con Derechos Humanos y que, ipso facto, no sirve a la gestión de conflictos laborales.

Pero el cuadro todo de *lawfare* no se completa sin la operación de la *necrojusticia* laboral: para cada huelga, una decisión imponiendo limitaciones severas a la paralización de las y los trabajadores⁽¹²⁾. Para cada violación jurídica hecha por el capital, un obstáculo de acceso a la justicia: en Brasil se les pide a las y los trabajadores y sindicatos que la pieza de ingreso calcule a los pedidos uno a uno en detalles. Exigencia clásica de AED

ción en la Justicia laboral de Brasil, por lo tanto, desconsidera los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos de las Naciones Unidas y el Convenio 144 de la OIT.

(12) El tema no es nuevo, pero se ha agravado en los últimos años con el recrudescimiento de la jurisprudencia. Un ejemplo de Brasil puede ser visto en la noticia del periódico UOL titulada "*TST decide que greve dos petroleiros é ilegal e impõe multa de R\$ 500 mil*", sobre una decisión que detuvo la huelga de petroleros ocurrida en 2020, por parte del Tribunal Superior del Trabajo. Recuperado en 13 de octubre de 2021, de <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/02/17/tst-decide-que-greve-dos-petroleiros-e-ilegal-e-impoe-multa-de-r-500-mil.htm?cmpid=copiaecola>. Otro ejemplo se coge de España, con la mantención parcial de algunos elevados porcentuales de servicios en una huelga de Ferroviarios, por parte de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, bajo el argumento de que "debe prevalecer el interés general de garantizar los servicios esenciales de la comunidad del transporte ferroviario para garantizar los derechos a la libre circulación y al trabajo, frente a las limitaciones impuestas al derecho de huelga". Recuperado en 13 de octubre de 2021, de <https://elderecho.com/la-an-avala-el-mantenimiento-de-servicios-minimos-en-la-huelga-de-conductores-de-renfe-del-1-4-y-5-de-octubre>. Cabe citar los estudios del Observatorio Jurídico Sociolaboral en España, del año 2010, que muy bien describen las limitaciones al derecho de huelga: "Ante el ataque que el derecho de huelga está sufriendo por parte de la patronal, los partidos de la derecha y los medios de comunicación -salvo honrosas excepciones- con acompañamientos nada disimulados de personajes de otros espacios ideológicos, se hace más necesario que nunca el conocimiento del estado de la cuestión en el ámbito judicial. Hay que estudiar en profundidad el régimen jurídico de la huelga en los servicios esenciales; por ello tenemos que llegar al fondo para saber cómo los denominados servicios esenciales se están ampliando y utilizando torticeramente para imponer una limitación que de facto anula tan importante derecho fundamental y con ello se reduce la capacidad de los trabajadores para hacer frente a las políticas restrictivas y anti-sociales impulsadas por el neoliberalismo. El derecho fundamental de huelga es un inalienable derecho social que permite a los trabajadores usarlo como instrumento de presión no sólo frenar esas políticas sino reivindicar la aplicación de políticas de igualdad." (Álvarez Rodríguez, 2010: 3) Llama la atención que la misma estrategia de *lawfare* denunciada en el año 2010 se reproduzca desde hace más de una década en distintos países. No por casualidad, la más reciente jurisprudencia laboral brasileña, acompañando los decretos gubernamentales que ampliaron la lista de actividades esenciales, ha aumentado, por consecuencia, las restricciones al derecho de huelga, desde la perspectiva de la asistencia a la comunidad. Obviamente, todo eso sucede bajo la presión continua de los partidos de derecha y medios de comunicación, de forma muy similar a lo que ocurrió en España.

para total seguridad jurídica del capital⁽¹³⁾ y completa inseguridad de las y los trabajadores que demandan, ya que, al fin y al cabo, lo máximo que ganarán caso su demanda sea estimada, serán los valores de los pedidos cuantificados⁽¹⁴⁾, permitiendo al capital monetizar las violaciones jurídicas.

En este particular, cabe destacar los efectos de la digitalización de los procesos judiciales y su disponibilidad en la red mundial: se abren numerosas oportunidades para el gran capital, ávido de convertir los conflictos humanos en nuevas oportunidades de negocio, basadas en las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC). Así, numerosas *startups* están ofreciendo sus servicios a empresas y despachos de abogados, permitiendo la implantación de un despliegue del AED de carácter procesal: la jurimetría. En lugar de ser utilizada por las empresas para evitar la comisión de violaciones de los derechos sociales, la jurimetría –que consiste en el uso de estadísticas y modelos matemáticos aplicados a la justicia para el análisis jurídico–, se utiliza para eludir las condenas de los tribunales laborales mediante acuerdos que perjudican a las víctimas⁽¹⁵⁾ o prácticas de monetización del derecho. La *lex mercatoria* prevalece: en definitiva, si violar un derecho es más barato que respetarlo, no hay duda de que la violación se contabilizará en las cuentas de las empresas y se trasladará al público consumidor. Así, se están estructurando prácticas de *dumping* social, a través de las cuales las empresas reducen sus costos violando los derechos sociales de sus trabajadoras y trabajadores. De modo que las nuevas tecnologías constituyen también una importante arma en el *lawfare* contra la clase trabajadora, permitiendo al capital manipular el Poder Judicial a su favor.

Por lo tanto, las necropolíticas laborales, el necroderecho del trabajo y la necrojusticia laboral constituyen el campo de operación del *lawfare* contra los sindicatos y la clase trabajadora.

Efectos del *lawfare* contra los sindicatos y la clase trabajadora: de la *necrojusticia* laboral a la *necrojusticia* penal

Es un hecho, en el mundo capitalista, que cuando falla el Derecho del Trabajo entra en escena el Derecho Penal.

(13) Que sabrá así la cantidad máxima a gastar en la demanda.

(14) Sobre el tema, que escapa al ámbito de este artículo, recomiéndese la lectura del texto "*Precificando o Direito: a era do advogado e do juiz contadores*" (Chaves Jr.–D'Ambroso, 2018). Recuperado en 14 de octubre de 2021, de <https://www.conjur.com.br/2018-mar-26/opiniao-precificando-direito-advogado-juiz-contadores>.

(15) Esta práctica fue detectada en varias decisiones de los tribunales laborales de Brasil, como se extrae de la noticia titulada "*Como uma decisão contra a Uber ameaça a inovação no Judiciário brasileiro*", del periódico Canaltech. Recuperado en 12 de octubre de 2021, de <https://canaltech.com.br/legislacao/uma-decisao-judicial-contra-a-uber-ameaca-a-inovacao-no-judiciario-brasileiro-184946/>.

En este ámbito, la cruzada neoliberal en contra los sindicatos y la clase trabajadora desde la implantación de necropolíticas laborales, del necroderecho del trabajo y de la necrojusticia laboral impone resultados catastróficos a los derechos económicos, sociales y culturales del pueblo, con gravísimas consecuencias sociales. En el ejemplo de Brasil, antes de la “*deforma laboral*” promovida por la Ley 13467/17, el país tenía aproximadamente 4.000.000 de procesos laborales tramitando; el número de encarcelamientos estaba en 800.000 y el número de infracciones laborales verificadas por el Ministerio del Trabajo giraba entorno de 50.000, en promedio anual. Pasados algunos años, el número de acciones penales y de encarcelamientos se mantuvo prácticamente igual, mientras el número de demandas laborales se redujo a cerca de 2.600.000 en 2020 y el número de infracciones verificadas por el Ministerio del Trabajo se redujo en un 50% hasta 25.000 en el año 2020⁽¹⁶⁾. Hay que tener en cuenta que el país tiene la tercera mayor población carcelaria del planeta⁽¹⁷⁾, y que los castigos se aplican a las personas más desfavorecidas.

Estas estadísticas, en un “análisis económico del Derecho” invertido, revelan datos de una dura realidad de brutal desigualdad entre el trabajo y el capital cuando se mira comparativamente la represión estatal aplicada contra la clase trabajadora (máxima) y contra el capital (mínima). Los resultados no presentan los milagros prometidos de creación de empleo y reducción de las violaciones de los derechos sociales, sino que muestran un panorama desastroso de estímulo a la reproducción masiva de estas violaciones, combinado con una alta represión social y penal por parte del Estado neoliberal.

Al mismo tiempo que el sistema provoca una alta concentración de la riqueza, distribuye la desigualdad social con más represión y castigo al pueblo.

Este es el campo favorable para el desarrollo de la justicia de mercado (*la necrojusticia*) en contraposición a la justicia social. Según *Streeck*, la justicia de mercado comprende “la distribución del resultado de la producción de acuerdo con la valoración que hace el mercado de los rendimientos individuales de los implicados, expresados a través de sus precios relativos”⁽¹⁸⁾. El autor explica que la justicia de mercado actúa conforme un criterio de remuneración por la productividad-límite, el valor de mercado de la última unidad de producción extraído en conformidad con las condiciones competenciales. Por el contrario, prosigue, la justicia social se establece por normas culturales, funda-

(16) Los datos, en números aproximados, fueron extraídos de los informes “Justicia en Números”, del Consejo Nacional de Justicia de Brasil (Fuente: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>), del “Portal de Inspección del Trabajo” del Ministerio del Trabajo de Brasil (Fuente: <https://sit.trabalho.gov.br/radar/>) y del Departamento Penitenciario Nacional del Ministerio de la Justicia y Seguridad Pública de Brasil (Fuente: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>).

(17) Los datos fueron ampliamente difundidos en la prensa, como por ejemplo en la noticia titulada “Brasil se mantém como 3º país com maior população carcerária do mundo” del Instituto Humanitas UNISINOS. Recuperado en 13 de octubre de 2021, de <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/596466-brasil-se-mantem-como-3-pais-com-maior-populacao-carceraria-do-mundo#>.

(18) Obs.: traducido.

mentada en el derecho estatutario y no contractual, a través de concepciones colectivas de honestidad, equidad y reciprocidad, otorgando derechos a un nivel mínimo de vida, con independencia del desempeño económico, y es de naturaleza material y no formal. Streeck sostiene que la lucha de clases democrática es “una corrección imprescindible a un sistema basado en contratos desiguales entre dependientes del salario y dependientes del lucro” ⁽¹⁹⁾ (Streeck, 2013: 65, 66)

Este sistema, en la etapa del capitalismo financiero, produce ventajas cumulativas permanentemente a quienes poseen capital por desposesión de quienes no lo poseen.

Conforme Melossi, las necesidades económicas de las personas constituyen una condición que les hace disponer su fuerza de trabajo bajo la autoridad capitalista, mientras que la cárcel sirve como una institución auxiliar para la disciplina de esta fuerza de trabajo actuando en el control de la población marginada del mercado laboral y de la sociedad de consumo. (Melossi, 2014)

Esta situación se complementa con las observaciones de Rusche-Kirchheimer sobre el principio de menor elegibilidad, según el cual la eficacia de la prisión opera sobre el presupuesto de la imposición de condiciones carcelarias peores que las condiciones del trabajo libre. (Rusche y Kirchheimer, 2004)

En este sentido, analizando la estructura punitiva de los Estados capitalistas, Pavarini denunció una triste realidad del sistema al imponer las fábricas como cárceles a los operarios, representando la pérdida de libertad y la subordinación, y las cárceles como fábricas, significando el trabajo y la disciplina, para rematar: “los detenidos deben ser los trabajadores, los trabajadores deben ser detenidos”. El autor muestra el delincuente encarcelado identificado en el orden social burgués como el no-propietario, y corresponde a la prisión transformarlo en un proletario no peligroso, es decir un producto de la máquina penitenciaria⁽²⁰⁾. Pavarini (2014: 216, 231, 266)

Actualizando para los tiempos ultra neoliberales, el delincuente encarcelado puede ser visto como el no-propietario o pequeño propietario endeudado, y compete a la institu-

(19) Streeck refiere el principio de Mateo (25, 28-29) en la Biblia: “Porque a cualquiera que tiene, se le dará, y tendrá más; pero al que no tiene, aun lo que tiene le será quitado.”

(20) Con contundentes asertivas, Pavarini concluye: “Así, al momento de la destrucción (reducción de lo «diverso» a lo «homogéneo negativo») le sigue la acción de reconstrucción (de «concepto abstracto» a la figura «socioeconómica real»), que permite así la realización del proyecto hegemónico burgués: el no-propietario homogéneo al criminal, el criminal homogéneo al preso, el preso homogéneo al proletario. Esto significa, en otras palabras, que el no-propietario-presos debe existir sólo como proletario, como alguien que ha aceptado el estado de subordinación, como alguien que se reconoce a sí mismo sólo en la disciplina del salario. Las prácticas de este caos disciplinado que es la cárcel están, pues, orientadas teleológicamente: educación para el trabajo expropiado, educación para el trabajo asalariado como único medio de satisfacer las propias necesidades, educación-aceptación del propio no-ser como propietario.” (Pavarini, 2014: 232 - obs.: libre traducción)

ción carcelaria transformarlos en endeudados no peligrosos, neoesclavos adaptados a la disciplina de la acumulación por desposesión del mundo neoliberal.

En la misma línea, Galeano⁽²¹⁾ pronunció una conferencia en los años 1990 más actual que nunca, en la que dijo:

“En la era de las privatizaciones y el mercado libre, el dinero se propone gobernar sin intermediarios. ¿Cuál es la función que se atribuye al Estado? El Estado debe ocuparse de la disciplina de la mano de obra barata, condenada a salarios enanos, y a la represión de las peligrosas legiones de brazos que no encuentran trabajo: un Estado juez y gendarme, y poco más. De los servicios públicos ya se encargará el mercado; y de la pobreza, gente pobre, regiones pobres, ya se ocupará Dios, si la policía no alcanza. La administración pública solo puede disfrazarse de madre piadosa muy de vez en cuando, atareada como está en consagrar sus menguadas energías a las funciones de vigilancia y castigo.

En el proyecto neoliberal, los derechos públicos se reducen a favores del poder, y el poder se ocupa de la salud pública y de la educación pública como si fueran formas de caridad pública.

Mientras tanto, crece la pobreza y crecen las ciudades y crecen los asaltos y las violaciones y los crímenes. «La criminalidad crece mucho más que los recursos para combatirla», reconoce el Ministro de Interior del Uruguay. La explosión del delito se ve en las calles, aunque las estadísticas oficiales se hagan las ciegas, y los gobiernos latinoamericanos confiesan, de alguna manera, su impotencia. Pero el poder jamás confiesa que está en guerra contra los pobres que genera, en pleno combate contra las consecuencias de sus propios actos.” (Galeano, 1996: 3)

En obra reciente, Terradillos, con el sugestivo título *Aporofobia y Plutofilia*, denuncia que la política criminal continúa como una política de exclusión social que se basa en la aporofobia⁽²²⁾ y la plutofilia, castigando a las personas más débiles mientras trata preferentemente a los poderosos, y así se impone el imperio de la *lex mercatoria* sobre la justicia. El Derecho Penal, entonces, desde bases *neoliberales*, se transforma en un derecho de protección al *status quo* de los estratos superiores de la sociedad⁽²³⁾. (Terradillos, 2020)

4. El Derecho del Trabajo del Enemigo

Zaffaroni narra que la Revolución Industrial, con el surgimiento de una nueva clase hegemónica de industriales y comerciantes en el poder, desplazó el poder punitivo, sin perder su carácter selectivo, a los “molestos”, amplificados con la concentración urbana,

(21) Pues Galeano dijo precisamente como Pavarini: “los presos son los pobres”. (Galeano, 1996)

(22) Aporofobia es un término acuñado por Adela Cortina, en su libro del mismo nombre, que se refiere al miedo, a la aversión a los pobres. La plutofilia se refiere ya a una situación de enfermedad social, cuando los ricos comandan el Estado a su favor, complaciéndose en masacrar a las personas desfavorecidas.

(23) Es decir, con otras palabras, el autor está tratando de necropolítica, necrojusticia y necroderecho.

a quienes era necesario domesticar para la producción industrial así como neutralizar a quienes se resistían. (Zaffaroni, 2018: 43-44) ⁽²⁴⁾

Standing señala que, en la era de la globalización, hay una cantidad sin precedentes de personas que están siendo criminalizadas, y que parte de la expansión de la criminalización se debe a la pequeña delincuencia, incluyendo las reacciones de comportamiento a los planes de bienestar social, los creadores de riesgos inmorales, las situaciones en las que las personas necesitadas se arriesgan y terminan violando alguna norma burocrática. En esta categoría, argumenta, se encuentran las y los trabajadores temporales, inmigrantes, solicitantes de prestaciones sociales etc. (Standing, 2014: 33-34)

Por tanto, la desprotección social en las relaciones laborales se traslada a la criminalización o, lo que es lo mismo, la inoperancia del Derecho del Trabajo somete a las personas a una condición de vulnerabilidad que acaba, de una u otra manera, atrayendo su criminalización, trasladándolas del Derecho protector al Derecho punitivo, el Derecho Penal⁽²⁵⁾.

Sobre el Derecho Penal del Enemigo, Zaffaroni, al tratar de los fundamentos políticos de esa doctrina, cita a Hobbes, entre otros pensadores, que no admitía la oposición al soberano, que implicaba una guerra de todos contra todos (*bellum omnium contra omnes*), así, consideraba la persona que resistiese al poder del soberano como un enemigo y no un delincuente, por reintroducir la guerra. Por consiguiente, a este enemigo los daños infligidos no podían ser considerados castigos, ya que el sujeto no se encontraba bajo la ley y, en esta condición, no podría violarla, de la misma forma que los daños que le fuesen causados serían actos de hostilidad legítimos (por la situación de guerra). Zaffaroni (2018: 123-124)

Este fundamento *hobbesiano* para la condición de *enemigo* guarda mucha similitud a la condición del *homo sacer*, de Agamben, con la diferencia que este último es un sujeto incluido en el ordenamiento (pero es sólo incluido para su desprotección, como una persona matable e insacristicible), mientras que para Hobbes a él nunca ha pertenecido. (Agamben, 2002)

La doctrina penal del Derecho del Enemigo, en la actualidad, es explicada por Jakobs, que la sintetiza:

“Quien, por principio, se comporta de forma desviada, no ofrece ninguna garantía de comportamiento personal. Por lo tanto, no puede ser tratado como un ciudadano, sino que debe ser combatido como un enemigo. Esta guerra tiene lugar con un derecho

(24) Zaffaroni continua explicando que, como ya no era tolerable el exterminio en las plazas, se encarcelaba en prisiones con altas tasas de mortalidad, sometiendo a las personas aprisionadas a juicios interminables. (Zaffaroni, 2018: 44)

(25) Es decir, la persona paga, literalmente, con su cuerpo por su fracaso en el sistema capitalista.

legítimo de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es un derecho también con respecto al que es castigado; por el contrario, el enemigo está excluido.” (Jakobs, 2007: 49)

El autor también aclara que en el ámbito de aplicación del Derecho Penal del Enemigo, las medidas no tienen cabida fuera de la Ley, sin embargo, los acusados quedan excluidos de su derecho y “el Estado elimina derechos de modo jurídicamente ordenado”. (Jakobs, 2007: 40)

En este contexto, el Derecho del Trabajo del Enemigo está se constituyendo sobre bases de eliminación de los derechos sociales por el Estado “de forma jurídicamente ordenada”, al excluir de la protección del Derecho personas declaradas parias en el sistema o que son imputadas por el propio poder económico, así entendidas las que están prohibidas de tener derechos para no comprometer la máxima ganancia empresarial. Pueden ser comprendidas, en este ámbito, las nuevas figuras del precariado⁽²⁶⁾ posmoderno, como falsos autónomos, uberizados y nano emprendedores, personas incluidas en el orden jurídico para simplemente perder la protección social y luego quedar sometidas al completo control y dominio del capital en la forma liberal clásica, en el ámbito del Derecho Civil o Comercial, en una supuesta relación entre “iguales”.

Cabe recordar que Binding-Hoche, que estructuraron el Derecho Penal nazista, defendían que la “vida indigna de ser vivida” podía ser definida así por el soberano (*Führer*) y en esa condición, exterminada. (Binding-Hoche, 2009)

En estos términos, Zaffaroni sostiene que el Derecho Penal del Enemigo es una doctrina que sólo es compatible con Estados totalitarios y no con los Estados de Derecho. (Zaffaroni, 2018: 159-160)

De igual forma, el Derecho del Trabajo del Enemigo, que extermina derechos y personas, es compatible apenas con el totalitarismo tecno financiero⁽²⁷⁾ que comanda la política y la producción legislativa neoliberal contemporánea, abandonando el orden jurídico

(26) Standing describe al precariado (palabra que proviene de la composición entre proletariado y precario) como una clase sin identidad laboral, en condiciones de vulnerabilidad y desprovista de lo que él denomina siete formas de garantía y seguridad laboral (seguridad en el empleo, seguridad en el trabajo, seguridad en los ingresos, garantía del vínculo laboral, garantía del mercado laboral, garantía de la reproducción de las habilidades, garantía de representación). El autor sostiene que se trata de una clase no homogénea, desprovista de un sentido de pertenencia a una clase obrera solidaria. En sus palabras, “estar precarizado es estar sometido a presiones y experiencias que conducen a una existencia precaria, de vivir en el presente, sin una identidad segura ni un sentido de desarrollo alcanzado a través del trabajo y el estilo de vida” (Standing, 2014: 28-33, 37)

(27) Según Fariñas Dulce, grandes empresas tecnológicas intentan imponer una ideología pantecnológica al servicio de intereses privados sin límites ni controles, situando las sociedades actuales en déficit democrático difícil de superar. El triunfo de la razón tecnológica induce a creer que la vida pasa en un tecnotalitarismo, contra el cual nada puede ser hecho, aunque sean afectados derechos fundamentales, libertades públicas y la privacidad individual, y aunque se ponga en riesgo las estructuras democráticas. (Fariñas Dulce, 2020)

socio democrático y la aplicación de la justicia correspondiente a un Estado de Derecho, a favor de un Estado totalitario económico (en una especie de *neoabsolutismo* financiero o absolutismo económico).

Conclusión

Polanyi hizo una importante advertencia sobre las consecuencias del gobierno de la vida por la *lex mercatoria*:

“Permitir que el mecanismo del mercado dirija por su propia cuenta y decida la suerte de los seres humanos y de su medio natural, e incluso que de hecho decida acerca del nivel y de la utilización del poder adquisitivo, conduce necesariamente a la destrucción de la sociedad. Y esto es así porque la pretendida mercancía denominada “fuerza de trabajo” no puede ser zarandeada, utilizada sin ton ni son, o incluso ser inutilizada, sin que se vean inevitablemente afectados los individuos humanos portadores de esta mercancía peculiar. Al disponer de la fuerza de trabajo de un hombre, el sistema pretende disponer de la entidad física, psicológica y moral “humana” que está ligada a esta fuerza.” (POLANYI, 1989: 128-129)

En realidad, no hay más que jugar en este tema, no se puede seguir permitiendo el avance del neoliberalismo y sus necropolíticas, necroderecho y necrojusticia. Como se ha visto, hay una guerra a través de *lawfare* contra la clase desposeída, llevada a cabo por quienes tienen el poder económico. A medida que pasan los años, el discurso económico se profundiza hacia las necropolíticas, el necroderecho y la necrojusticia, que se están apoderando del orden jurídico. No se puede permitir que el mundo asista pasivamente la instalación de necroestados, centros de detención, tortura y muerte para la gente desposeída.

Las denuncias, los estudios se han hecho, como comprueban varias citas de autores, autoras efectuadas en este artículo, y es hora de reaccionar. Así, como propuestas para combatir y prevenir el *lawfare* contra la clase trabajadora y sus aparatos de voz colectiva, los sindicatos, es necesario desarrollar un enfoque crítico, sea desde un Enfoque de Derechos Humanos⁽²⁸⁾ o desde un Enfoque Crítico-Tutelar de las relaciones laborales,

(28) Como he sostenido en artículo sobre el Enfoque de Derechos Humanos:

“En concreto, en la hermenéutica laboral, en la que está presente el conflicto entre el capital y el valor humano, la teoría del Enfoque de Derechos Humanos adoptada como referencia tiene el potencial de transformar las decisiones judiciales que, desde la tradicional visión económica del Derecho, pasan a centrar su fundamento en las personas, como sujetos de derechos.

La atracción es natural, ya que el Derecho del Trabajo puede llamarse Derecho del Trabajo Humano, una vez que los derechos sociales son, como hemos visto, derechos humanos de primera magnitud, lo que constituye la razón principal para aplicar el EDH a la hermenéutica juslaboral.” (D'Ambroso, 2018 - obs.: traducido)

y siempre de carácter transdisciplinar⁽²⁹⁾, frente a la unidisciplinariedad neoliberal (la mirada exclusivamente económica).

Hay que rechazar el análisis económico del Derecho y todas las derivaciones jurídicas neoliberales que poco a poco están transformando los poderes judiciales de las naciones en empresas de mediación y conciliación, actuando bajo lógicas de mercado y a favor del capital y de la acumulación permanente. Rechazar también las nuevas tecnologías que ponen en la red mundial los datos de las personas que necesitan acudir a un proceso laboral, convirtiendo los conflictos sociales en nuevas oportunidades de negocios y los derechos en productos de mercado.

Prevenir ideologías jurídicas neoliberales en los Poderes Judiciales requiere estructurar una formación crítica de jueces, juezas, fiscales del Ministerio Público, que debe estar orientada a las personas y a los Derechos Humanos, siempre de forma transdisciplinar, conectando la historia, la sociología, la filosofía, la política, la antropología, la geopolítica al Derecho. La lucha contra la *necrojusticia* y el *lawfare* pide una profunda comprensión de lo que significa la democracia en relación con el pueblo y sus derechos. Además, es hora de abrir espacios de participación popular en los Poderes Judiciales y en las políticas judiciales, pues el contenido de la democracia no sólo debe conocerse sino también aplicarse. La democratización de los Poderes Judiciales y de los Ministerios Públicos es necesaria, no únicamente a través de audiencias públicas sino también a través de consultas populares, elecciones directas para las administraciones de los tribunales y de las fiscalías, participación académica y sindical en la composición de la magistratura y del Ministerio Público y en las escuelas judiciales. Pensar, aún, en un presupuesto judicial con participación popular, que permita al pueblo elegir las prioridades para la aplicación de los recursos públicos.

Además, ninguna tecnología de la información en los Poderes Judiciales debe implementarse sin una amplia discusión popular, con un régimen de audiencias públicas, consultas populares y con garantías públicas de soberanía y control popular sobre los códigos fuente de algoritmos y las instrucciones para las operaciones de las aplicaciones, más allá del derecho a la información. Todos los impactos de las nuevas tecnologías en el Poder Judicial deben ser cuidadosamente analizados y obedecer a los principios de prevención y precaución, evitando violaciones de Derechos Humanos que puedan producirse con los cambios.

(29) Gambacorta explica el Enfoque Crítico-Tutelar:

“Desde un Enfoque crítico tutelar sostenemos que, si bien el derecho puede ser una herramienta de dominación; no ha sido sólo eso, especialmente en América Latina. En nuestra región, en determinados momentos históricos y por el accionar de movimientos populares (también llamados despectivamente populistas), el derecho ha sido, a la vez, una herramienta para construir un escenario más inclusivo, más justo e igualitario; que reconoce y regula en un sentido protectorio situaciones de vulnerabilidad. Nos valemos de un Enfoque crítico tutelar, cuando cuestionamos que la noción de sujeto de derecho queda acotada en construcciones y hasta en ficciones jurídicas, sobre un sujeto supuestamente libre y autónomo.” (Gambacorta, 2020)

La regulación internacional sobre Derechos Humanos en el trabajo contenida en diversos Tratados, Convenios y documentos internacionales debe operar y aplicarse efectivamente en los territorios. Además, es necesario avanzar en la búsqueda de una eficacia coercitiva global, desde la instalación de un Tribunal de lo Social internacional, con jurisdicción penal, al que se pueda recurrir para examinar las prácticas de dumping social de las más diversas corporaciones, bancos y empresas nacionales y multinacionales, es decir, se necesita un reglamento internacional del capital, con una entidad supranacional de control con poder coercitivo y eficaz.

También es necesario repensar el Derecho del Trabajo desde la perspectiva de la criminología crítica para superar esta nefasta relación con el Derecho Penal como mecanismo de represión de la clase desposeída y su disciplinamiento para el trabajo. Asimismo, hay que reformar este sistema penal para que, en lugar de actuar como una amenaza para que la gente se someta a condiciones laborales cada vez peores, se convierta en una garantía de eficacia en el cumplimiento de los derechos sociales, castigando a sus infractores.

Rescatar la voz de la clase desposeída exige revitalizar el Derecho del Trabajo desde nuevos paradigmas, especialmente los Derechos Humanos, para que las personas trabajadoras puedan ser vistas como seres humanos no sólo fuera del horario laboral, sino también en su trabajo. Pero más allá de eso, sobre todo, avanzar hacia su emancipación social. En este ámbito, es imprescindible derogar las reformas laborales neoliberales implantadas en muchos países y restablecer urgentemente el orden jurídico sociolaboral interno a sus niveles anteriores a la modificación.

La reconstrucción del sindicalismo y de los sindicatos, destrozados por el neoliberalismo, también debe basarse en otros paradigmas: estructurarlos como organismos políticos de hecho y de derecho que puedan actuar como partidos políticos en defensa de los intereses amplios de la clase trabajadora en todas las esferas, especialmente en los parlamentos.

En fin, otra mirada es posible desde que haya consciencia y voluntad de construir un mundo diferente, en el que la economía esté al servicio de las personas y no las personas al servicio de la economía. Un mundo en el que la prevalencia de los Derechos Humanos incorpore la máxima expresión de la construcción jurídica de una sociedad justa, solidaria e igualitaria, que proporcione una vida digna para todas las personas.

Referencias

- Agamben, Giorgio.** (2002). *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I* (Belo Horizonte: UFMG).
- Alvarez Rodríguez, José Luis (Ed.).** (2010) *Observatorio Jurídico Sociolaboral* (Vol. V, octubre) (Madrid: CCOO).

- Binding, Karl, Hoche, Alfred.** 2009 (1920) *La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida* (Buenos Aires: Ediar).
- Cárdenas Gracia, Jaime.** (2015). "Las características jurídicas del neoliberalismo" en *Cuestiones constitucionales*, (32), 3-44. Recuperado en 12 de octubre de 2021, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932015000100001&lng=es&tlng=es.
- Chaves Jr., José Eduardo Resende y D'Ambroso, Marcelo José Ferlin.** (2018). "Precificando o Direito: a era do advogado e do juiz contadores" en *CONJUR* (San Pablo). Recuperado en 14 de octubre de 2021, de <https://www.conjur.com.br/2018-mar-26/opiniao-precificando-direito-advogado-juiz-contadores>.
- D'Ambroso, Marcelo José Ferlin.** (2018). "Interpretação humanística e hermenêutica juslaboral: O Enfoque de Direitos Humanos" en *Revista Emporio do Direito* (Florianópolis). Recuperado en 10 de octubre de 2021, de <https://emporioidireito.com.br/leitura/interpretacao-humanistica-e-hermeneutica-juslaboral-o-enfoque-de-direitos-humanos>.
- Fariñas Dulce, María José.** (2018). "Guerra Jurídica y Estrategia Neoliberal" en *Dominio Público* (Madrid), diciembre de 2018. Recuperado en 22 julio 2018, de <https://blogs.publico.es/dominiopublico/27431/guerra-juridica-y-estrategia-neoliberal/>.
- Fariñas Dulce, María José.** (2005). *Mercado sin Ciudadanía: Las falacias de la Globalización Neoliberal* (Madrid: Biblioteca Nueva).
- Fukuyama Francis.** (1990). "¿El fin de la historia?" en *Revista Estudios Públicos* (Nº. 37), p. 9.
- Galeano, Eduardo.** (1996). "El sacrificio de la justicia em los altares del orden. Los prisioneros." en *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*. Recuperado en 10 de octubre de 2021, de <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r17091.pdf>.
- Gambacorta, Mario Luis.** (2020). "Un Enfoque Crítico Tutelar para las Relaciones Laborales: categoría de análisis a modo de manifiesto". Recuperado en 13 de octubre de 2021, de <http://relacionesdeltrabajo.sociales.uba.ar/wp-content/uploads/sites/21/2020/09/un-enfoque-critico-tutelar-para-las-relaciones-laborales-1.pdf>.
- Garlan, David.** (2014). *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea* (Rio de Janeiro: Revan).
- Heinen, Luana Renostro (org.)** (2020). *Estado e Direitos no Contexto de Neoliberalismo* (Florianópolis: Habitus).
- Heinen, Luana Renostro y Ribeiro, Luisa Neis.** (2020). "O Direito no contexto de neoliberalismo: a análise econômica do Direito como projeto neoliberal" en Heinen, Luana Renostro (org.) *Estado e Direitos no Contexto de Neoliberalismo* (Florianópolis: Habitus) pp. 47-64.
- Jakobs, Gunther.** (2007). *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas* (Porto Alegre: Livraria do Advogado).
- Martín, Nuria Belloso.** (2008). "Un paso más hacia la desjudicialización. La directiva europea 2008/52/CE sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles." en *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 2ª.ed., pp. 257-291.
- Mbembe, Achille.** (2018). *Necropolítica. Biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte* (San Pablo: N-1 Edições)

- Melossi, Dario y Pavarini, Massimo.** (2014). *Cárcere e fábrica. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)* (Rio de Janeiro: Revan)
- Narváez Hernández, José Ramón.** (2018). "El necroderecho y los Derechos Humanos" en Sánchez Vázquez, Rafael (Coord.) *Derechos Humanos, Seguridad Humana, Igualdad y Equidad de Género* (México: CNDH), pp. 175-186.
- Polanyi, Karl.** 1989 *La gran transformación: Crítica del liberalismo económico* (Madrid: Ediciones de la Piqueta).
- Rubinson, Robert.** (2018). "*Realizing dispute resolution: meeting the challenges of legal realism through mediation*" en *Nevada Law Journal*, Vol. 18, Nº.1, pp. 1-32. Recuperado en 13 de octubre de 2021, de <https://scholars.law.unlv.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1725&context=nlj>.
- Standing, Guy.** (2014). *O precariado: a nova classe perigosa* (Belo Horizonte: Autêntica Editora).
- Streeck, Wolfgang.** (2017). *¿Cómo terminará el capitalismo?* (Madrid: Traficantes de Sueños).
- Streeck, Wolfgang.** (2013). *Tempo comprado: a crise adiada do capitalismo democrático* (Lisboa: Conjuntura Actual).
- Terradillos, Juan Maria.** (2020). *Aporofobia y plutofilia: La deriva jánica de la política criminal contemporánea* (Barcelona: J.M. Bosch Editor).
- Valverde Gefaell, Clara.** (2015). *De la necropolítica neoliberal a la empatía radical: violencia discreta, cuerpos excluidos y repolitización* (Barcelona: Icaria Editorial).
- Wacquant, Loïc.** (2011). "Forjando el Estado Neoliberal: Workfare, Prisonfare e Inseguridad Social" en *Prohistoria*, Vol. 16. Recuperado en 12 de octubre de 2021, de http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-95042011000200006&lng=es&tlng=es.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl.** (2018). *El enemigo en el Derecho Penal* (Buenos Aires: Ediar).
- (2017). *Derecho, Derecho Penal Humano y Poder Financiero* (Conferencias en Guatemala) (Rosario: Remanso).

PABLO GARCIARENA*

Colombia

El sistema judicial y su rol legitimador del actuar represivo del Estado frente a la protesta social iniciada el 28 de abril del 2021

Introducción

Antecedentes

Existen numerosos estudios en el ámbito de las ciencias políticas y del derecho realizados en las últimas décadas en nuestra región que abordan el rol o la función del Poder Judicial en contextos de Estados autoritarios, ya sea de facto, con apariencia de Estados de Derecho o incluso, en sistemas formalmente democráticos. Así, la historia del siglo XX, nos enseña que estos regímenes tuvieron un particular interés en utilizar el Poder Judicial para promover, implementar y legitimar sus agendas políticas.

Hay un amplio desarrollo en las ciencias políticas respecto de las posibles funciones que el Poder Judicial asume (ya sea espontáneamente o de manera forzada) en el contexto de gobiernos autoritarios. Entre ellas, nos interesa señalar dos: —Instrumento para ejercer control social y exclusión de los sectores opositores; y— Generar y reforzar la legitimidad del régimen, en algunos casos pretendiendo transmitir la imagen ilusoria de

(*) Pablo Garcarena (Abogado. Diplomado Derecho Penal. Especialista y Maestrando en Criminología. Integrante de Asociación Xumek y Movimiento Social NuestrAmerica. Integrante de la Misión de Solidaridad y Observación de DDHH en Colombia 2021. Coordinador ATAJO – Mendoza; Fiscal Federal ad hoc en juicios de lesa humanidad en la jurisdicción de Mendoza, MPF de la Nación; Docente en: DDHH y Garantías de la Facultad de Derecho de la Universidad de Congreso y Criminología en Facultad de Derecho de la Universidad de Mendoza, sede San Rafael; Integrante del Comité Académico del Observatorio de Políticas de Justicia y Seguridad Pública de la Facultad de Ciencias Políticas de la UNCuyo).

(**) Aclaración: La presente ponencia fue elaborada sobre la base del Capítulo III: Rol de la Institucionalidad / Funcionamiento Legitimador del Poder Judicial contenido en el Informe Final de la Misión Internacional de Solidaridad y Observación de DDHH, Colombia 2021, 19 de Julio de 2021, <https://www.facebook.com/MisionInternacionalColombia>; de autoría de Pablo Garcarena.

la existencia de la división de poderes y Estado de Derecho (Bohoslavsky, Juan Pablo; 2015. Pág. 27).

Por otra parte, en el ámbito del Derecho Internacional de los DDHH, no resulta ajena –desde hace ya varias décadas– la discusión sobre la responsabilidad internacional de los Estados en razón de las conductas de los operadores judiciales frente a las violaciones sistemáticas de DDHH que debían investigar y/o denunciar.

Así, Jessica Almqvist, en su artículo “Complicidad Judicial como cuestión del derecho internacional” señala que: “Ante la evidencia de la posible participación judicial en la comisión de crímenes graves, surge la cuestión sobre la necesidad y posibilidad de reclamar la responsabilidad civil y penal de los jueces por su complicidad en esos crímenes y ello con fundamento en el derecho internacional. Sin embargo, los juristas internacionales están a la zaga en lo que concierne al pleno reconocimiento de los jueces como poderosos actores de doble espada, con capacidad para dotar a la política de represión de una apariencia de legalidad y legitimidad”, y que “...los análisis empíricos del comportamiento judicial en los contextos políticos conocidos por su hostilidad a los derechos humanos, revelan que, lejos de representar un poder independiente e imparcial capaz de proteger los derechos de los grupos perseguidos y dispuesto a hacerlo, la judicatura tiende a conformar sus decisiones a la política de represión, haciendo así su propia contribución a la estabilidad de esos regímenes...” (Almqvist, Jessica, 2015. Págs. 289-290).

Por ello, el derecho penal internacional contemporáneo fija un marco de identificación para estos comportamientos que deben considerarse conductas sancionables por tipificarse como participación en crímenes graves. Tal vez el precedente más importante es el juicio de los jueces en Nuremberg, donde fueron condenados diez profesores de derecho, entre ellos dos jueces, por haber participado y contribuido en la comisión de los crímenes de guerra y de lesa humanidad (“EEUU c/ Alstoetter y otros”, 3 T.W.C.1. 1948). Mucho más acá en el tiempo (2017) y en nuestra región, otro antecedente relevante fue el juicio a los jueces federales en la Provincia de Mendoza, Argentina; quienes fueron condenados a prisión perpetua por su participación primaria en los delitos de lesa humanidad cometidos durante el periodo 1975/1983, condena a la fecha confirmada por las instancias superiores de revisión (<https://www.fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/juicio-a-los-jueces-casacion-confirmando-la-condena-a-prision-perpetua-de-cuatro-magistrados-por-crimenes-de-lesa-humanidad-en-mendoza/>).

Otras condenas similares, contra ex magistrados federales, se han replicado en otras provincias argentinas. Para mediados de 2019, conforme los últimos datos publicados al respecto por el Ministerio Público Fiscal de la Nación, 48 ex jueces, fiscales y funcionarios judiciales se encontraban sometidos a procesos penales en causas

por delitos de lesa humanidad (<https://www.fiscales.gob.ar/lesa-humanidad/48-ex-jueces-fiscales-y-funcionarios-judiciales-estan-siendo-investigados-por-delitos-de-lesa-humanidad/>).

Rol del sistema judicial colombiano en el marco del Paro Nacional

Tal como lo adelantáramos al inicio, el presente apartado tiene por objeto caracterizar lo referente al rol, participación y actuación de las agencias estatales que conforman el sistema judicial colombiano ante la sistematicidad y generalidad de la actuación represiva frente a las movilizaciones sociales en el marco del Paro Nacional iniciado el 28 de abril del 2021.

La inactividad judicial frente a los delitos cometidos por las fuerzas militares y de seguridad en contexto de protesta social no resulta novedosa en Colombia ni se identifica exclusivamente a partir de las manifestaciones sociales generadas por el Paro Nacional del 28 de abril, sino ha sido constatada como una práctica sistemática, que ha implicado tolerar el despliegue represivo sobre la generalidad de la población en ejercicio de su derecho a la protesta, evitando que este sea efectivo y sin consecuencias judiciales posteriores para los jefes e integrantes de dichas fuerzas. En otras palabras, la acción represiva sistemática y reiterada en el tiempo, sólo es posible merced al aporte de un Poder Judicial que omite avanzar con las investigaciones que ineludiblemente deberían iniciarse frente a tales violaciones a los derechos humanos.

Esto puede corroborarse por nutrida bibliografía, especialmente los registros e informes elaborados por las plataformas y organizaciones de derechos humanos que tienen una larga trayectoria y tradición tanto en la protección como en la verificación, registro y denuncia de violaciones de derechos humanos. Tal es el caso de la organización Temblores.org, la cual desde su Observatorio de Violencia Policial elaboraron una investigación sobre violencia policial durante los años 2017/2019, utilizando como herramienta principal la recolección de datos oficiales de distintas agencias públicas (<https://www.temblores.org/bolillo-dios-y-patria>).

Dicha investigación cuenta, entre otros, con capítulos referidos a la violencia policial como política de Estado y el acceso a la justicia de las víctimas de la violencia estatal.

Así, por ejemplo, en los tres años relevados (2017/2019) y sobre la base de la información brindada por la Fiscalía General de la Nación, se registraron un total de 39.613 hechos de violencia física cometidos por la Policía Nacional contra la ciudadanía, de

las cuales se iniciaron investigaciones judiciales sobre 886 denuncias, y solo en 8 casos existió sentencia condenatoria, es decir que solo el 0,02 % de los casos denunciados y registrados tuvieron una respuesta satisfactoria por parte del sistema judicial. De manera similar, en el mismo periodo temporal, se registraron, según fuente oficiales, un total de 289 homicidios atribuidos a la Policía Nacional, se iniciaron investigaciones judiciales en 127 casos y en solo 2 casos existió sentencia condenatoria, es decir, el 0,69%.

En conclusión, podemos señalar que existe un índice de impunidad judicial superior al 99% de los hechos delictivos (violencia homicida y violencia física) cometidos presuntamente por las fuerzas de seguridad contra la población civil. Esto, desde ya, es un claro indicador de lo ilusorio que resulta el acceso a la justicia, entendido como la efectiva tutela judicial de las víctimas de violencia estatal en el Estado Colombiano (<https://www.temblores.org/bolillo-dios-y-patria>. Capitulo Cuarto. Acceso a la Justicia. Págs. 66/67).

Ahora bien, refiriéndonos específicamente a la actuación del sistema judicial en el marco del paro nacional, en términos generales se observa no solo un continuum de las practicas represivas desplegadas por las fuerzas de seguridad sobre la población civil, sino que se identifica también una continuidad funcional del rol del sistema judicial antes detallado e incluso un crecimiento exponencial de ese accionar, en lo que se puede denominar el montaje de una “zona liberada jurisdiccional”.

En términos de participación criminal, es posible asumir el conocimiento previo por parte de los miembros de las fuerzas de seguridad (jefes, mandos medios y ejecutores) de que los operadores judiciales no intervendrán *ex post facto* en la investigación de los delitos que se cometan en el marco del actuar represivo.

Funciona, así, como una garantía previa, expresa o tácita de impunidad por parte del Sistema de Administración de Justicia. Es decir, resulta un aporte o cooperación necesaria o esencial, sin la cual, los delitos no podrían haberse cometido tal como lo fueron llevados a cabo. Precisamente esta fue la forma de atribución de responsabilidad a los ex magistrados federales de Mendoza –caso al que antes se aludió–, condenados como partícipes primarios en crímenes de lesa humanidad cometidos en el contexto de la última dictadura militar de Argentina.

Pero, además, existen otras diversas formas en las que el Sistema de Administración de Justicia adquiere relevancia en la perpetración de estos crímenes. En el conocido “Juicio a las juntas militares” realizado en la Argentina por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, cuya sentencia recayó el día 9 de diciembre de 1985, se dijo allí, en relación al aporte realizado por las agencias estatales del sistema judicial, lo siguiente: “La garantía de impunidad que se asegura a

los ejecutores, por vía de lograr que los organismos legales de prevención del delito no interfirieran en la realización de los procedimientos, negando y ocultado la realidad de los hechos ante los pedidos de jueces, organizaciones, familiares y gobiernos extranjeros, efectuando remedos de investigaciones sobre lo que ocurría y utilizando el poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias eran falsas y que respondían a una campaña orquestada de desprestigio al gobierno” (La Sentencia, Tomo II, págs. 787 y ss. Imprenta del Congreso de la Nación Argentina. <https://www.mpf.gov.ar/lesa/jurisprudencia/sentencia-del-juicio-a-los-comandantes-causa-1384/>)

Lo reseñado en el párrafo precedente resulta revelador a la luz de las prácticas del Estado colombiano en el marco del paro nacional. No solo se pudo verificar la inacción del sistema judicial ante la comisión de delitos por las fuerzas de seguridad, sino que los registros oficiales (Procuraduría General de la Nación, Fiscalía General, Defensoría General, Ministerio de Defensa, etc) daban cuenta de cantidad de casos registrados al cumplirse un mes del paro (25/5) irrisoriamente menores a los números registrados por la mayoría de las organizaciones y plataformas de verificación de DDHH. Tal es así, que la propia CIDH –cuando aún no estaba habilitada para realizar la visita a territorio colombiano– señaló tal circunstancia en un comunicado oficial (<https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/137.asp>).

En esta línea, para el 17 de mayo, en un comunicado conjunto entre la Fiscalía General y la Defensoría del Pueblo, se publica un informe donde reportan los casos registrados en el marco de la protesta por el paro nacional. Allí puede cotejarse la diferencia sustancial entre los casos registrados por las plataformas de verificación de derechos humanos y los datos reconocidos oficialmente (Ver: <https://twitter.com/FiscaliaCol/status/1394348989189926914/photo/1> y <https://www.telesurtv.net/news/colombia-ciframenor-muertos-oficial-durante-protestas-20210531-0026.html>).

A fin de corroborar lo dicho en el párrafo que antecede, resulta interesante cotejar la información publicada por una de las plataformas de protección y verificación de DDHH con presencia en casi todo el territorio colombiano, conformada por la red “Campaña defender la libertad: un asunto de tod@s” (<https://defenderlalibertad.com/acerca-de-2/>) el día 8 de mayo de 2021, en el Boletín Informativo N° 9 (<https://defenderlalibertad.com/boletin-informativo-9-paronacional/>) donde da cuenta de los registros acumulados sobre violaciones a los Derechos Humanos desde el 28 de abril hasta el 7 de mayo, siendo estos los siguientes:

“451 personas heridas por el accionar desproporcionado de la Policía Nacional y en particular por el ESMAD. 32 sufrieron lesiones oculares. 32 fueron heridas por arma de fuego. 67 personas defensoras de DDHH fueron agredidas en el marco de las movilizaciones.

15 personas fueron víctimas de violencias basadas en género ejercidas por la misma institución.

1.291 personas han sido detenidas, gran parte de ellas por medio de procedimientos arbitrarios, siendo sometidas a tortura y/o tratos crueles e inhumanos.

12 allanamientos, de los cuales 8 fueron declarados ilegales, incluyendo las capturas asociadas. Los 4 restantes se encuentran en proceso de esclarecimiento.

629 denuncias por abusos de poder, autoridad, agresiones y violencia policial.

32 personas fallecieron presuntamente por el accionar de la fuerza pública y/o civiles sin identificar en el marco de la protesta social (**por verificar**) y **1 policía.**

216 personas presuntamente desaparecidas en el marco de la protesta social. Se recibieron 258 registros de personas desaparecidas, de las cuales ya se tiene información de 42. Sin embargo, las cifras pueden ser superiores según lo denuncia la Mesa de Trabajo sobre Desaparición Forzada en Colombia quienes afirman que estas pueden llegar a 471."

Ahora bien, para fecha similar (3/5), la Fiscalía General de la Nación hace público un informe respecto de los delitos registrados en el marco del paro nacional en donde registra un total de 7 muertes: "La Fiscalía adelanta las acciones investigativas para recaudar el material probatorio y esclarecer la muerte de 7 personas que, de acuerdo con lo establecido de manera preliminar, habrían sido víctimas en hechos directamente relacionados con el paro" (-<https://www.fiscalia.gov.co/colombia/hechos-concretos/balance-del-paro-nacional-fiscalia-reporta-278-capturados-83-imputados-y-18-a-la-carcel/>). En este informe oficial se registran los daños a los bienes públicos, identificados como "actos de vandalismo" como así también los manifestantes detenidos y/o judicializados, pero omite toda referencia a la violencia ejercida por las fuerzas de seguridad en su intervención represiva deliberada, que en numerosos casos implicó la vulneración de derechos humanos.

En el mismo sentido, el 2 de julio del 2021, fue publicado un Informe Balance, cumplidos dos meses del paro nacional elaborado por otra de las plataformas de protección y verificación de DDHH en el Departamento de Antioquía (Proceso Social de Garantías para la Labor de Líderes, Líderesas, Defensoras y Defensores de Derechos Humanos, el Nodo Antioquia de la Coordinación Colombia Europa Estados Unidos, la Campaña Defender la Libertad un Asunto de Todas, La Campaña No + Derechos Vulnerados por los Uniformados) donde da cuenta –además de los registros de casos de violencia estatal– específicamente lo que venimos desarrollando en el presente trabajo: "La política negacionista y de impunidad que ha querido imponer el gobierno nacional y la Fiscalía General de la Nación sobre la violencia institucional desarrollada en la protesta social de este año y sobre los casos de desapariciones forzadas acontecidos entre abril - junio de 2021 evidencia que no hay un compromiso con la garantía de los derechos humanos de quienes se manifiestan, además de buscar de manera inmediata a

quienes se reportan como desaparecidos. Lo que está íntimamente relacionado con los niveles de impunidad que hay frente a las investigaciones y sanciones a los responsables de la fuerza pública y de civiles que han agredido a las y los manifestantes” (file:///C:/Users/pabga/Downloads/Boleti%CC%81n_Protesta_2_julio_2020.pdf).

Otro de los elementos de análisis que verifican lo dicho sobre el rol del sistema judicial se vincula al andamiaje normativo que regula el conocimiento, investigación y sanción de los delitos cometidos por las fuerzas de seguridad, el cual, a nuestro criterio, está diseñado para evitar procesos de investigación transparentes y eficientes contra los actos de la fuerza, reforzando así, la impunidad de estas últimas. Veamos brevemente el marco normativo vigente.

Según el ordenamiento jurídico colombiano, las víctimas de violencia estatal pueden denunciar ante el sistema penal e instancias disciplinarias. Así, la Procuraduría General de la Nación y la Policía Nacional están obligadas a investigar sobre denuncias disciplinarias en contra los miembros de la Policía. Conforme a la atribución de competencia que determina el artículo 221 de la Constitución colombiana; cuando los hechos denunciados ocurrieron “en servicio de policía”, la competencia es de la jurisdicción militar y la Fiscalía General debe remitir el caso a la Justicia Penal Militar quien se encarga de investigar el hecho. Cuando los casos denunciados no se vinculen con el servicio de policía, le compete investigar a la Fiscalía General de la Nación.

Por otra parte, la fuerza policial (Policía Nacional) depende funcionalmente del Ministerio de Defensa, es decir del Poder Ejecutivo Nacional. Asimismo, la Justicia Penal Militar, también depende del Poder Ejecutivo Nacional (Ministerio de Defensa) y como vimos, constitucionalmente tiene competencia para juzgar los delitos que cometen los miembros de las fuerzas públicas. El Código Penal Militar (vigente según Ley N° 1407/2010) en su artículo 208 refiere a los juzgados de la Dirección Nacional de la Policía Nacional y afirma que en primera instancia se basan en las investigaciones realizadas en la Inspección General de Policía. Es decir, que desde una investigación interna que se realiza en el propio ámbito de la policía, la Justicia Penal Militar continúa las investigaciones de los mismos miembros de la Policía.

Esta “justicia especializada” coloca a la institución policial y militar en un rol de juez y parte –se investiga a si misma–, contrariando todos los principios, recomendaciones y normas internacionales respecto a la investigación de los delitos cometidos por agentes de las fuerzas militares y de seguridad. Un dato relevante, que contextualiza la irregularidad señalada, lo constituye el artículo 56 del Código Penal Militar el cual, entre las conductas de menor punibilidad, el inciso 12 refiere “...Obrar motivado por defensa del honor militar o policial” como atenuante a la conducta punible (<https://www.temblores.org/bolillo-dios-y-patria>. Capitulo Cuarto. Acceso a la Justicia. Págs. 61-62).

Claramente, el punto de inflexión radica en la determinación de cuándo un hecho delictivo cometido por agentes de las fuerzas de seguridad constituye un acto de servicio o no, para determinar así la competencia del órgano que debe investigar. Si bien la práctica generalizada es que la mayoría de los hechos en cuestión sean remitidos a la Justicia Penal Militar, a fin de garantizar su posterior impunidad, lo cierto es que la propia Corte Constitucional ha dicho ya reiteradamente que: "...el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de la Fuerza Pública. Al respecto es importante mencionar que esta Corporación ya ha señalado que las conductas constitutivas de los delitos de lesa humanidad son manifiestamente contrarias a la dignidad humana y a los derechos de las personas, por lo cual no guardan ninguna conexidad con la función constitucional de la Fuerza Pública, hasta el punto de que una orden de cometer un hecho de esa naturaleza no merece ninguna obediencia" (Corte Constitucional, Sentencia C-358 de 1997. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz).

Cabe recordar que el propio texto constitucional colombiano (Constitución Política de Colombia, texto ordenado en 1991) establece la naturaleza y la función de la fuerza policial en su artículo 218: "La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz."

Asimismo, no podemos dejar de reseñar en este punto, la profusa jurisprudencia de la Corte Interamericana de DDHH en relación con el Estado colombiano y los altos índices de impunidad frente a las graves violaciones de derechos humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció, entre otros, en los casos conocidos como "19 comerciantes" (5 de julio de 2004), "Gutiérrez Soler" (12 de septiembre de 2005), "Masacre de Mampiripán" (15 de septiembre de 2005), "Masacre de Pueblo Bello" (31 de enero de 2006), "Masacre de Ituango" (1º de julio de 2006) y "Masacre de La Rochela" (11 de mayo de 2007).

En casos más recientes y en relación con la complicidad judicial, la Corte menciona un Informe Conjunto de los relatores de las Naciones Unidas encargados de las cuestiones de la tortura y de las ejecuciones extrajudiciales, que afirmó que la "...impunidad que gozan los violadores de los derechos humanos en Colombia es casi total. Los tribunales de justicia militar reclaman, y por lo general obtienen, competencia para entender en casos que comprometen a miembros de las fuerzas de seguridad acusados de violaciones de los derechos humanos. El sistema de justicia militar...ha demostrado ser...eficaz para garantizar la impunidad por violaciones del derecho penal ordinario respecto de actos (asesinato, tortura, secuestros) cometidos por miembros de las fuerzas armadas en cumplimiento de sus funciones..." (Naciones Unidas, Doc. E/CN.4/1995/111 de 16 de enero de 1995, Corte IDH. Caso Villamizar Durán y otros Vs. Colombia. Excepción Pre-

liminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Serie C No. 364, citado en Tribunal Permanente de los Pueblos. Sesión sobre Genocidio político, impunidad y los crímenes contra la paz en Colombia, Bucaramanga, Bogotá y Medellín, 25-27 de marzo de 2021. <http://permanentpeopletribunal.org/la-sesion-del-tpp-sul-genocidio-politico-limpunita-e-i-crimini-contro-la-pace-in-colombia/#>).

Tal como lo describe el Tribunal Permanente de los Pueblos, en sesión sobre Genocidio político, impunidad y los crímenes contra la paz en Colombia, Bucaramanga, Bogotá y Medellín, 25-27 de marzo de 2021: "...El problema principal en Colombia, en general y salvo excepciones como las relativas a la justicia militar (Sentencia de la Corte Constitucional C-533/08, entre otras), no ha sido de impunidad normativa, sino de impunidad estructural, en el sentido en que la Corte Interamericana ha configurado esta acepción, ya que a pesar de existir un orden jurídico aparentemente capaz de cumplir sus funciones de persecución penal, el Estado acaba por no realizarlas por omisión o negligencia, y no se lleva a cabo la necesaria investigación ni la sanción de los autores de graves violaciones de derechos humanos..." (Tribunal Permanente de los Pueblos. Sesión sobre Genocidio político, impunidad y los crímenes contra la paz en Colombia, Bucaramanga, Bogotá y Medellín, 25-27 de marzo de 2021. <http://permanentpeopletribunal.org/la-sesion-del-tpp-sul-genocidio-politico-limpunita-e-i-crimini-contro-la-pace-in-colombia/#>)

Otro de los elementos que configuran el actuar cómplice y encubridor del poder judicial en relación a la violación masiva de DDHH, lo constituyen "los subregistros de violaciones de DDHH" que refiere a centenares de hechos delictivos cometidos por fuerzas policiales, militares y paramilitares que no son denunciados ante las instancias institucionales existentes por tres motivos centrales. En primer lugar, el temor de la víctima o familiar a realizar la denuncia frente a la posibilidad cierta de sufrir represalias; en segundo lugar, la desconfianza generalizada de la sociedad ante la inactividad sistémica de investigación y condena de estos hechos; y finalmente el temor de resultar detenidos y/o judicializados por haber participado en las protestas ("falsos positivos judiciales")

Así, la Misión Internacional de Solidaridad y Observación de DDHH en Colombia pudo verificar a través de los casos y denuncias recepcionadas en las distintas regiones que pudo visitar, que uno de los denominadores comunes, es la ausencia de denuncia ante los órganos públicos competentes.

En Medellín, de las denuncias recepcionadas a través de entrevistas con víctimas y familiares, de un total de 9 casos, solo se iniciaron denuncias judiciales en 3 de ellos y principalmente porque en esos casos se contó con el asesoramiento y patrocinio legal de un organismo de DDHH (Plataforma Proceso Social de Garantías). En el resto de los casos la denuncia no se realizó por temor a represalias, tal como lo refieren en sus relatos, Johan Velázquez Aguiar y Cesar Augusto Bariant (Informe Final, Misión Internacional de Solidaridad y Observación de DDHH, Colombia 2021, 19 de Julio, <https://>

www.facebook.com/MisionInternacionalColombia). Asimismo, el caso de Sebastián Giraldo Zapata, quien por el hecho de participar en una marcha el 28 de abril, fue detenido arbitrariamente, sometido a tormentos, tratos crueles, degradantes e inhumanos e imputado por delitos comunes (agresión, resistencia a la autoridad y daños) que le significó estar detenido más de tres días y a la fecha de la entrevista se encontraba aún judicializado (Informe Final, Misión Internacional de Solidaridad y Observación de DDHH, Colombia 2021, 19 de Julio, <https://www.facebook.com/MisionInternacionalColombia>)

En Bogotá, de las numerosas reuniones realizadas con víctimas y familiares residentes de los barrios periféricos, se pudo corroborar también la decisión de las víctimas de no denunciar por temor a represalias. Bajo la registración de “Caso Testigo 1 – Violencia Sexual (se reserva identidad)” hecho de violencia sexual ocurrido en la localidad de Engativá en zona de Portal 80, el 26 de mayo a las 11:00 hs, por un “matrimonio” (moto policial conducida por un agente de la Policía Nacional y acompañado por un agente del ESMAD fuertemente armado), la víctima no quiso realizar la denuncia posterior por miedo (Informe Final, Misión Internacional de Solidaridad y Observación de DDHH, Colombia 2021, 19 de Julio, <https://www.facebook.com/MisionInternacionalColombia>).

En Cali, se advierte también la ausencia de denuncias por las razones ya desarrolladas. A modo de ejemplo podemos citar el caso de una persona (se reserva identidad – Informe Final, Misión Internacional de Solidaridad y Observación de DDHH, Colombia 2021, 19 de Julio, <https://www.facebook.com/MisionInternacionalColombia>) residente en la Ciudad de Palmira, egresado de la Universidad de Cali, que el día 28 de mayo a las 15:00 aproximadamente, fue detenido arbitrariamente por estar registrando con su celular la actuación policial. Además de los malos tratos y tormentos padecidos en el CAI de la Policía Nacional del Barrio Ciudad Jardín (Comuna 22); se le notifica que resulta imputado por los delitos de “vandalismo y hurto”. Posteriormente, desde el consultorio jurídico de la Universidad ICESI presentan un habeas corpus ante la Seccional Judicial del Valle del Cauca, mediante el cual finalmente recupera la libertad. De acuerdo a lo relatado por la víctima, la Fiscalía General recibe la denuncia pero no se inicia investigación por los hechos padecidos (detención arbitraria, tormentos y falsa imputación de delitos).

Conclusión

A modo de cierre y a fin de comprender el marco de actuación y el rol esencial del sistema judicial principalmente en su intervención de garante de la impunidad de la actuación represiva por parte de las fuerzas públicas del Estado Colombiano, resulta relevante señalar algunas de las características generales del accionar represivo estatal, particularmente cuando implica la comisión de crímenes de lesa humanidad.

Así, la bibliografía especializada reflexiona en cuanto a la constante existencia de la violencia estatal desde el inicio mismo del Estado moderno. No obstante, la violencia desplegada por el Estado, tiene particularidades propias tanto por su extensión como por su intensidad.

Una de estas características es la *s sofisticación*, es decir el montaje de un aparato represivo sofisticado, profesionalizado y altamente equipado, compuesto en la superficie por “normas legales” (en el caso de Colombia desde el art. 218 de la Constitución Política hasta el Decreto 003/2021 sobre normas de actuación de la policía frente a la protesta social) y por otro lado una práctica tolerada y naturalizada –basadas en normas verbales y secretas– que implica el despliegue de una actuación represiva indiscriminada contra la población civil.

Otra de las características es la *generalidad*. Esto significa que toda la sociedad es sospechosa, es la retaguardia del “enemigo interno” conformado por los jóvenes de la primera línea, los afrodescendientes, los indígenas, los trabajadores, etc.; en definitiva, todo aquel opositor a la agenda política del gobierno de turno. El fin de la represión generalizada es el disciplinamiento e infundir el temor en todo el cuerpo social. Claramente este rasgo se explica en conceptos y teorías militares propias de la Doctrina de la Seguridad Nacional o la Escuela Francesa, cuya versión en Colombia se ha dado a conocer como la “Revolución Molecular Disipada”.

Finalmente, otra característica es la *sistematicidad*. Esto implica que la actuación represiva no resulta aislada o desarticulada o responde a “excesos en la actuación” de agentes individuales de las fuerzas de seguridad. Implica, por el contrario, un alto grado de planificación, diseño y ejecución como política de Estado. En Colombia esto se observa al identificar la sistematicidad que va desde los operativos “tenazas” a cargo de los “matrimonios” en las inmediaciones de las protestas, los señalamientos, los falsos positivos judiciales, las tareas de infiltración e inteligencia, la articulación con grupos para militares, hasta los homicidios y las prácticas de desaparición de personas en todo el territorio del país. Esto se despliega organizada y planificadamente sobre el objetivo definido previamente, en este caso, todo ciudadano o ciudadana contraria al régimen de turno (Lavado, Diego, 2015. Págs. 21-22).

Para cerrar el círculo configurativo de la actuación terrorista por parte del Estado, necesitamos la participación necesaria de un engranaje sustancial y es el que pretendimos desarrollar en este capítulo, esto es, el rol legitimador de la actuación represiva sistemática y generalizada desarrollado por las agencias estatales encargadas de proteger y garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos y ciudadanas; es decir: el sistema judicial.

Referencias

- Almqvist, Jessica.** "Complicidad judicial como cuestión de derecho internacional". Capítulo en "Usted también, Doctor. Complicidad de jueces, fiscales y abogados durante la dictadura". Editorial Siglo XXI, Buenos Aires, 2015. Pag. 289-290.
- Bohoslavsky, Juan Pablo.** "Entre complicidad militante, complacencia banal y valiente independencia". Capítulo en "Usted también, Doctor. Complicidad de jueces, fiscales y abogados durante la dictadura". Editorial Siglo XXI, Buenos Aires, 2015. Pag. 27
- Constitución Política de Colombia, texto ordenado en 1991.
- Corte Constitucional, Sentencia C-358 de 1997. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte IDH. Caso Villamizar Durán y otros Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Serie C No. 364
- Informe Final, Misión Internacional de Solidaridad y Observación de DDHH, Colombia 2021, 19 de Julio de 2021, <https://www.facebook.com/MisionInternacionalColombia>.
- La Sentencia, Tomo II, págs. 787 y ss. Imprenta del Congreso de la Nación Argentina. <https://www.mpf.gov.ar/lesa/jurisprudencia/sentencia-del-juicio-a-los-comandantes-causa-1384/>
- Lavado, Diego. Capítulo Introductorio en El Libro de los juicios: experiencias, debates y testimonios sobre el terrorismo de Estado en Mendoza (obra colectiva), Editorial EDIUNC, Mendoza, Argentina, 2015. Págs.21/22.
- Tribunal Permanente de los Pueblos. Sesión sobre Genocidio político, impunidad y los crímenes contra la paz en Colombia, Bucaramanga, Bogotá y Medellín, 25-27 de marzo de 2021. <http://permanentpeopletribunal.org/la-sesione-del-tpp-sul-genocidio-politico-limpunita-e-i-crimini-contro-la-pace-in-colombia/#>
- file:///C:/Users/pabga/Downloads/Boleti%CC%81n_Protesta_2_julio_2020.pdf
- <https://defenderlalibertad.com/acerca-de-2/>
- <https://defenderlalibertad.com/boletin-informativo-9-paronacional/>
- https://gieincaragua.org/gieicontent/uploads/2019/02/GIEI_INFORME_DIGITAL_07_02_2019_VF.pdf
- <https://www.fiscales.gov.ar/lesa-humanidad/48-ex-jueces-fiscales-y-funcionarios-judiciales-estan-siendo-investigados-por-delitos-de-lesa-humanidad/>
- <https://www.fiscales.gov.ar/lesa-humanidad/juicio-a-los-jueces-casacion-confirmando-la-condena-a-prision-perpetua-de-cuatro-magistrados-por-crmenes-de-lesa-humanidad-en-mendoza/>
- <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/hechos-concretos/balance-del-paro-nacional-fiscalia-reporta-278-capturados-83-imputados-y-18-a-la-carcel/>
- <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/137.asp>
- <https://www.temblores.org/bolillo-dios-y-patria>
- <https://www.temblores.org/bolillo-dios-y-patria>. Capítulo Cuarto. Acceso a la Justicia. Págs. 66/67.
- <https://www.temblores.org/bolillo-dios-y-patria>. Capítulo Cuarto. Acceso a la Justicia. Págs. 61/62.
- Ediciones SAIJ-INFOJUS < Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación

ROBERTA SILVEIRA ZANETTI* - ADALBERTO ANTONIO BATISTA ARCELO**

***Lawfare* no Brasil contemporâneo: dispositivos de governamentalidade bio-necro-política**

Introdução

Este trabalho parte do diagnóstico de que a dinâmica político-jurídica do Brasil contemporâneo se encontra capturada pela bio-necro-política. Objetiva-se explicitar alguns significativos eixos de conexão concreta, na história e tradição colonial brasileira, entre os conceitos *lawfare*, racismo de Estado, governamentalidade neoliberal e pena de morte social e existencial.

Busca-se, assim, confirmar a hipótese de que o Estado brasileiro atual tem agenciado uma ampla e difusa estratégia de *lawfare*, que rebaixa o discurso do Estado Democrático de Direito a um Estado de Exceção. Para tanto, explora-se o impacto da manipulação do ordenamento jurídico-constitucional e, principalmente, do aparato político-jurídico brasileiro pelos imperativos da governamentalidade neoliberal.

A filtragem crítica trazida pelo pensamento decolonial latino-americano será uma referência importante para, nestas reflexões, colocar em questão o saber-poder moderno-colonial que atualmente repercute sob o discurso da globalização dos mercados e da produção econômica, que aqui no Brasil e em toda a América Latina, hoje como ontem, implica o recrudescimento das vulnerabilidades e a acentuação dos processos de marginalização e de exclusão das parcelas mais populares e precarizadas da sociedade. Assim, problematiza-se o *lawfare* no Brasil contemporâneo a partir da indagação quanto

(*) Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Analista judiciário no Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 3ª Região. rzanetti@hotmail.com. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

(**) Doutor em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas. adalbertoarcelo@gmail.com

à performatividade e à seletividade das políticas sociais públicas asseguradoras –ou não– da cidadania no Brasil.

Neste panorama, o *lawfare* emerge e se afirma como um dispositivo da governamentalidade neoliberal, uma estratégia de saber-poder que neutraliza e normaliza subjetividades individuais e coletivas, definindo os sujeitos de direitos (cidadãos) e os sujeitados pelo direito (subcidadãos). Isso porque, para muito além do uso estratégico do direito contra grupos de poder político, assiste-se a uma dinâmica político-jurídica, logo social, de dramático e inconstitucional atrofiamiento de políticas sociais públicas populares e, conseqüentemente, um amplo processo de desconstituição de direitos e garantias fundamentais e humanos que impacta diretamente as parcelas mais vulneráveis da sociedade brasileira, levando à pena de morte social e existencial de subjetividades individuais e coletivas que resistem e transgridem à racionalidade e à utilidade econômica dos corpos.

A referência foucaultiana, presente nos conceitos biopolítica, governamentalidade e racismo de Estado, também é definitiva para a estruturação argumentativa deste trabalho, posto que tais ferramentas analíticas, somadas aos conceitos Estado de Exceção e necropolítica, vão possibilitar o diagnóstico crítico de uma bio-necro-política como pano de fundo potencializador do *lawfare* no Brasil.

A biopolítica, como poder regulamentador da vida das populações orientado pelo racismo de Estado como sentido de governamentalidade, descortina uma sociedade fraturada entre cidadãos e subcidadãos: uns têm no aparato estatal uma via de acesso aos direitos e garantias, outros têm no mesmo aparato um dispositivo que opera a negação ou a neutralização de direitos e garantias fundamentais. Neste cenário, que condiz com a contemporaneidade brasileira e latino-americana, a retroalimentação entre os fenômenos denunciados pelos conceitos em questão indica que o Estado brasileiro e seus poderes instituídos são diretamente responsáveis pela infligência de processos de pena de morte social e existencial de expressiva parcela de (sub) cidadãos brasileiros.

Governamentalidade neoliberal, estado de exceção e bio-necro-política

A referência analítica aqui adotada é demasiadamente ampla, daí a expressão filosofia social crítica e decolonial. Remonta-se à base da tradição de análise crítica da sociedade, com o materialismo dialético marxiano, passando-se pela analítica do poder foucaultiana e suas repercussões nos conceitos de Estado de Exceção e de necropolítica, para nos situarmos no Brasil contemporâneo sob o filtro analítico da diferença colonial e da transmodernidade. (Agamben, 2004; Dussel, 2016; Foucault, 2014; Marx, 1978; Mbembe, 2018; Mignolo, 2007).

A percepção do paradoxo e do conflito como estruturantes da dinâmica social levou Marx à denúncia de todo um estilo de vida e de visão de mundo, que se pretendiam

modernos, como meramente burgueses. À medida que uma certa classe social se afirma como hegemônica, tal classe repercute suas demandas e convicções como se fossem universais. E é assim que o norte global, sob o impacto da revolução industrial, reproduz e amplifica um certo jeito de ser que atinge proporções tão grandes a ponto de inviabilizar outras possibilidades. Trata-se de uma relação de dominação que, para muito além da exploração econômica, se desdobra em alienações múltiplas, em processos de objetificação das subjetividades individuais e coletivas. (Marx, 1978).

Há, em tal crítica, uma poderosa desestabilização daquela concepção da História como um processo civilizatório estruturado por uma evolução linear, um permanente aperfeiçoamento. As bases analíticas do materialismo dialético indicam que a História é, antes, um processo de apropriação, de ressignificação e de imposição de narrativas por grupos e classes sociais hegemônicas. Assim alguns (poucos) contam a história, enquanto outros (muitos) sofrem essa mesma história.

É a partir desta concepção crítica e conflitivista da História que se estabelece uma conexão entre as bases marxianas da filosofia social crítica e a análise microfísica do poder, desenvolvida por Foucault. Neste arranjo, os rudimentos de uma matriz crítica e interdisciplinar de análise social são atualizados de acordo com a hipercomplexidade das dinâmicas sociais contemporâneas. É neste panorama que Foucault aponta a sobreposição entre o poder disciplinar e a biopolítica, que culmina em uma sociedade de normalização, ou seja, em um arranjo social em que os parâmetros do normal e do anormal são impostos a partir da convergência entre um padrão microfísico de normalidade e um padrão institucional de normatividade jurídica. (Foucault, 2010; Foucault, 2014).

Pela perspectiva foucaultiana, as sociedades de normalização são constituídas pela imposição de um saber-poder que forja verdades e subjetividades, a partir da categorização do normal e do anormal: assim se estabelecem e se legitimam estilos de vida e visões de mundo que funcionam como dispositivos de normalização, objetificando subjetividades –o sujeito normal e o sujeito anormal– pela afirmação de um certo saber-poder. Para Foucault as sociedades de normalização se materializam sob o impacto da revolução industrial, num contexto em que há uma convergência entre o poder disciplinar, que se exerce sobre os corpos individuais, e o biopoder que se aplica sobre as populações. (Foucault, 2008a; Foucault, 2010).

O poder disciplinar, segundo Foucault, se materializa por dispositivos de vigilância e controle permanentes, que têm a função de adestramento dos corpos individuais pelo parâmetro da utilidade econômica: corpos normais, saudáveis e virtuosos seriam aqueles que reproduzem um certo padrão de utilidade econômica, convergente com categorias caras ao indivíduo masculino, branco, proprietário e detentor de renda, que neste contexto se afirma como padrão de subjetividade hegemônico. O biopoder se materializa nas políticas da vida e da morte, dinamizadas por uma razão de Estado pautada na utilidade econômica das coletividades: os Estados pretensamente modernos e

tendencialmente totalitários elegem parâmetros de racionalidade e de normalidade condiscentes com interesses específicos de parcelas específicas das populações. (Foucault, 2008b; Foucault, 2010).

Assim esses Estados forjam uma política da vida e da morte das populações, determinando aqueles que têm no Direito um dispositivo de emancipação – sujeitos de direitos e garantias, ou seja, cidadãos – e aqueles que têm no mesmo Direito um dispositivo de subalternização – subcidadãos, punidos e mantidos à margem dos direitos e garantias fundamentais e humanos pelo próprio aparato jurídico-estatal.

Segundo Foucault, há um acúmulo, uma sobreposição entre os dispositivos disciplinares e biopolíticos nas sociedades contemporâneas. Trata-se da emergência de uma sociedade de normalização, caracterizada pela maior expressão e impacto social de um padrão microfísico de norma que determina as parcelas da população que vão florescer e aquelas que vão perecer. (Foucault, 2008b; Foucault, 2010).

Isso porque o padrão normalizador microfísicamente forjado se estrutura no racismo de Estado, ou seja, em um arranjo social rompido pela cisão entre a parcela de normais, a sociedade dos homens racionais, saudáveis e virtuosos, e a parcela de anormais, o contingente de pessoas que, por não se encaixarem na lógica da utilidade econômica dos corpos individuais e coletivos, são inferiorizadas, silenciadas e até eliminadas, para “o bem da melhor sociedade”. Eis o racismo de Estado: um Estado que, ainda que de forma insinuante, ou seja, microfísicamente, elege uma parcela da população como os cidadãos que terão seus direitos garantidos pelo Estado, mas elege também outras parcelas da mesma população como aqueles que precisam ser contidos pela normalização. (Foucault, 2010).

É importante, no âmbito de nossas reflexões, deixar clara a conexão entre as chaves foucaultianas do racismo de Estado e das sociedades de normalização e os conceitos de Estado de exceção, e de necropolítica. (Agamben, 2004; Foucault, 2008a; Foucault, 2010; Mbembe, 2018).

As considerações de Agamben podem ser tidas como um bom exemplo dos desdobramentos contemporâneos da matriz crítica de análise social. Agamben demonstra como, no seio de uma sociedade de normalização, emerge um Estado de exceção permanente, alimentado pela imposição de um padrão microfísico de norma que neutraliza a performatividade do discurso dos direitos. À medida que a norma jurídica é neutralizada pela normalidade microfísica, o Estado de exceção se afirma ao garantir de forma seletiva direitos, promovendo assim o paradoxo da cidadania no Brasil: para a garantia dos direitos de alguns, a necessidade de se suprimir direitos de outros. (Agamben, 2004).

Percebe-se que o Estado de exceção é uma mera consequência do racismo de Estado que, por sua vez, viabiliza a governamentalidade neoliberal. Neste cenário os dispositivos

microfísicos de normalização, que forjam verdades e subjetividades, viabilizam a normalização/naturalização das desigualdades e das vulnerabilidades que discriminam subjetividades individuais e coletivas.

Esse processo culmina na extrema acentuação das vulnerabilidades e fragilidades: um quadro de pena de morte social e existencial que tende a abranger parcelas cada vez mais significativas das sociedades contemporâneas, materializado na figura do homo sacer, ou seja, no indivíduo que tem sua condição humana e seu status de sujeito de direitos negados pelo Estado e por expressiva parcela da sociedade. Este indivíduo é o outro, aquele que está e precisa continuar à margem da melhor sociedade, que precisa ser silenciado e, até, eliminado, para o bem-estar da sociedade normal-normalizada-normalizadora. (Agamben, 2002).

Mbembe é um filósofo social contemporâneo que tem ganhado muita visibilidade a partir do conceito de necropolítica. Tal conceito se faz relevante nestas reflexões porque indica mais uma atualização da tradição crítica e, principalmente, pelo lugar de fala do analista, que possibilita um filtro analítico marcado pela diferença colonial. (Mbembe, 2018; Mignolo, 2007).

Falando da África, Mbembe deixa claro que a estrutura do racismo de Estado, denunciada por Foucault no contexto da Alemanha nazista e da Rússia soviética, é a estrutura fundante das histórias coloniais, tão fortemente enraizadas na África e na América Latina. O analista indica que o colapso da razão moderna, segundo o centro da modernidade, é a própria base da modernidade. (Mbembe, 2018).

É neste ponto que trazemos à tona o pensamento decolonial latino-americano, tendo como referências expressas as chaves sistema-mundo-moderno-colonial-decolonial (Mignolo, 2007; Quijano, 2020), e transmodernidade (Dussel, 2016).

O pensamento decolonial latino-americano indica uma ampla convergência entre analistas e análises interdisciplinares, de viés crítico e emancipatório, que se estrutura pela diferença colonial (Mignolo, 2007). Quer dizer que, sob o filtro analítico da decolonialidade, modernidade e colonialidade são duas faces de um mesmo fenômeno histórico, que se constitui pela lógica da superioridade e da inferioridade, ecoando contemporaneamente como uma engrenagem que assegura a cidadania para alguns, em tese as subjetividades racionais ou normais, mantendo a imensa vulnerabilidade de subjetividades individuais e coletivas que destoam do padrão normalizado-normalizador da modernidade eurocentrada, o que no contexto do Brasil atual continua sendo a utilidade econômica dos corpos, o racismo e o patriarcado. É assim que o direito na sociedade brasileira contemporânea se materializa através do *lawfare*, um vasto, difuso e complexo de estratégias que forjam verdades e subjetividades a partir da inferiorização, da ocultação e da eliminação das diferenças.

O estratégico papel da lei na implementação da política neoliberal

Após o fim da denominada Guerra Fria e triunfo da ideologia neoliberal, o controle social e a solução dos conflitos voltaram-se para a lei. A ela coube a garantia da pacificação por meio da imposição de uma ordem social pautada na liberdade comercial (Comaroff e Comaroff, 2006). O papel do Estado na direção da economia para a promoção de direitos sociais é reduzido, criando-se a concepção de que o Estado deve evitar a intervenção na economia e no fornecimento de bens e serviços aos seus cidadãos, ao passo que o papel do Estado para assegurar a lei e a ordem com a imposição de políticas criminais é acentuado (Wacquant, 2011). Cria-se, portanto, um Estado fraco para assegurar as políticas sociais ao mesmo tempo em que é criado um Estado forte para a punição dos cidadãos desvirtuados, fora da lei e alijados de qualquer participação social. (Comaroff e Comaroff, 2006; Wacquant, 2011). O papel do Estado se limitaria, assim, a assegurar a liberdade de mercado e a lei e a ordem para o correto funcionamento do sistema (Comaroff e Comaroff, 2006).

Com a retirada de políticas sociais, o cidadão é lançado a sua própria sorte, ou seja, às leis do mercado, reguladas pela dinâmica da oferta e da demanda. O contingente elevado de uma massa de desempregados (reserva de mercado) faz com que a oferta de cidadãos à procura de emprego seja maior que a oferta de postos de trabalho dignos. A pobreza extrema é agravada. Uma massa de cidadãos desempregados ou subempregados é criada. Tais cidadãos são classificados como “inúteis para o mundo” e, portanto, dignos de morrer, pois não são empregáveis em qualquer forma e, portanto, não merecem respeito e consideração na visão neoliberal (Castel, 2017).

O Estado é mínimo em direitos sociais e máximo na punição penal, pois esse mesmo Estado deve ocultar a miséria e as suas consequências imediatas que é o aumento da fome, da pobreza e conseqüentemente da criminalidade. A miséria é criminalizada e os trabalhadores são precarizados. (Wacquant, 2011). Aquele que não tem seu corpo adestrado como os mendigos e não segue o modelo ótimo de bom trabalhador, assalariado e produtivo não serve ao sistema. Sobre ele a polícia age prontamente em regime de governmentalidade direta, punindo os pequenos delitos, as pequenas infrações cometidas no dia a dia, em uma espécie de regime de exceção permanente, pois ela é a própria força do governante sobre os seus súditos (Foucault, 2008a). Essa atuação direta da polícia esconde o racismo, a aporofobia e a punição pela aparência. Todos que são diferentes e não se encaixam no sistema como as pessoas trans, negros e pobres são eleitos a inimigos a serem combatidos (Wacquant, 2011).

São inúteis para o mundo, são facilmente descartados e sua existência é encoberta pelo aumento do encarceramento (Sandel, 2020). O aumento da pobreza e seu impacto na exclusão, por seu turno, é fruto direto e necessário do aumento do desemprego e da marginalização decorrentes da política neoliberal, que promove acentuada acumulação de riquezas e a exclusão social (Comaroff e Comaroff, 2006).

Os direitos humanos e fundamentais, seja no plano internacional ou no plano interno dos Estados, não são afirmados para assegurar indiscriminadamente a dignidade de indivíduos e coletividades, mas sim para viabilizar a liberdade comercial, para proteger a propriedade privada, os direitos autorais e as patentes, interesses de cunho essencialmente patrimonial, e que coincidem com os interesses das empresas transnacionais (Comaroff e Comaroff, 2006; Dunlap Junior, 2001).

Nesse sentido, Hayek realça que a doutrina liberal:

“[...] é a favor do emprego mais efetivo das forças da concorrência como um meio de coordenar os esforços humanos, e não de deixar as coisas como estão. Baseia-se na convicção de que, onde exista a concorrência efetiva, ela sempre se revelará a melhor maneira de orientar os esforços individuais. Essa doutrina não nega, mas até enfatiza que, para a concorrência funcionar de forma benéfica, será necessária a criação de uma estrutura legal cuidadosamente elaborada, e que nem as normas legais existentes, nem as do passado, estão isentas de graves falhas. Tampouco deixa de reconhecer que, sendo impossível criar as condições necessárias para tornar efetiva a concorrência, seja preciso recorrer a outros métodos capazes de orientar a atividade econômica.” (Hayek, 2010:58).

O direito não está sendo aplicado de forma isenta e imparcial, mas sim voltado para assegurar interesses econômicos e a máxima lucratividade das empresas transnacionais. O Estado é cooptado pelos interesses dessas corporações, que passam a ditar as políticas econômicas e sociais, induzindo a produção de leis conforme seus interesses e influenciando de forma eficaz na construção das decisões nos Tribunais (Ferrajoli, 2014).

Desvaloriza-se as garantias substanciais previstas na Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/1988), no tocante aos direitos econômicos e sociais, para assegurar a imposição de interesses particulares, de organismos internacionais, do capital financeiro e de empresas transnacionais, em verdadeira assimetria na relação entre capital e trabalho (Ferrajoli, 2014).

Assim, forja-se um simulacro de democracia, de liberdade e de legalidade, quando na realidade o Estado, via instituições políticas e jurídicas, está sendo utilizado para propósitos específicos. As determinações legais expressam, antes de um pacto em que o Estado se compromete a assegurar indiscriminadamente direitos e garantias fundamentais, a imposição do individualismo possessivo e da autonomia atrelada ao poder de consumo, o que esvazia os direitos e garantias econômicos e sociais.

Neste panorama, manipula-se o ordenamento jurídico para conferir uma aparência de legalidade às ações estatais que, objetivamente, jamais poderiam ser tidas como políticas sociais públicas, posto que materializam a discriminação, a marginalização e a exclusão de subjetividades individuais e coletivas para as quais encontra-se inviabilizada a dignidade do consumo. Assim o direito se mostra como um simulacro para conferir um “ar” de legalidade à “equação amigo e inimigo” como “elemento estruturante”. (Pires, 2021).

Subjetividades individuais e coletivas como pessoas, movimentos sociais e partidos políticos, correm o risco permanente de serem forjados como inimigos sociais. Assim uma pessoa ou um projeto de governo podem ser transformados em inimigos, cabendo à grande mídia atuar em prol da exposição e, conseqüentemente, da eliminação dos inimigos. É neste panorama que os direitos e garantias econômicos e sociais, bem como o projeto de um Estado social e democrático de direito foram hostilizados como inimigos do Brasil, considerando-se as acusações generalizadas em torno da corrupção, da burocracia ineficiente e dos entraves ao crescimento econômico, em especial à liberdade de mercado.

O Estado de exceção não é visível e facilmente identificável, ele é mascarado numa roupagem de falsa legalidade. Os limites e garantias assegurados na Constituição são rompidos por leis infraconstitucionais (Pires, 2021).

Pires, esclarece que:

“[...] Os estados de exceção do terceiro milênio necessitam de um espírito de maior contribuição do Direito. Em nosso tempo, a vontade política não age apenas para submeter o Direito, mas, antes, conta com a sua espontânea adesão. Nos estados de exceção, o Direito é cooptado pela vontade política, e a ela serve docilmente.

[...] Os estados de exceção contemporâneos precisam do Direito em fiel submissão, participação ativa, adesão franca, porque o direito confere um verniz de racionalidade.

[...] Para conseguir existir e sobreviver na atualidade, os estados de exceção não podem simplesmente subjugar o Direito, precisam dele como parceiro, voluntariamente a serviço e com amor à causa.” (Pires, 2021: 27).

A vontade de empresas transnacionais e organismos internacionais como o Fundo Monetário Internacional (FMI), a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e Banco Mundial são convertidas na vontade do próprio povo, tal como se prega nos discursos de redução dos direitos trabalhistas.

As alterações dos direitos trabalhistas com fins de precarização são identificadas em documentos oficiais, como exposições de motivos de alterações legislativas tidas como interesse dos próprios cidadãos em terem seus direitos reduzidos ou extintos.

No Relatório Geral ao PL No 7, de 2015 – CN (PLOA 2016), foi realçado como um dos motivos para a drástica redução orçamentária da Justiça do Trabalho a elevada carga protetiva dos entendimentos firmados na Justiça do Trabalho, que atuava, segundo o Relator, com posicionamentos “extremamente condescendentes com o trabalhador” e “[...] danosa às empresas e ao nosso desenvolvimento econômico [...]” (Brasil, 2015: 19-20).

No mesmo projeto consta que essa política social, danosa às empresas, também era contrária aos interesses da classe trabalhadora. Desse modo, o Relator do projeto equiparou os interesses empresariais na busca do incremento econômico aos interesses do próprio Estado, em uma clara cooptação do poder político pelo poder econômico.

Foram propostas algumas medidas para assegurar a modernização das relações entre capital e trabalho como “sucumbência proporcional; justiça gratuita só com a assistência sindical; e limite de indenização de 12 vezes o último salário” (Brasil, 2015: 19).

Posteriormente, a Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, denominada de reforma trabalhista, impôs o pagamento de honorários sucumbenciais que alcançam até mesmo a parte beneficiária da concessão dos benefícios da justiça gratuita, a ser deduzido de seu crédito (§4º do art. 791-A da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT) de modo a impossibilitar o acesso do vulnerável ao Poder Judiciário.

A violência inerente à lei (*lawfare*) foi utilizada, assim, para dificultar o acesso do trabalhador à justiça, já que este acesso se tornara mais caro devido às alterações das normas atinentes à justiça gratuita, e a instituição dotada da competência para dirimir estes conflitos foi ameaçada quanto à possibilidade de sua manutenção e subsistência orçamentária. (Brasil, 2017) A Justiça do Trabalho foi enquadrada, controlada e intimida com a redução orçamentária e a ameaça direta de sua extinção.

A ameaça e coação ao Poder Judiciário com o objetivo de implementar a pauta neoliberal também se voltou contra o Supremo Tribunal Federal (STF). Em 7 de setembro de 2021 foi estimulada a paralisação dos caminhoneiros para o fechamento da Corte com vários pontos de reivindicações, mas com o propósito específico de inviabilizar a votação da corte quanto a demarcação de terras indígenas. Há notícias de que “Relatórios da PF mencionam que “o setor do agronegócio está pegando ‘carona’ nas manifestações do 7 de Setembro para mobilizar os caminhoneiros a favor da pauta do Marco Temporal (para a demarcação de terras indígenas, em votação no STF) e outros temas do interesse das categorias” (Rollsing e Trezzi, 2021).

Verifica-se, portanto, que há um mecanismo que atua como uma vigilância e ameaça constante às instituições estatais para a implementação de objetivos específicos, pautada no interesse econômico.

Cria-se um discurso de que a “modernização” da legislação tem o objetivo de ajudar o país a superar a crise econômica. Tal crise, contudo, é criada artificialmente para atender a objetivos de setores financeiros e se presta ao papel de controlar o modo de ser e pensar das pessoas, ou seja, “o que chamam de “crise” é, na verdade, um modo de governar as pessoas” (Casara, 2017: 12). Além disso, conforme o mesmo autor, a crise deveria ser provisória, mas sob a perspectiva neoliberal ela se torna permanente, apenas com a alteração do motivo que a enseja.

Esse discurso oculta e esconde o racismo estrutural e a segregação de trabalhadores pretos, que sempre foram objeto das piores formas de exploração do trabalho como a escravidão e que na atualidade continuam sentindo os efeitos desse racismo estrutural e segregador. Isto porque, entre o 1º e 2º trimestre de 2020, mais de 6,4 milhões de homens e mulheres pretos tornaram-se desalentos, ou seja, aquelas pessoas que

perderam ou deixaram de procurar emprego por não acreditar ser possível se reempregarem. Além disso,

“Dos 8 milhões de pessoas que perderam o emprego entre o 1º e o 2º trimestre de 2020, 6,3 milhões eram negros e negras, o equivalente a 71% do total. Entre o 4º trimestre de 2019 e o 2º de 2020, cerca de 72% ou 8,1 milhões de negros e negras estavam em situação vulnerável no país.” (Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos [DIEESE], 2020: 3).

Não é só a falta de empregos entre a população preta que é alta. Essa população também sente de forma mais efetiva os efeitos da polícia sobre os seus corpos, uma vez que o encarceramento da população preta é maior que da população branca (Wacquant, 2011).

O discurso neoliberal na realidade é um discurso estético e impositivo, um comando que estabelece o modo de ser e pensar das pessoas, o correto, incorreto, o bonito, o feio, o bom e o ruim. Além disso, estabelece os inimigos a serem combatidos e as táticas de realização, com comandos como “lute contra isto desta ou daquela maneira”. (Foucault, 2008a: 5-6). É o domínio intelectual sob a população e os meios de comunicação precorridos por Hayek, autor neoliberal (Hayek, 2010).

Com o objetivo de alcançar esse propósito, todas as formas de questionamento dessas políticas são alçadas à figura de inimigos e seus representantes são atacados. Não raro presencia-se o ataque ou tentativa de intervenção em Universidades Públicas. O ataque às Universidades e professores decorre do fato de que estes locais são centros de questionamentos do Poder e das políticas que estão sendo implementadas. (Pires, 2021).

Essa tentativa é vista, por exemplo, com a edição da Medida Provisória 979, de 9 de junho de 2020⁽¹⁾, que autorizava a designação de dirigentes para as instituições federais de ensino durante o período da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia da Covid-19. (Pires, 2021).

As catástrofes naturais e provocadas pelo homem, como a pandemia decorrente da Covid-19, são verdadeiras oportunidades para promover alterações legislativas que em situações de normalidade não seriam sequer propostas. O Estado aproveita-se do choque provocado pela situação anormal como uma oportunidade de alteração. Assim, antes que a população se recupere dos efeitos do desastre, medidas com o pretexto de serem provisórias são aprovadas. Todavia, essas políticas provisórias acabam produzindo seus efeitos e permanecendo após a situação de choque (Klein, 2008).

A situação de choque também foi utilizada para flexibilizar direitos econômicos e sociais constitucionalmente garantidos, como a irredutibilidade salarial. Na perspectiva das garantias constitucionais, apenas acordo coletivo ou convenção coletiva chancelados pela entidade sindical da categoria profissional poderiam flexibilizar essa garantia do

(1) A Medida Provisória não foi convertida em lei.

trabalhador. Na situação de crise econômica decorrente da Covid-19, o referido direito foi flexibilizado pela Medida Provisória Nº 936, de 1º de abril de 2020 (Brasil, 2020a), convertida na Lei Nº 14.020, de 6 de julho de 2020, por mero acordo individual (Brasil, 2020c). A referida Medida Provisória foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.363, cuja medida cautelar foi indeferida, vencidos o Ministro Ricardo Lewandowski (Relator), que deferia em parte a cautelar, e os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, que a deferiam integralmente (Brasil, 2020d). Os trabalhadores são docilizados e adestrados para aceitarem facilmente as mudanças que lhe são prejudiciais. A propaganda midiática atua colocando “a população contra os grevistas, apresentando-os como desordeiros, nocivos à população e contrários ao interesse geral”, interesse esse que se resumiria aos propósitos econômicos e financeiros (Comsky, 2014: 13). Assim, os manifestantes e insurgentes são alçados à figura de inimigos a serem combatidos. Por outro lado, as manifestações em prol dos interesses neoliberal como a manifestação de 7 de setembro de 2021 é propagandeada como defesa dos interesses da nação e luta pelo bem do país.

Os cidadãos agem e votam contra seus próprios interesses, pois a sua subjetividade é capturada por uma mídia colonizadora e voltada à disciplina social. São criados sofismas, ou falsas verdades, que são eleitas como uma racionalidade inquestionável que são utilizadas para confundir os adversários em uma discussão (Merlin, 2017).

O neoliberalismo não funciona apenas como um plano econômico, mas atua colonizando a subjetividade por meio da criação de uma cultura pautada na meritocracia e no consumismo (Merlin, 2017). Essa cultura, contudo, como todo sofisma, esconde os benefícios de alguns pelo nascimento, pela corrupção (entradas laterais) e pelas condições familiares e culturais a que tiveram acesso (Sandel, 2020).

A população, contudo, acredita fielmente nestes sofismas, uma vez que a mídia é essencialmente patrocinada por grandes corporações e utilizam os conceitos neoliberais como se fossem verdades hipnóticas, atuando na mais profunda subjetividade de indivíduos e grupos. (Merlin, 2017). O cidadão acredita fielmente que um dia, por seu próprio esforço, ele também poderia alcançar a posição dos mais abastados, mas a realidade mostra que a desigualdade social atual é maior que a existente na época do feudalismo e que a possibilidade de os cidadãos conseguirem uma melhoria em sua condição de vida é mínima. (Sandel, 2020).

Assim, o verdadeiro objetivo da subjugação e exploração não é revelado. A população aceita passivamente as alterações contrárias aos seus interesses, acreditando que tais alterações lhe serão benéficas. Os governantes se dizem defensores da liberdade e da vontade popular, mas, na realidade, são cooptados pelo poder econômico. (Pires, 2021).

O Poder Econômico, como todo poder que não é limitado, tende a atuar de forma abusiva e a subjugar os cidadãos que lhe são submetidos (Ferrajoli, 2014). O Poder econômico

deve ser limitado para o bem comum do Estado e submetido à uma lei superior que assegura a verdadeira justiça.

É a Constituição que assegura os limites materiais e formais como garantia de que maiorias de ocasião não se sobreponham ao interesse geral da população (Ferrajoli, 2014). No caso dos direitos sociais a garantia material assegurada pela Constituição é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, pautada na dignidade da pessoa humana, tendo como objetivo a melhoria das condições de vida e redução da pobreza e marginalização. Os direitos econômicos não são relegados, mas deve haver um balanceamento entre capital e trabalho em prol da dignidade humana, tal como previsto no art. 1º, IV, e 170 da CRFB/1988.

O racismo estrutural e colonizador também pode ser minimizado pela implementação dos princípios e valores constitucionais com a punição do racismo, e promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme art. 3º, IV, da CRFB/1988.

Contudo, a governamentalidade neoliberal deteriora a dinâmica jurídica, rebaixando o discurso do Estado Democrático de Direito, no plano fático, a uma dinâmica de *lawfare*: com os corpos dominados e objetificados pela engrenagem do sistema econômico exploratório-colonial, com os seus saberes locais desaparecendo em razão da negação de sua existência por parte do colonizador, os povos indígenas e os negros foram sendo apagados, aniquilados e descartados. Assim modernidade e colonialidade se afirmam como duas faces de um mesmo fenômeno.

Para Mbembe, a soberania tem sua expressão máxima quando ocorre “a produção de normas gerais por um corpo (povo) composto por homens e mulheres livres e iguais.” O poder exercido pelo sistema-mundo-moderno-colonial é um poder soberano que leva a uma decisão final quanto a quem pode viver e quem deve morrer. Para Mbembe, o plano de um sistema globalizado e universal concretiza uma dinâmica de poder soberano cujo projeto central não é a luta pela autonomia, mas a “instrumentalização generalizada da existência humana e a destruição material de corpos humanos e populações”. Trata-se do necropoder e seus modos de atuação. (Mbembe, 2018: 10).

Segundo a estrutura de poder colonial-soberano, o valor do progresso econômico tem mais expressão do que direitos e garantias de subjetividades e de populações, fragilizando-se a viabilidade de culturas e de ecossistemas não orientados pela utilidade econômica segundo a globalização dos mercados. Com a imposição da normalidade microfísica, tais corpos e populações tornam-se obstáculos aos empreendimentos adequados à globalização contemporânea dos mercados. Realiza-se, assim, um processo de normalização social, pautado na subalternização, no silenciamento e no extermínio de corpos e de coletividades potencialmente transgressores. Daí os dispositivos bio-necro-políticos a nutrir o *lawfare* no Brasil contemporâneo.

Conclusão

As filtragens da filosofia social crítica e decolonial confirmam a colonialidade do saber-poder que delinea a dinâmica e as instituições políticas e jurídicas do Brasil atual. A conexão entre os conceitos governamentalidade neoliberal, racismo de Estado, Estado de exceção e necropolítica confirma o perfil paradoxal de um Estado que zela pela cidadania de alguns a partir da subalternização, do silenciamento e do extermínio de outros: subjetividades, populações, culturas e ecossistemas que divergem da normalização em torno da utilidade econômica dos corpos e coletividades.

Com a cisão racializada entre a parcela sã/normal e aquela insana/anormal, estruturantes das dinâmicas sociais contemporâneas, assiste-se a uma reverberação de toda uma tradição moderno-colonial, pautada na subalternização e na eliminação das diferenças. Assim o conceito contemporâneo *lawfare* se mostra um claro elemento de permanência da colonialidade do saber-poder.

O diferente aquele que não é empregável e que não se enquadra nos padrões normais do sistema tem o acesso à justiça dificultado por mecanismos legais que tornam caro o acesso à justiça como a imposição de honorários advocatícios ao beneficiário da justiça gratuita. A população preta também continua sendo excluída do sistema por um racismo estrutural que franqueia altos índices de desemprego e segregação a tais pessoas. Atua sobre o Poder Judiciário um mecanismo de controle que não possibilita a concessão de direito ao pobre, ao negro e aos índios.

A tradição colonial se mantém atualizada pelo fascismo social contemporâneo, o que se evidencia pelas posturas institucionais no âmbito do aparato político-jurídico brasileiro. Quando as pretensas políticas públicas não chegam a ser mais do que políticas de Estado, o que fala mais alto é o velho e ainda novo racismo de Estado através da governamentalidade neoliberal, um Estado de exceção permanente que atua direta e sistematicamente em prol da nudificação e da morte física e existencial de subjetividades, populações, culturas e ecossistemas.

Referencias

Agamben, Giorgio 2004 (2003). *Estado de exceção* (São Paulo: Boitempo).

----- (1995). *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua* (Belo Horizonte: Editora UFMG).

Brasil 2020a *Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020*. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo Nº 6, de 20 de março de 2020 [...] (Brasília: Presidência da República), http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv936.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.

Brasil 2020b *Medida Provisória Nº 979, de 9 junho de 2020*. Dispõe sobre a designação de dirigentes pro tempore para as instituições federais de ensino durante o período da emergência de saúde pública [...] (Brasília: Presidência da República), http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv979.htm. Acesso em: 11 de out. 2021.

Brasil 2020c *Lei Nº 14.020, de 6 de julho de 2020*. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda; dispõe sobre medidas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo [...] (Brasília, DF: Presidência da República), http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14020.htm#:~:text=Institui%20o%20Programa%20Emergencial%20de,decorrente%20do%20coronav%C3%ADrus%2C%20de%20que. Acesso em: 30 ago. 2021.

Brasil 2020d Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 6363/DF*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Redator: Alexandre de Moraes. Plenário (Brasília, DF: STF), <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1130469281/referendo-na-medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-6363-df-0089460-1120201000000>. Acesso em: 11 out. 2021.

Brasil 2017 *Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017*. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974 [...] (Brasília, DF: Presidência da República), http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.

Brasil 2015 Congresso Nacional. *Relatório final: Projeto de Lei Orçamentária Para 2016 (PLN no 7, DE 2015-CN)* (Brasília: Conjur). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/relatorio-comissao-congresso.pdf>. Acesso em: 30 set. 2021.

Casara, Rubens Roberto Rebello 2017. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. (Rio de Janeiro: Civilização Brasileira).

Castel, Robert 2017 (1998) *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário* (Petrópolis: Vozes).

Chomsky, Noam (2014). *Mídia: propaganda política e manipulação*. (São Paulo: Martins Fontes).

Comaroff, Jean y Comaroff, John L 2006 (2004). *Violencia y ley en la poscolonia: una reflexión sobre las complicidades Norte-Sur; Obsesiones criminales después de Foucault: poscolonialismo, vigilancia policial y la metafísica del desorden*. (Buenos Aires: Katz). Vol. 30.

Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos - DIEESE 2020 "Desigualdade entre negros e brancos se aprofunda durante a pandemia" em *Boletim Especial* (São Paulo) Vol. 3, <https://www.dieese.org.br/boletimespecial/2020/boletimEspecial03.pdf>. Acesso em: 12 out. 2021.

Dunlap Junior, Charles 2001. "Law and military interventions: preserving humanitarian values in 21st conflicts", Conference Carr Center for Human Rights Policy Kennedy School of Government, Harvard University, Washington, 29 de November.

Dussel, Enrique 2016. "Transmodernidade e interculturalidade: interpretação a partir da filosofia da libertação" em *Revista Sociedade e Estado* (Brasília) Vol. 31, Nº 1.

Ferrajoli, Luigi 2014 (2011). *Poderes selvagens: a crise da democracia italiana* (São Paulo: Saraiva).

- Foucault, Michel 2014** (1978). *Microfísica do poder* (São Paulo: Paz e Terra).
- , **2010** (1976). *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)* (São Paulo: Martins Fontes).
- , **2008a** (1978). *Segurança, território, população: curso no Collège de France (1977-1978)* (São Paulo: Martins Fontes).
- , **2008b** (1979). *Nascimento da biopolítica: curso no Collège de France (1978-1979)* (São Paulo: Martins Fontes).
- Hayek, Friedrich August von 2010** (1944). *O caminho da servidão* (São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil).
- Klein, Naomi 2008** (2007). *A doutrina do choque: a ascensão do capitalismo de desastre* (Rio de Janeiro: Nova Fronteira).
- Marx, Karl 1978**. *Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos* (São Paulo: Abril Cultural).
- Mbembe, Achile 2018** (2011). *Necropolítica* (São Paulo: N-1 edições).
- Merlin, Nora 2017**. *Colonización de la subjetividade: Los médios massivos em la época del biomercado* (Buenos Aires: Letra Viva).
- Mignolo, Walter 2005**. "A colonialidade de cabo a rabo: o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da modernidade" em Lander, Edgardo (comp.) *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latinoamericanas* (Buenos Aires: CLACSO).
- Mignolo, Walter 2007**. "El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura: um manifesto" em Castro-Gómez, Santiago y Grosfoguel, Ramón (comps.) *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global* (Bogotá: Siglo del Hombre-Iesco-Pensar).
- Pires, Luiz Manuel Fonseca 2021**. *Estados de exceção: a usurpação da soberania popular* (São Paulo: Editora Contracorrente).
- Quijano, Anibal 2020** (2014). *Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder* (Buenos Aires: CLACSO).
- Ribeiro, Darcy 2015** (1995). *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil* (São Paulo: Global).
- Rollsing, Carlos e Trezzi, Humberto 2021**. *Associações do agronegócio são investigadas pela PF por estimular paralisação de caminhoneiros* (Porto Alegre: Gauchazh), <https://gauchazh.clicrbs.com.br/politica/noticia/2021/09/associacoes-do-agronegocio-sao-investigadas-pela-pf-por-estimular-paralisacao-de-caminhoneiros-cktdehqgm009s01931pzmnlr.html>. Acesso em: 9 out. 2021.
- Sandel, Michel J 2020**. *A tirania do mérito: o que aconteceu com o bem comum?* (Rio de Janeiro: Civilização Brasileira).
- Wacquant, Loïc 2011** (1999). *As prisões da miséria* (Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor).

Mesa 6

Lawfare y judicialización de la política.

Antecedentes históricos para pensar el presente e imaginar el futuro

Pablo Martín Giurleo

Marianela Molinier

PABLO MARTÍN GIURLEO*

La judicialización de la política en tiempos de neoliberalismo

Política, Justicia y medios de comunicación en la Argentina de Cambiemos

Introducción

El fenómeno de la “judicialización de la política” que refiere a acciones institucionalizadas de control de las decisiones ejecutivas –desde los ciudadanos o desde el poder real hacia los decisores públicos– adoptó la forma dramática del *Lawfare* en la Argentina gobernada por la coalición Cambiemos (2015-2019), con una fenomenal eficacia política comunicacional para la estigmatización y denostación de figuras políticas “opositoras”, sostenido en herramientas jurídicas y comunicacionales de alto impacto en el espacio público. En esta ponencia, pretendemos analizar algunos de estos mecanismos vinculados al *Lawfare* a partir de los siguientes interrogantes: *¿qué tipo de actores y de acciones se desplegaron en el Lawfare durante la Argentina neoliberal de la coalición Cambiemos?, ¿cuáles fueron los factores del contexto político institucional local y continental que posibilitaron el surgimiento de este dispositivo?, ¿cuáles son las condiciones sociales que permitieron su eficacia como tipo de acción política en la Argentina actual?*, lo que nos conducirá a interrogarnos por las características de nuestras democracias actuales, las formas de representación política y el espacio cada vez más preponderante del Poder Judicial dentro de la arquitectura institucional de nuestras naciones.

Al mismo tiempo, el *Lawfare* como dispositivo de control y herramienta de la disputa política, requiere que analicemos los mecanismos sociales que garantizan su eficacia política considerando que aunque muchos dispositivos, durante el transcurso de este siglo,

(*) Licenciado en Sociología (UNLP) y Magister en Ciencias Sociales (UNGS – IDES). Extensionista e Investigador (UNLP). Profesor Adjunto de la materia “Problemas Sociológicos Contemporáneos” (FPyCS – UNLP). Actualmente se desempeña como Director Provincial de Protección de Derechos Humanos de la Subsecretaría de Derechos Humanos de la pcia. de Buenos Aires.

se han propuesto debilitar a los gobiernos populares latinoamericanos en los tiempos de la democracia y a sus figuras más representativas, no han logrado ni la eficacia ni el nivel de impacto del *Lawfare* para tal cuestión, lo que nos interpela en el uso de nuestra imaginación sociológica a fin de poder responder a los interrogantes planteados para desentrañar las características más salientes de este dispositivo de la política actual.

Los antecedentes de la judicialización de la política en la Argentina

Aunque el *Lawfare* es un fenómeno relativamente novedoso en la política argentina, la llamada *judicialización de la política* da cuenta de acciones y prácticas que emergieron con el retorno de la vida democrática a los países del cono sur de este continente, luego de la larga noche de las dictaduras militares que asolaron nuestras naciones desde finales de los años 60' hasta las últimas décadas del S. XX.

En Argentina, el concepto de derechos comenzó a significar con mucha fuerza como herramienta para la resolución de conflictos, y como fundamento para la adhesión del discurso público a las instituciones de la justicia: "el discurso público argentino endiosa la adhesión a la democracia como el único juego político legítimo y el respeto por los derechos humanos como el umbral de justicia en las instituciones básicas de la sociedad, más allá de los desacuerdos interpretativos entre diferentes concepciones acerca de estos dos ideales políticos" (Maurino, 2009:68). En tal contexto, florecieron oportunidades políticas propicias para la judicialización de la política

Hace casi una década (Giurleo, 2012), definíamos a la *judicialización* como a ciertas prácticas que consisten en llevar a los estrados judiciales un conflicto de intereses, y la analizábamos en relación a las demandas sociales que organizaciones y actores de barrios populares interponían ante el Poder Judicial de la ciudad de Buenos Aires, solicitando la resolución de conflictos urbanos y ciudadanos ligados al "derecho a la ciudad"⁽¹⁾, sobre los que primaba la ausencia de respuesta del Poder Ejecutivo local y sus organismos. Fueron varios los autores y autoras que analizaron algunas de estas cuestiones, como González Bombal (1996.6), sobre la justicia institucional como referente de las acciones colectivas; Smulovitz (2001; 2008), en cuanto a la capacidad de la judicialización de la política para enmarcar las acciones colectivas, configurar la identidad de los demandantes y modificar la estructura de oportunidades políticas; Boaventura de Sousa Santos (2006), respecto al impacto que la "judicialización de las demandas sociales" podía producir en la eficacia de las estructuras estatales diseñadas para canalizar reclamos sociales; y Bohmer (2005:70), quien señaló que "el incremento de las acciones

(1) Ozlak (1991:24) lo vincula al derecho a la disposición y uso del espacio urbano, con lo cual el derecho a la ciudad sería "la capacidad de fijar residencia dentro del espacio urbano... para usufructuar los bienes implantados sobre el mismo, permitiendo el acceso a otros bienes y servicios en virtud de la relación espacial entre estos y el lugar de residencia o actividad".

provenientes de actores de la sociedad civil y el mayor impacto del Poder Judicial en el juego político son una de las características salientes del contexto societal de la última década". Sobre la cuestión también se refirieron el CELS (2008) y Abramovich (2009), entre otros.

Desde aquella primera respuesta de la justicia en 1979, a una petición de la "Comisión de demandantes de los barrios de emergencia de Capital Federal" a los fallos que reconocen derechos económicos, sociales y culturales (nos referimos a los DESC) a los pobladores de barrios populares y obligaron a los gobiernos a actuar, la judicialización de la política demostró que, como acción política repercutía en las formas de organización y acción de los pobladores al tiempo que aportaba recursos simbólicos y materiales a partir de la alianza con otros actores involucrados en la disputa, por lo que la acción política judicializada lograba ser una herramienta para la satisfacción de demandas sociales.

Sin embargo, como otra cara del mismo asunto –léase: intromisión del Poder Judicial en el ámbitos y problemáticas reservadas a la acción ejecutiva– surgieron otras formas de judicialización de la política en Argentina y otros países latinoamericanos, que combinaron la actuación de jueces, servicios de inteligencia y periodistas, entre otros, para el debilitamiento de gobiernos, dirigentes y figuras de la política. El punto en común entre aquellas acciones que judicializaban demandas sociales y el *Lawfare*, como formas de judicialización de la política, tiene que ver con el protagonismo que asume el Poder Judicial y sus decisiones para dirimir cuestiones de la política. Sin embargo, el *Lawfare*, como veremos a continuación, más que pensarse como acción puntual debe ser definido como un dispositivo para la política, conformado por un conjunto de piezas que responden a un plan estratégico para la consecución de un fin. Lo que podía entenderse como la intervención de jueces y funcionarios judiciales en la política a partir de la acción y la alianza entre actores civiles, y la búsqueda de canales novedosos para interpelear al estado, con el *Lawfare* debe observarse como un plan estratégico conformado por un complejo dispositivo de poder, basado en decisiones judiciales y en la mediatización de las mismas con el fin de expandir ciertas ideas, sentidos y significados que buscan atribuirse, en forma negativa, a proyectos, figuras y dirigentes políticos.

¿Qué es el *Lawfare*? Las acciones y los actores

Cuando mencionamos al *Lawfare* no estamos hablando de una "acción política" sino de un dispositivo montado "para la guerra", que forma parte de una táctica elaborada en función de un plan estratégico de *desestabilización* política⁽²⁾. La marca de época

(2) El periodista José Natanson define al *Lawfare* como a "la utilización de los jueces como herramienta de persecución política a través de la creación de "maxiprocesos" que involucran un alto nivel de espectacularización, y por lo tanto exigen una relación fluida entre el Poder Judicial y los medios de comuni-

que porta el término desestabilización, mas vinculada al juego cómplice de medios de comunicación y poderes institucionales que a la fuerza militar, como antaño, nos resulta adecuada para caracterizar los objetivos del *Lawfare* en este contexto histórico. A diferencia de los golpes de estado tradicionales que se aplicaron en Latinoamérica mediante la acción militar directa, la desestabilización por intermedio del *Lawfare* busca, entre otras cosas debilitar las instituciones políticas de un estado y menoscabar la autoridad de sus gobernantes.

En este contexto, el *Lawfare* involucra una serie de pasos que se encadenan en pos del objetivo final de desestabilización, cuyo resultado final puede ser: la finalización de un mandato democrático; la imputación, procesamiento y condena de ciertos dirigentes y figuras de la política para dejarles fuera del juego político vía el escarnio; la obstaculización y debilitamiento de movimientos sociales, partidos políticos y fuerzas políticas "opositoras"; y el linchamiento mediático de ciertas figuras de la política, con acciones de uso y abuso de denuncias e instrumentos judiciales, lo que dota a los actores judiciales de un gran poder de decisión y "actuación" en cuestiones públicas y en escenarios donde se construye el descrédito vía la calumnia e injuria de ciertos objetivos políticos.

En tal sentido, lo que conocemos como *Lawfare* posee alcances concretos que se encarnan en la administración del derecho y las políticas de justicia junto a la posterior escenificación mediática de las cuestiones. Sus ejecutores son jueces y funcionarios judiciales que actúan en complicidad con agentes de inteligencia, periodistas, personajes mediáticos y/o agentes para - estatales.

Entre los casos resonantes de *Lawfare* en Latinoamérica podemos mencionar a los juicios políticos contra presidentes electos como Lugo en Paraguay, en 2012; Dilma Rousseff en Brasil, en 2016); la persecución a figuras de la "oposición" política (Glass y Rafael Correa en Ecuador; Lula en Brasil; Cristina Fernández de Kirchner y ex funcionarios y figuras representativas de la etapa kirchnerista en Argentina como Julio de Vido; Amado Boudou y Milagro Sala, entre otros); operaciones de largo alcance como el llamado "Lava Jato"⁽³⁾, que comenzó en 2014 en Brasil; y la "Causa de los cuadernos", 2018 en Argentina, y el "Memorándum con Irán", de 2013, judicializado a partir de 2015 en la Ar-

cación" (Diario Página/12, edición del día 3/12/2019). Para Camila Wollenwidwer y Silvina Romano, el *Lawfare* refiere a "el uso indebido de instrumentos jurídicos para fines de persecución política, destrucción de imagen pública e inhabilitación de un adversario político. Combina acciones aparentemente legales con una amplia cobertura de prensa para presionar al acusado y su entorno (incluidos familiares cercanos), de forma tal que éste sea más vulnerable a las acusaciones sin prueba. El objetivo: lograr que pierda apoyo popular para que no disponga de capacidad de reacción" (CELAG). El mismo Papa Francisco se ha referido a la nocividad de sus efectos para las democracias contemporáneas "para garantizar la calidad institucional de los estados, es fundamental detectar y neutralizar este tipo de prácticas, que resultan de la impropia actividad judicial en combinación con operaciones multimediáticas paralelas" (Diario La Nación, 2019).

(3) "Una de las claves del Lava Jato, es que resulta "innovador" a nivel regional por su método para obtener pruebas y usar la inusual figura de la delación en amplia escala" (CELAG)

gentina. En el mismo sentido, Bielsa y Peretti (2019:22) incluyen “las denuncias sobre el hijo de la presidenta de Chile, Michele Bachelet; la destitución de Pedro Pablo Kuczynski en 2018, en Perú; el triunfo de Bukele en El Salvador en 2019, y los ataques al sucesor de Nicolás Maduro en Venezuela”.

¿Cuales son los factores que explican el surgimiento de este dispositivo hoy?

En cuanto a los factores que conforman el contexto político en el que surge el *Lawfare*, podemos mencionar a ciertas características de las democracias contemporáneas en relación al rol que se ha otorgado a la justicia institucional en nuestros países, sobre las que autoras como Pilar Domingo (2009) han señalado que “la creciente importancia que se ha dado a los derechos ciudadanos y sociales como las garantías mínimas que podría ofrecer el contrato social actual para la ciudadanía, han permitido la expansión de la judicialización de la política en el contexto político latinoamericano. Esta apropiación de derechos y discursos jurídicos para judicializar problemáticas que antes se confiaban a la resolución de los órganos ejecutivos, se ha traducido en un crecimiento del activismo judicial y en una mayor presencia de los discursos políticos que se referencian en los “derechos del ciudadano” como fórmula de construcción de los estados de derecho”. En dicho contexto, el Poder Judicial se recorta con una relevancia inédita en el contexto institucional local.

También debemos señalar a los cambios en los modos de representación política, con foco en el vínculo entre “gobiernos” y “sociedad civil”, en donde la representación política daría cuenta de un lazo que media entre ambos. Los cambios a los que refieren autores como Manin (2012), tienen que ver con que en la era de la democratización de lo público, el voto deja de hacerse de acuerdo criterios *clasistas* para dar paso a la “personalización de la opción electoral”, en donde los electores eligen y votan a una persona y no a un partido o programa, lo que redundo en una creciente personalización del poder (de partido político a líder) para lo que juegan un rol fundamental las nuevas técnicas de comunicación, dado que los electores votan de acuerdo a como “perciben” a los candidatos, por lo que los medios de comunicación (no solo los que se conoce como “masivos”) comienzan a ser formadores de opinión y orientadores del voto⁽⁴⁾. El político utiliza, para equivocarse lo menos posible, encuestas de opinión y otras técnicas de opinión pública junto a la “puesta en escena” de algunas cuestiones, lo que refuerza especialmente la

(4) Manin agrega que los comportamientos (electorales) ya no se explican por las características sociales de los electores sino por “lo que les es presentado” (como agenda). Por ello, los candidatos definen una “agenda de problemas” y se supone que el electorado “reacciona” (su voto es reactivo) ante los términos que le son expuestos y propuestos en la escena pública. El representante es un actor que toma la iniciativa de proponer un principio de escisión; busca descubrir las divisiones del electorado y lleva algunas de ellas a la “escena pública”.

importancia de la *gestión de la imagen* de los candidatos de turno, a partir de la cual se libran batallas para “instalar”, “endiosar” o “denigrar” a otros y otros. En algunos casos, y en función de esos objetivos, es que emergieron los “linchamientos mediáticos”, expresamente tipificados como delito en países como Ecuador⁽⁵⁾. Los gobernantes hoy son elegidos de acuerdo a “imágenes” que pasan a funcionar como una representación simplificada y que aparenta ser un simple recurso informativo.

Por otro lado, debemos mencionar el rol del Poder Judicial en el entramado institucional del poder, sobre el que la CELAG argumenta: “el Poder Judicial se ha convertido en los últimos años en un potente espacio desde donde desplegar, casi sin limitaciones, estrategias de desestabilización y persecución política, hasta colocarse muy lejos del principio republicano del equilibrio de poderes. Es el único que no deriva de la voluntad popular sino de complejos mecanismos de designaciones políticas y concursos, sumado a privilegios que los demás poderes no tienen. Esto le permite operar políticamente bajo un completo manto de institucionalidad. Se persiguen objetivos similares a los que otrora buscaban las Fuerzas Armadas: deslegitimar y perseguir figuras políticas populares opuestas a sus intereses. Lo hacen a través de “expertos”, que manejan un lenguaje técnico objetivo (el lenguaje jurídico), que se jacta de no estar contaminado por la política”. En nuestras democracias entonces, el Poder Judicial se ha convertido en un importante espacio de poder vinculado al decisionismo.

En el mismo sentido, Martín Böhmer (2005:70) destaca que “el incremento de las acciones provenientes de actores de la sociedad civil y el mayor impacto del Poder Judicial en el juego político son una de las características salientes del contexto societal de la última década”. De tal forma, el Poder Judicial, que es el poder contramayoritario por excelencia, inaugura un espacio con características que bien podrían entenderse como anti republicanas, sobre todo en lo referido a la legitimidad de sus decisiones: los Jueces no son elegidos por los electores y sin embargo, sus mandatos son “eternos” mientras dure su buena conducta. A ello habría que sumar nuevos verbos para caracterizar su accionar: pueden *destituir; acusar; encarcelar, etc.*

Sin embargo, a la descripción de los tipos de acciones que conforman el *Lawfare*, los actores que involucra y los factores contextuales que cobijaron su emergencia, debemos señalar cuales son las razones de su eficacia política, en nuestro caso, centrándonos en la experiencia argentina. De acuerdo a ello, en el punto siguiente vamos a tratar de desentrañar las razones de su eficacia, y de explicar porque creemos que dicha eficacia está debe rastrearse en ciertas condiciones sociales, culturales e históricas de la República Argentina.

(5) En la República del Ecuador, de la mano de la Ley Orgánica de Comunicación (LOC), promulgada en el año 2013, en donde se institucionalizaron nuevas figuras jurídicas como el “linchamiento mediático” y la “censura previa”.

La eficacia del *Lawfare* en la Argentina

Un sociólogo cubano, profesor de la Universidad de Princeton: Alejandro Portes (1990), señalaba que “las interacciones sociales entre dos o más personas se encuentran encajadas o incrustadas en el mundo social”, de manera que todos los hechos se encuentran “inscriptos” en un mundo social e histórico determinado, de lo que se deduce que no podría pensarse en una *norma jurídica* o en una *decisión judicial* por “afuera del mundo real”, como si se desarrollase en una burbuja despegada del mundo social. Por el contrario, todas las normas suponen una interacción “encajada” o “incrustada socialmente”.

Esta referencia nos permitiría profundizar en los problemas “reales” de las instituciones, porque en forma contraria a lo que sostienen las teorías clásicas de la acción racional, donde la eficacia de una norma dependería únicamente de las transacciones o la buena voluntad que se dan entre sujetos racionales –con lo cual, si las leyes son lo suficientemente “buenas” deberían funcionar “bien”–, el entorno social y las culturas locales son las que logran la eficacia o no de las normas. Vale decir: la eficacia de una norma depende en mayor medida de la cultura organizacional y el entorno en donde se desarrolla antes que de su pureza en términos jurídicos. Este es el problema del *encaje social* de la acción racional que propone el estudio de las instituciones, donde “la interacción entre los sujetos racionales fluye desde lo más profundo, desde lo simbólico del mundo social”. Esto nos habla de la importancia de incluir en los análisis sobre la eficacia, a los *mecanismos sociales de funcionamiento*, que son aquellos engranajes que logran que un dispositivo sea eficaz o no en función de ciertos objetivos.

De acuerdo a ello, y después de describir como está construido este dispositivo llamado *Lawfare* vamos a analizar como son los mecanismos sociales que garantizan la eficacia política del *Lawfare*, considerando que aunque muchos dispositivos se ensayan en función de debilitar a gobiernos populares como los latinoamericanos o a figuras de la oposición política, lo cierto es que no todos los dispositivos logran ser eficaces. Con lo cual, desde las ciencias sociales, podemos decir: la eficacia del *Lawfare*, en tanto dispositivo político comunicacional –nos referimos a un conjunto de piezas que se disponen para lograr una función determinada– se puede explicar por la activación de ciertos mecanismos sociales que son los que han garantizado su funcionamiento, eficacia y éxito, en función de sus objetivos.

Las acciones del *Lawfare* en la Argentina

En tanto dispositivo político comunicacional, el *Lawfare* adquirió una dramática importancia y poder de debilitamiento de proyectos políticos populares y de manejo de la agenda pública de problemas en la Argentina, durante la era de gobierno de la Coalición *Cambiamos* (2015-2019), al frente de la cual gobernó Mauricio Macri.

Durante el período mencionado, el *Lawfare* en la Argentina implicó dos tipos de acciones: 1) la acusación judicial contra figuras y dirigentes opositores, y la judicialización contra leyes y políticas públicas “heredadas” del gobierno anterior⁽⁶⁾, por un lado, que comenzó a implementarse con fuerza durante el final del mandato de Cristina Fernández de Kirchner, con la imputación y procesamiento de ex funcionarios “kirchneristas” por hechos de corrupción, o llevando a la Justicia la cuestión de la legalidad o no de leyes que habían sido promulgadas por el Poder Legislativo; 2) el segundo tipo de acción del *Lawfare* en la Argentina, fue la exposición, escarnio y linchamiento mediático de las y los acusados en el espacio público, y la instalación de estigmas hacia los mismos con el propósito de menoscabar la popularidad de esas figuras e influir en el sentido común ciudadano. Ello fue posible mediante la acción de medios de comunicación de gran alcance que actuaron en forma combinada con los decisores judiciales.

- El sedimento del encaje social del *Lawfare* en la Argentina. Analizando el barro de la historia

Si reflexionáramos en torno al barro de la historia en el que se “incrustó” o se “encajó socialmente” el dispositivo del *Lawfare* en la Argentina, podríamos preguntarnos: ¿cuál es el sedimento en el que se encajan las interacciones entre justicia, medios y dirigentes en la Argentina, con la política como telón de fondo?; ¿con que nos encontraríamos si analizásemos su sedimento?, considerando que el barro o el sedimento refiere a los signos inmatereales que persisten en una cultura, que quedan alojados como resto o huella. En el barro argentino en el que se encajó socialmente en *Lawfare*, podemos distinguir 3 dimensiones:

en primer lugar, **la existencia histórica de mecanismos, y recursos técnicos, materiales y simbólicos para aniquilar a los movimientos populares y a sus dirigentes.** Para ilustrar esta aseeración, fundada en acontecimientos de la historia argentina, nos resulta sugerente una nota publicada por la “Revista Anfibia”, digital (WEB) sobre el juez federal Alejo Ramos Padilla, quien en el año 2018 encabezó una investigación referida a una trama de poder oculta vinculada al *Lawfare* contra la ex presidenta Cristina Fernández de Kirchner, dirigentes kirchneristas y otros. El sugerente título de la nota es: “Bienvenido Doctor, al verdadero subsuelo de la patria”.

En el título de la nota se cifra una serie de de elementos, mecanismos; recursos técnicos, materiales y simbólicos; mitos, roles y una memoria de acontecimientos, a disposición para ser ordenados en función de un plan político, y los enlaza con sucesos salientes en la vida del juez. Dichos elementos, *juegan* desde hace años en la política argentina para torcer voluntades (*quebrar*, en la jerga) e imponer intereses de grupos dominantes.

En la nota se narra una historia de vida a través de la *biografía*, tipo de registro textual, que construye una historia entrelazando la vida de una persona con hechos significativos del

(6) El gobierno anterior al de la coalición Cambiemos en la Argentina fue el del Frente para la Victoria, encabezado por la Dra. Cristina Fernández de Kirchner, quien gobernó durante dos mandatos (2007-2011 y 2011-2015), conformando junto al gobierno de su esposo y antecesor Néstor Kirchner (2003-2007), lo que se conoce como la etapa de os gobiernos kirchneristas en la Argentina.

mundo: en este caso, esos hechos y esas historias se encuentran en un submundo siempre vigente, unos cimientos desde donde se organizan los resortes del poder en la Argentina visible, que afloran en sucesos que fueron intersectando la trayectoria del Juez Ramos Padilla en diferentes momentos de su vida. Así se nos explica que Alejo Ramos Padilla, tuvo encontronazos con el represor Miguel Etchecolaz, ex policía, genocida, torturador y desaparecedor de personas; también tuvo roces con las familias acomodadas de Recoleta, barrio distinguido de la ciudad de Buenos Aires, por la restitución de bebés apropiados durante la dictadura militar; que formó parte de las luchas estudiantiles contra los proyectos de arancelar la universidad pública durante el segundo experimento neoliberal argentino (gobiernos de Menem, 1990-98, y de la Rúa, 1999-2001); que influyó jurídicamente en el juicio contra Etchecolaz, el cura Von Wernich, y en el pedido de cárcel común para el dictador Jorge Rafael Videla⁽⁷⁾; que participó en el proyecto de reconocer los cuerpos “silenciados” y “olvidados” en las Islas Malvinas, entre los hechos que se relata en la biografía desarrollada en la nota.

En ese subsuelo de la patria, que es también un acervo de cultura e historia, también podemos encontramos con apellidos ilustres que hoy ocupan puestos claves del poder *real* en la Argentina; también con la mirada tradicionalmente torcida y antipopular del Poder Judicial argentino; y con la instalación de una realidad paralela que, a través de diferentes relatos, amenaza a los ciudadanos, los aterroriza y pone en claro cuál es y cómo opera la fuerza del poder patronal en la Argentina, a lo que suele denominarse “poder de la oligarquía”⁽⁸⁾.

Sobre algunos de estos mecanismos, sedimentados en el subsuelo de la patria argentina, escribieron el productor agrícola santafesino Pedro Peretti y el ex canciller “kirchnerista” Rafael Bielsa en su libro *“Lawfare. Guerra Judicial – mediática”* (2019), refiriéndose al levantamiento agrario de 1912 conocido como “El Grito de Alcorta”, para analizar como mediante un formidable dispositivo judicial y de comunicación dirigido a influenciar el sentido común de las y los vecinos de la época, “(el poder) logra acosar, difamar, mancillar y encarcelar a los líderes y defensores de las federaciones agrarias que luchaban por los derechos de quienes trabajaban la tierra contra dueños que quería asfixiarlos con precios y formas de arriendo injustas y explotadoras. Los diarios ricos y los tribunales los persiguieron con *clichés* que dejaron su huella...” (Bielsa *et al*, 2019:29). En el libro antes citado, se señala: “antes que informar objetivamente, la principal finalidad que persiguen los inmensos y poderosos conglomerados comunicacionales es manipular a la opinión pública, de modo de reproducir y hacer prevalecer sus intereses ideológicos y económicos. En esta etapa, diarios ricos no son solo *Clarín* o *La Nación* y sus seudópodos televisivos y digitales. Hay que sumarles los subproductos del *Big Data*:

(7) Miguel Osvaldo Etchecolaz y Cristian Von Wernich, son un ex policía y un ex sacerdote, condenados por delitos de lesa humanidad. Mario Rafael Videla, fue el primer jefe de la Junta Militar dictatorial que gobernó a la Argentina en base al terrorismo de estado, entre 1976 y 1983. Videla murió en una cárcel común, condenado por delitos de lesa humanidad por tribunales argentinos.

(8) El concepto de oligarquía designa a una forma de distribución del poder, cuando queda en manos de unas pocas personas o familias pertenecientes a los estamentos más altos de una sociedad.

el gran volumen de datos estructurados y no estructurados que resulta de que dos mil millones de personas al menos doce veces por día inserten en gigantescas memorias lo que les gusta y lo que no” (2019:16).

En ese –este - subsuelo, podemos encontrar los mismos mecanismos políticos– comunicacionales sobre los que *Cambiamos* “construyó a su pueblo”, echando mano a un formidable dispositivo de construcción del sentido común, que se basó, entre otras cosas, en la manipulación de elementos, mecanismos; recursos técnicos, materiales y simbólicos; mitos, roles y una memoria de acontecimientos para obtener legitimar sus decisiones políticas y lograr eficacia con el *Lawfare*.

Por otro lado, asoman roles, funciones que asumieron diferentes actores en distintos momentos de la historia argentina. En este sentido, podríamos prestar especial atención a la función que los denominados *grupos de tareas* cumplieron en diferentes momentos de la historia argentina: desde la liga patriótica de principios de S. XX⁽⁹⁾ a las patotas que secuestraba personas en el marco de la dictadura militar inaugurada en 1976, a los operadores judiciales y comunicaciones del *Lawfare* de hoy. Podríamos señalar que en estos grupos de tareas hay un mismo meridiano que atraviesa sus historias, que tiene que ver con ser partes de un Plan Sistemático de Dominación contra las naciones latinoamericanas que se escribe en EE.UU. como parte de su política injerencista global. Hemos encontrado, en nuestra historia construida por elites liberales en alianza con los poderes centrales una voluntad por buscar el quiebre de figuras y dirigentes políticos opositores a sus intereses, y a ello han apuntado los grupos de tarea en los diferentes momentos de nuestra historia.

Por último, podemos agregar que en ese “subsuelo de la patria” se desarrolla también la madre de las batallas de la cultura política argentina, recorriendo los ejes sarmientinos de “civilización y barbarie”. Si los ejemplos anteriores nos proyectan una imagen oscura, tramposa y heterónoma en el espacio en el que se insertan los resortes del poder “civilizado” en la Argentina, autores de cuño nacionalista como Raúl Scalabrini Ortiz nos recuerda que a diferencia del subsuelo de ellos “*el nuestro es el subsuelo de la patria sublevada*”, metáfora que utilizó para referirse a la movilización espontánea de masas ocurrida el 17 de octubre de 1945, sindicado como el movimiento que dio origen al Peronismo, y desde allí, a una particular interpretación de los movimientos nacionales y populares en la argentina. El peronismo, como proyecto político y cultural, fue siempre un gran revulsivo para la política argentina tradicional, y es el significant favorito de la coalición *Cambiamos* para denostar un proyecto de país. Al decir de Pablo Touzon (2021:27): “el macrismo contemporáneo partió de la hipótesis... el peronismo es, fue y será el problema”

(9) La Liga Patriótica Argentina fue una asociación política nacionalista de ultra derecha, con ideología fascista y antisemita, que funcionó como grupo de choque, rompehuelgas y de propaganda. Desde su nacimiento ensayó acciones de violencia contra el gobierno popular y democrático de Hipólito Yrigoyen.

- **En el sedimento del barro de la historia argentina nos podemos encontrar con otro elemento de nuestra cultura nacional, altamente inflamable en combinación con los sentimientos populares: *el odio***

El *odio*, como signo y elemento de análisis sociológico, ha sido impecablemente descrito como elemento de la cultura Argentina por Arturo Jauretche, otro de los autores *nacionalistas* de la tradición de historiadores argentinos.

En “Los profetas del odio y la yapa. La colonización pedagógica” (1956), Jauretche refiere que el aparato cultural conformado por escritores, académicos, periodistas, editores y grandes conglomerados comunicacionales (hoy podríamos añadir a las empresas con mayor influencia y dominio sobre las redes sociales y el universo web), no inventan una realidad sino que refuerzan ideas e imaginarios preexistentes, o sea: le dan calor y temperatura a materiales inflamables de la cultura argentina, capaces de añadir intensidad sobre elementos que impactan en los sentimientos de la ciudadanía, como por ejemplo: el odio mítico a los sectores populares y sus representantes políticos.

Ello se encuentra tematizado también por autores contemporáneos como Alejandro Grimson, quien en “Mitomanías argentinas. Como hablamos de nosotros mismos” (2012) describe ese odio hacia las representaciones populares y la idea de estado popular diseminado en mitos históricos, que ya forman parte de la cultura política popular de la Argentina, como: “La Argentina es un país europeo”, “Hay que refundar el país sobre nuevas bases”; “Que país de mierda, y la Argentina tiene una sola salida: Ezeiza”; “La sociedad argentina es una víctima inocente de estado”; “Perón fue un tirano”; “Asado por parquet”; “Marchan por un choripan”; entre otros.

Sin dudas, gran parte del éxito mediático y la eficacia en el espacio público que tuvieron ciertos temas vinculados a la denostación de figuras y políticos opositores vía el odio (hacia dirigentes; activistas; políticos y también hacia el sistema político, entre otras), obtenido a través del *Lawfare*, fue el mecanismo que permitió que *Cambiemos* pudiese instalar una agenda de problemas de contenido antipopular, cuyos intereses eran contrarios a la mayor parte de la población argentina. Y ello fue posible por haber utilizado el odio sedimentado en años de cultura política argentina como material altamente inflamable.

- **Un tercer elemento, clave para la eficacia del *Lawfare* en Argentina es, parafraseando a un viejo tango de Enrique Santos Discepolo, escrito en el año 1929, es: La indiferencia del mundo, que es sordo y es mudo recién sentirás⁽¹⁰⁾**

Arribamos aquí al problema de la *indiferencia*, que sin dudas marcha de la mano con ciertas concepciones de la justicia y la *injusticia* que a lo largo de la historia se ha ido forjando en la cultura política argentina. Sin dudas, para que la eficacia del *Lawfare* fue-

(10) Esa frase es parte del tango canción “Yira Yira”, compuesto en el año 1929 por Enrique Santos Discepolo.

se exitosa en la Argentina, se requirió de un pueblo construido a la medida de los proyectos neoliberales: sordo, mudo e indiferente ante la (no siempre) palpable injusticia.

De tal forma, el pueblo que necesitarían los proyectos políticos de derecha serían *acríticos* ante ciertos acontecimientos de la política local, como por ejemplo: la indiferencia popular ante el voraz endeudamiento con organismos internacionales que llevó adelante Macri, en 2018. Y para ello, los proyectos neoliberales deslizan sentidos y elaboran significaciones que a menudo redundan en el miedo (que suele ser el motor de la “inseguridad” ontológica) y el desprecio por la política.

Nuevamente, en el subsuelo podemos encontrarnos con las réplicas de estas oscuras pinturas, que vuelven a repetirse, quizá con otra intensidad en sus tonalidades aunque los colores continúen siendo los mismos: en la época de la dictadura, cuando se secuestraba personas en espacios públicos y se ejecutaba a personas a metros de los hogares domésticos en grandes ciudades, era normal “mirar para otro lado” y refugiarse en frases que acaso justificaban el gesto de la indiferencia: “algo habrán hecho” y el contundente “mejor no te metás”. En nuestros tiempos, con una avanzada feroz del neoliberalismo y los proyectos de derecha contra los estados redistributivos, populares y con ciertos sesgos de izquierda, quizá las frases que retornen y se repitan, sean: “no esperes nada de la política”, “ocupate de lo tuyo”, “los populistas roban”, “seguro que algo se habrán robado”.

La construcción de un pueblo, según explicaba Laclau (2008) requiere pensar que el pueblo no existe como esencia sino que es una construcción cultural a medida de cada proyecto político; en segundo lugar, que la construcción de un pueblo requiere indagar sobre la formación de identidades colectivas. Así, las “lógicas de la diferencia y la equivalencia, significantes vacíos así como el recurso ontológico político gramsciano de la hegemonía, explican una amplia gama de fenómenos políticos que se mueven en una heterogeneidad social en la que se hace visible, a la vez, el juego democrático, del mismo modo que algunos aspectos relacionados con la representatividad política” (Julián Molina et al, “La construcción del pueblo según Laclau”, *La lámpara de Diógenes*, revista de filosofía, números 16 y 17, 2008; pp. 137-157.)

Esto nos pone de manifiesto que el pueblo indiferente e inflamable a partir del odio, mediante la repetición de ciertos mitos que crucifican toda acción política y ciertos liderazgos de corte populista en la Argentina, es un pueblo que pudo convivir con el *Lawfare*, y de allí la eficacia social de ese dispositivo en la sociedad argentina actual. *Cambiamos* pensó en un pueblo enlazado a un retroceso más que en un cambio; un proyecto de pueblo conducido hacia la reedición de etapas anteriores y funestas de nuestra historia que reaparecen con la “guerra judicial”: el odio de clases y la sed de revancha, como en 1955; la persecución y el encarcelamiento de dirigentes políticos populares; la “planificación de la miseria”, como dijera Rodolfo Walsh en su carta dirigida a las juntas militares, de marzo de 1977; el servilismo ante el poder extranjero y el entronamiento del poder de la oligarquía como común denominador de estos proce-

sos. En esta Argentina del “reino del revés”, que casi siempre reaparece de la mano de los gobiernos conservadores, hemos observado desde los primeros años de nuestra nación, con los caudillos federales, como los “civilizados” cortaban la cabeza de un líder “bárbaro” para mostrarla al pueblo en una plaza, y como esos “civilizados” eran los de afuera mientras los bárbaros los de “adentro”, en esa incongruencia cultural en donde “el interior” crece lejos, allá afuera.

Conclusiones

En este trabajo, hemos tratado de demostrar que es posible caracterizar al *Lawfare* en sus rasgos generales aunque el estudio de su eficacia social debe buscarse en la cultura política histórica de cada país donde acontece el desarrollo de este dispositivo de poder.

En tal sentido, definimos al *Lawfare* como a un dispositivo de poder en el que actúan de manera conjunta las decisiones judiciales con la mediatización comunicacional que se hace de dichas decisiones en el espacio público, de la mano de las crisis de representación política contemporánea que se vive en la mayor parte de las democracias occidentales y de la creciente preponderancia del Poder Judicial en la toma de decisiones políticas. También, que responde a fenómenos contemporáneos como la judicialización de la política. Sin embargo, en otro registro del análisis, debe buscarse las razones de su eficacia en el barro de la historia de las culturas nacionales, en donde (re)aparecen los sedimentos y las principales líneas de las culturas políticas históricas forjadas al calor de mitologías, idearios y gestos, como parte de un proyecto continental de poder contra el avance de los proyectos políticos nacionales - populares y populistas del continente.

Pudimos analizar que el *Lawfare*, en la Argentina, fue eficaz, y que en la construcción de su eficacia volvimos a escuchar viejas voces de nuestra historia; a observar roles tradicionales remozados a estos tiempos; volvimos a ver proyectados viejos mitos que intentan explicarnos, entre otras cosas: quienes somos, de dónde venimos y hacia dónde vamos; y asistimos a retorno de pueblos contruidos a la medida de los proyectos políticos de derecha.

De acuerdo a ello, la crítica y la reflexión en torno al dispositivo *Lawfare*, que es otra dimensión del fenómeno de la judicialización de la política, puede constituirse como una instancia clave de una “batalla cultural” para discutir un orden hegemónico en ciertos campos particulares, como el campo de la justicia institucional y el campo de la comunicación, pero también para reflexionar en forma amplia sobre la cultura política argentina.

Referencias

Abramovich, Víctor (2009); “El rol de la justicia en la articulación de derechos y políticas sociales”, en Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura (Comp.), *La revisión Judicial de las políticas sociales: estudio de casos*. Buenos Aires: Ed. Del Puerto.

- Böhmer, Martín** (2005); "Introducción", en Maurino, Gustavo *et al* (eds.) *Las acciones colectivas. Análisis Conceptual, Constitucional, Procesal, Jurisprudencial y Comparado*. Buenos Aires: Lexis Nexos.
- Bielsa, Rafael y Peretti, Pedro** (2019); *Lawfare. Guerra Judicial – mediática, desde el 1er centenario a Cristina Fernández de Kirchner*. Buenos Aires: Ariel
- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)** (2008); *La Lucha por el derecho*. Buenos Aires: Ed. Siglo XXI.
- Domingo, Pilar** (2009); "Estado de Derecho. Ciudadanía, derechos y justicia en América Latina. Ciudadanización – judicialización de la política", en *Los retos de América Latina en un mundo de cambio, Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, Núm. 85 – 86, Barcelona.
- Giurleo, Pablo Martín** (2012); *La judicialización de las demandas villeras. Justicia, política y acción colectiva en las villas de Buenos Aires*; tesis para obtener el grado de Magister en Ciencias Sociales, Universidad Nacional de General Sarmiento (UNGS) – Instituto de Desarrollo Económico y Social (IDES).
- González Bombal, Inés** (1999); "¿Entre el Estado y el mercado? ONGs y sociedad civil en la Argentina", en Thompson, Andrés (comp.), *Público y Privado. Las organizaciones sin fines de lucro en la Argentina*. Buenos Aires: Ed. Losada y UNICEF.
- Grimson, Alejandro** (2012); *Mitomanías argentinas. Como hablamos de nosotros mismos*. Buenos Aires: Siglo XXI ed.
- Jauretche, Arturo** (1967); *Los profetas del odio y la yapa*. La colonización pedagógica. Buenos Aires: Pena Lillo, ed.
- Laclau, Ernesto** (2005); *La razón populista*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Liso, Verónica; Camezzana, Daniela; Bibini, Lucrecia y Barrera, Luciano** (2018); *Bienvenido Doctor al verdadero subsuelo de la patria. Crónica, perfil de Alejo Ramos Padilla*. Revista Anfibia, en <https://www.revistaanfibia.com/bienvenido-doctor-al-verdadero-subsuelo-de-la-patria/>
- Manin, Bernard** (1992) "Metamorfosis de la representación", en *¿Qué queda de la representación política?*, Dos Santos, M (coord.), Buenos Aires, CLACSO.
- Molina, Julian et al** (2008); "La construcción del pueblo según Laclau"; *La lámpara de Diógenes*, revista de filosofía, números 16 y 17, 2008; pp. 137-157.
- Oszlak, Oscar** (1991); *Merecer la ciudad. Los pobres y el derecho al espacio urbano*. Buenos Aires: CEDES Humanitas.
- Portes, Alejandro; Castells, Manuel y Benton, Lauren** (1990); *La Economía Informal*, Editorial Planeta.
- Touzon, Pablo** (2021); "Macri, Menem y la década olvidada. Del peronismo como solución al peronismo como problema", en Rodríguez, Martín y Touzon, Pablo (2021); *¿Qué hacemos con Menem?* Los noventa veinte años después. Buenos Aires: Siglo XXI ed.
- Santos, Boaventura Da Sousa** (2006); *Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social*. Buenos Aires: Clacso.
- Smulovitz, Catalina** (2008); "La política por otros medios. Judicialización y movilización legal en Argentina", en *Desarrollo Económico – Revista de Ciencias Sociales*, vol. 48, N° 190-191 (julio-septiembre / octubre-diciembre). Buenos Aires: Instituto de Desarrollo Económico y Social (IDES).
- Vollenwider, Camila y Romano, Silvina**; *Lawfare. La judicialización de la política, Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica (CELAG)*. Disponible en www.celag.org

MARIANELA MOLINIER*

La función judicial, sus crisis y transformaciones desde una perspectiva gubernamental

La justicia en cuestión

Abordar el tema de la “judicialización de la política” resulta una tarea por demás compleja. En primer lugar, su abordaje disciplinario es compartido por diversas ciencias sociales: la ciencia política, el derecho, la sociología, hasta la economía. Esto supone, en alguna medida, que aún no tengamos a mano categorías teóricas sobre las que exista cierto consenso científico, lo cual implica un importante desafío para el pensamiento presente y futuro. Por este motivo, entre otros, decidimos abordarlo, contextualizándolo en un tema más amplio, que denominamos “crisis de la Justicia o del poder judicial”.

Desde fines del siglo XX los tribunales de justicia vienen siendo cuestionados en diversas partes del mundo “En países grandes y pequeños, pobres y ricos, con diferente nivel de desarrollo político y jurídico, se señala explícitamente la existencia de una crisis en la justicia, así en Puerto Rico, Italia, España, Quebec, Chile, Brasil, Inglaterra y Gales (Fix Fierro, 2006) Desde el ámbito científico y académico, como también desde la opinión pública y profesional se afirma la existencia de una crisis del poder judicial. Sus indicadores parecen replicarse en todas las regiones: mayores cargas de trabajo; falta de métodos adecuados para el mismo, deficiente organización; insuficiencia de recursos financieros como de personal. Asimismo, los crecientes retrasos en la resolución de las cuestiones sometidas a su consideración, una justicia que llega tarde no es justicia. Problemas relacionados con la falta de confianza de la sociedad en sus jueces, una imagen pública del

(*) Abogada y Especialista en magistratura y gestión judicial por la UNCuyo, Facultad de Derecho. Maestranda en instancia de defensa de tesis en magistratura y gestión judicial, UNCuyo. Integrante equipo de investigación, becas SeCTyP, UNCuyo, Facultad de Derecho. Es mediadora por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y se desempeña como funcionaria del Poder Judicial de Mendoza.

poder judicial en franco deterioro; la falta de independencia o niveles considerables de corrupción, la dificultad o la falta de acceso para importantes y crecientes sectores de la población. A los ya mencionados, se les suma, lo que se ha denominado “judicialización de la política” y el “*lawfare*” como una de sus manifestaciones más groseras.

La noción de crisis nos pareció apropiada para tratar el tema referido, ya que en ella se combinan diversas acepciones que podrían sernos útiles para reflexionar sobre la problemática propuesta.

“Crisis” deriva del verbo griego “krino”, que significa “separar” y es una palabra que tuvo un origen agrario, vinculada a la recogida del trigo. Crisis, para un griego antiguo, es el proceso que sucede cuando se separa el grano de la paja. Es un separar “analítico” para quedarse solo con la parte buena o aprovechable de la cosecha. De ahí que implique una capacidad de juicio, de ahí que el término “crítica” tenga la misma raíz⁽¹⁾. “Crisis” es también un término de uso en el ámbito médico y legal. Conviene no olvidar, que en Grecia, la filosofía surgió como “medicina del alma”; y que muchos de los conceptos filosóficos tuvieron un origen médico. En medicina una crisis designa, para bien o para mal, el momento decisivo de una enfermedad, cuando se presenta con sus síntomas observables. También refería el punto culminante de una trayectoria en que las diferentes fases de la misma han de resolverse de un modo u otro. En este sentido la crisis discierne o delimita ciclos vitales; “participa del orden de Kairós, del tiempo significativo, ordenado como proceso, en oposición al *chronos*, mero transcurrir ciego, vacío. Las crisis ordenan, establecen hitos, dan forma y sentido al devenir temporal” (Palti E. 2005, p. 5)

Sostiene Galliano (2020, p.165) que cuando el término pasó al latín adoptó un sentido político, señalando el momento previo a la toma de decisiones impostergables y que este sentido fue el que se mantuvo durante la modernidad. Dicha acepción varió durante el siglo XVIII, para designar una transformación absoluta, luego de la cual las cosas no volverían a ser como antes; sentido que le dieron algunos románticos e ilustrados como Rossseau, previo a la revolución francesa. Ya en el siglo XIX se la asocia a conflicto y revolución, usadas casi indistintamente; y desplazándose su uso al campo de la economía. A partir de entonces su uso osciló entre la revolución definitiva y tal vez final y un desequilibrio cíclico que debe atenderse y resolverse.

Estos desplazamientos significativos combinan una dimensión temporal, ya que la idea de una crisis sin resolución o sin final, resulta inconcebible; junto a una dimensión intelectual, que refiere a operaciones de juicio, de diferenciación. Cabría entonces la pregunta por la justicia, los poderes judiciales, la institución judicial, se encuentran en un estado de crisis. De modo provisorio y general, podríamos afirmar que la respuesta afirmativa parece imponerse. La abundante literatura sobre el tema parece darnos la

(1) Coromines J.(2008). Breve diccionario etimológico de la lengua castellana. Madrid Gredos

razón; se señalan desde diferentes perspectivas los síntomas de esa crisis y diferentes diagnósticos, como también el momento histórico en que habrían aparecido los mismos. Asimismo, se señala el problema de la judicialización como uno de esos síntomas que resulta necesario atender.

Por último y no menos importante sería el análisis, quizás, de algunas soluciones que se habrían intentado a fin de mejorar la situación y qué efectos habrían operado, sobre todo para tener algunas señales que nos permitan diferenciar mediante un juicio crítico, los remedios que habrían ayudado a la resolución de la crisis o los que la habrían profundizado. Con esto nos referimos a diversos programas de reformas judiciales tanto a nivel local como regional que intentaremos reseñar brevemente en las páginas siguientes. Antes y como punto de partida intentaremos caracterizar la “judicialización de la política” en sus rasgos más generales.

Reconfiguración de la función judicial. Activismo judicial y movimientos de derechos

Para comenzar y de manera provisoria diremos que la judicialización de la política alude a un fenómeno complejo, cuya conceptualización y alcances temporales y espaciales difieren según la perspectiva y marco teórico que adoptemos. Asimismo, respondería a un fenómeno más amplio y abarcativo que consistiría en la “juridización” de las prácticas sociales en general. Dejando de lado por un momento ese contexto más amplio, podríamos comenzar diciendo que la judicialización de la política, refiere en uno de sus aspectos más relevantes al “activismo judicial”, entendido de manera general como la posibilidad de una revisión judicial de leyes con el objetivo de invalidarlas a fin lograr protección para determinadas minorías o grupos vulnerables— se trataría como mínimo de un poder de veto de la decisiones de gobiernos electivos y de máxima en un cuasigobierno, ante una supuesta inacción del mismo. En este sentido Álvarez L. expresa que el activismo judicial que caracterizaría en principio la judicialización de la política consistiría en el “desempeño por parte de los jueces pertenecientes a las cortes supremas de justicia y las cortes internacionales de derechos humanos de manera especial, aunque no excluyente, de un rol activo en la producción del derecho y en la resolución de conflictos de carácter socio-político a través de una interpretación amplia o novedosa de la constitución y las convenciones internacionales.” (2019, p. 3)

Asimismo, podríamos afirmar que existiría consenso respecto a que la judicialización de la política no se circunscribe al llamado “activismo judicial”, ya que una porción considerable de las intervenciones judiciales responderían a demandas de diversa índole motorizadas por diferentes actores sociales y políticos. Se trataría como lo señala Martín L. “de formas de “movilización legal” que, como tales, promueven la activación

de instancias judiciales desde la sociedad civil con el fin de obtener la satisfacción de ciertas demandas. En un contexto de descrédito de la justicia, esta forma de invocación ciudadana de los derechos cobra sentido en su escenificación en el espacio público” (2011 p. 373) Así, la denominada “litigación estratégica”, “litigio estructural” o “litigación colectiva”, consistente en procedimientos por los cuales mediante la selección y presentación de un caso ante tribunales se busca alcanzar cambios en las políticas públicas con la clara intención de conseguir un bien social, expresaría otro aspecto en que se presentaría la judicialización.

En este orden de ideas señala Nosetto L. que “esto permite sugerir la distinción entre una judicialización “desde abajo” producida por ciudadanos, movimientos sociales y expresiones de la sociedad civil, y una judicialización “desde arriba”, generada por las elites políticas y judiciales” (2014, p. 98) A este último respecto resulta importante señalar la creciente tendencia de las mismas a la utilización del recurso de la judicialización para trasladar y escenificar el debate público en los tribunales de justicia, ya sea para fortalecer sus propias posiciones y ganar visibilidad pública; siendo la denuncia al adversario político una de sus principales herramientas, conformándose así una suerte de criminalización de la política. En la idea de un “giro judicial de la política” señala Martín L. que los representantes políticos “cada vez más [...] acuden a la Justicia, a título individual o institucional, para resolver problemas políticos que tradicionalmente tramitaban en la tribuna pública en términos de oposición partidaria, en el recinto o en los pasillos del Parlamento” (2011, p. 378)

Con esto hemos querido señalar que adoptamos una caracterización amplia de judicialización de la política que comprendería una diversidad de prácticas de carácter heterogéneo y que refieren en términos generales a “un reposicionamiento del poder judicial como instancia de procesamiento de conflictos de diverso tipo en un campo o formación social” (Álvarez, L. 2018, p. 4) Dicha problemática podemos ubicarla de manera general en las dinámicas histórico-políticas que tuvieron lugar en Latinoamérica desde finales del siglo XX. Es decir que la judicialización como práctica de intervención política se generalizó en Latinoamérica, así como en otras regiones a partir de los años ‘90 (Hirschl, R. 2006, p. 2008).

La importancia de la cuestión es también señalada desde otras disciplinas, como la economía y la sociología. Así, Rodríguez G. contextualiza el tema en el campo de los estudios sobre el Estado Global de Derecho (EGD), tema preferido en los últimos 20 años por las investigaciones de la economía del desarrollo. “De hecho, como veremos, el campo se inició precisamente con los proyectos de reforma a la justicia en América Latina en los años ochenta” (2008 p.10). Pone de relieve el autor, las enormes inversiones de los gobiernos y agencias para el desarrollo del Norte Global en la reforma institucional del sur global. Las mismas se han concentrado en América Latina, y en un tipo específico de transformación institucional (la reforma judicial), que ha sido particularmente

importante en los programas sobre el Estado de Derecho en las dos últimas décadas. (2008, p. 11)

Por otro lado, Santos B. expresa también un consenso global acerca del activismo y reforma judicial impulsado por las agencias de cooperación internacional. (2008, p.454) "Agencias como el Banco Mundial, que antes se dedicaban principalmente a construir carreteras y embalses y a promover el equilibrio macroeconómico, hoy [...] gastan miles de millones de dólares en reformar a los sistemas jurídicos de países tan diversos como Albania, Argentina, Bangladesh o Bolivia" (Trubek, 2006 p.34)

De esta manera hemos querido indicar que la denominada judicialización invoca realidades de distinto alcance y efectos y con diversos antecedentes históricos, por lo que su tratamiento debería ser parcial y provisorio. Creemos no resultaría adecuado abordar la cuestión mediante explicaciones lineales y causales sino "problematizarla" en el sentido de intentar referenciar los procesos que han transformado algo en un problema. Es decir, tratar de identificar y restituir las condiciones y las prácticas de verdad que en el plano del discurso, compelen a que ciertos elementos adquieran el estatuto de objetos del pensamiento y, por lo tanto, pasen a constituir el orden de la experiencia posible. Por lo tanto "una problematización comienza a gestarse a partir de un momento histórico determinado, y se despliega, pero no se repite, sino que se transforma." (Castel, 2007, p.4) Por lo expresado consideramos que, para abordar la problemática de la judicialización consideramos conveniente adoptar un punto de vista o ángulo concreto de análisis.

En este sentido nos pareció muy interesante poder correlacionar el tema referido con los estudios sobre gobierno y gubernamentalidad; conjunto de trabajos e investigaciones que tienen como origen común, el curso que dictara Michel Foucault en el *Collège de France* durante el ciclo lectivo 1979. En particular, intentaremos confrontar el fenómeno descrito con la reconfiguración estratégica de la función judicial que se presenta en el diagrama de las relaciones de poder que caracterizan la gubernamentalidad neoliberal, tal como lo propone el autor en el curso mencionado "Nacimiento de la biopolítica" (1979). Se considera que en la época señalada su pensamiento da un giro hacia la cuestión biopolítica, pasando del análisis de las prácticas sociales disciplinarias, referidas al gobierno de los cuerpos hacia el gobierno de las poblaciones. Podría decirse que reformula sus investigaciones sobre las relaciones de poder en términos de gobierno y gubernamentalidad. Especial interés suscita su forma de concebir la política moderna a partir de las relaciones entre el Estado, el mercado y la empresa, en el liberalismo y neoliberalismo; y en dicho contexto qué función le cabe al Poder Judicial.

Este recorrido nos permitirá dar cuenta de las distintas formas que han adquirido las prácticas judiciales y las modificaciones en el sistema de la ley y la institución judicial en función de determinadas prácticas de gobierno, atento a que ciertas formas de

judicialización podrían ser correlacionadas con programas más generales de reformas sociales e institucionales, con especial énfasis en reformas del sistema de justicia. En este orden de ideas y como primera aproximación, por gubernamentalidad puede entenderse:

“El conjunto constituido por las instituciones, los procedimientos, análisis y reflexiones, los cálculos y las tácticas que permiten ejercer esa forma bien específica, aunque muy compleja de poder que tiene por blanco principal la población, por forma mayor de saber la economía política y por instrumento técnico esencial los dispositivos de seguridad.” (Foucault, 2006 p.13)

En otras palabras, el término refiere al modo en que las prácticas de gobierno o de dirección de conductas se tornan pensables y realizables tanto para quienes gobiernan como también para aquellos que son gobernados. Racionalidad de gobierno, entendida ésta no como una especulación vacua sino como la dimensión programática de las prácticas de conducción de la conducta. Éstas se orientan a lograr ciertos fines y ciertas transformaciones, lo que supone delimitar ciertos problemas, poblaciones determinadas (que los padecen, los causan o ambas) y, en consecuencia, diseñar dispositivos de intervención específicos. Esta noción de “gubernamentalidad” junto con la de gobierno le permiten construir un nexo entre las formas de problematización de la genealogía del sujeto y la genealogía del Estado. En este sentido entiende por gobierno:

“Gobernar no sólo cubre las formas legítimamente constituidas de sujeción política o económica, sino también modalidades de acción más o menos consideradas y calculadas, orientadas a actuar sobre las posibilidades de acción de los otros. Gobernar, en este sentido, es estructurar el posible campo de acción de los otros. El efecto de relacionamiento propio del poder no se encontraría en todo caso en el campo de la violencia o la lucha, tampoco en el campo de la unión voluntaria (todas las cuales son en el mejor de los casos, instrumentos de poder) sino en el área de modos de acción singulares que son el gobierno: modos de acción que no son necesariamente jurídicos ni de guerra.” (Foucault, 2001, p 253)

Una caracterización más o menos consistente de la gubernamentalidad neoliberal excedería los límites del presente trabajo, sin embargo, señalaremos aquellos elementos que entendemos resultan pertinentes a nuestros fines. En primer término, el neoliberalismo como racionalidad de gobierno, tiene como característica principal la generalización de la competencia como norma de conducta y la empresa como modelo de subjetivación.

Podríamos afirmar que se trata de un nuevo modo de gobierno de los hombres que se informa según el principio universal de la competencia, constituido por un conjunto de prácticas, discursos y dispositivos. En este sentido el neoliberalismo rompe con la tradicional liberal, al despojarse de toda referencia naturalista. “Del principio de la

competencia no se debe extraer el *laissez faire*. ¿Por qué? [...] Pues en los hechos, qué es la competencia. No es ningún dato de la naturaleza. No debe sus efectos benéficos a una anterioridad natural [...] Es un principio de formalización. Se trata de alguna manera, de un juego formal entre desigualdades. No es un juego natural entre individuos y comportamientos" (Foucault, 2007, p. 153)

El objetivo de la acción gubernamental en esta nueva racionalidad no es formar una sociedad regulada según el efecto mercancía, una sociedad del consumidor, sino una sociedad de empresas. "El homo oeconomicus que se intenta reconstituir no es el hombre del libre intercambio, no es el hombre consumidor, es el hombre de la empresa" (Foucault, 2007, p.182) De este modo, Foucault sugiere una articulación estratégica del par economización-judicialización:

" [...] la segunda consecuencia de este arte liberal de gobernar, son las modificaciones profundas en el sistema de la ley y la institución jurídica. Pues, de hecho, entre una sociedad ajustada a la forma de la empresa y una sociedad en la que la institución judicial es el servicio público principal hay un vínculo privilegiado. Cuanto más multiplicamos las empresas, más multiplicamos los centros de formación de algo semejante a una empresa [...] más multiplicamos, claro, las superficies de fricción entre ellas, más multiplicamos las oportunidades de cuestiones litigiosas y más multiplicamos también la necesidad de un arbitraje jurídico. Sociedad de empresa y sociedad judicial [...] son las dos caras de una misma moneda." (Foucault, 2007 p. 186)

Explica Noretto (2014, p. 98) que "si la racionalidad económica neoliberal desregula las relaciones sociales tradicionales, conduciendo a los individuos la lógica atomizante de la competencia, la racionalidad jurídica rearticula a estos individuos atomizados por medio de la forma tribunal." Desregulación económica y regulación jurídica aparecen así como las dos caras de la racionalidad gubernamental del neoliberalismo norteamericano. Si bien el autor señala esta articulación, la misma no debe entenderse de manera determinista o causal, ya que como hemos expresado anteriormente, entendemos a la judicialización como un conjunto de problemas de carácter heterogéneo, por lo que no toda judicialización responde a esta misma estrategia. Por ello, nos interesa analizar cómo el derecho se relaciona con el ámbito del poder estatal y sus transformaciones, lo que consideramos pertinente para comprender los distintos programas de reforma judicial y algunos de sus sentidos posibles.

Programas de derecho y desarrollo

En el presente acápite nos proponemos realizar un recorrido general por algunos de los programas más relevantes de reforma de los sistemas judiciales, e intentaremos efectuar una suerte de genealogía, es decir "analizar el problema a partir de una situación presente e intentar hacer su historia" (Foucault, 1984 p. 207) Esto nos permitirá mostrar

vínculos posibles tanto regionales y globales que ayudan a explicar las condiciones que hicieron posible el surgimiento, el desarrollo y los resultados de los algunos programas de reforma judicial, y referenciar otros proyectos afines impulsado con anterioridad. Como señaláramos, la emergencia de la problemática de la crisis judicial y la necesidad de su reforma, la ubicamos fuertemente en la década del '90, sin embargo, no dejamos de reconocer que también encontramos algunos antecedentes desde la década del '60. Nos referimos a los programas que directa o indirectamente tienden a la reforma del Derecho.

En este sentido los primeros proyectos referidos al derecho y desarrollo podemos ubicarlos en los años '60 relacionados con las políticas de asistencia de Estados Unidos al entonces llamado "Tercer Mundo". Los pioneros de la teoría de derecho y desarrollo entendían al "desarrollo" como un conjunto de características sociales, económicas y políticas relacionadas entre sí —aunque vagamente definidas y no enteramente consistentes—, como el bienestar material, la libertad y la participación política (Trubek y Galanter, 1974 p. 1073). Los académicos y políticos que hicieron parte de esta corriente percibían el derecho como una herramienta indispensable para lograr estos objetivos. En virtud del optimismo de Estados Unidos en su sistema económico y político, y en parte a fin de frenar una posible expansión del comunismo, el gobierno estadounidense concibió la asistencia para el desarrollo a los países pobres como un mecanismo ideal para disminuir la brecha entre el Primer y el Tercer Mundo, especialmente en América Latina.

En la década del '60 la denominada "Alianza para el progreso" fue un plan político, económico y social propuesto y desarrollado por el presidente Norteamericano John F. Kennedy; destinado a consolidar la hegemonía norteamericana en el continente, creando una mayor interdependencia a través de políticas desarrollistas, representadas en el cono sur, en Argentina por el presidente Arturo Frondizi y en Brasil por Kubitscheck de Oliveira Juscelino. Aunque resulte discutible el señalamiento del presidente A. Frondizi como promotor de políticas netamente desarrollistas, consideramos que el contexto de estas políticas, en el que anidaba la idea de "nación" como proyecto económico-político, supuso un obstáculo o freno para la adopción de políticas económicas de corte netamente ortodoxo. (Grondona A. 2011)

Podríamos decir, entonces, que la Alianza para el Progreso, se trataba de un pequeño plan Marshall para América Latina, que traería importante inversiones acompañadas de proyecto de modernización de las estructuras políticas. "Más allá de las inversiones reales [...] una importante cantidad de dinero se destinaría al financiamiento de investigaciones relativas al funcionamiento del Estado [...] organización judicial, sistemas informales de resolución de conflictos, etc." (Cárcova, 2001, p. 27). Por lo tanto, durante dicho período las agencias gubernamentales y algunas organizaciones privadas estadounidenses patrocinaron el surgimiento y la consolidación de un campo de estudios

sobre las condiciones necesarias para el desarrollo del Tercer Mundo (Trubek y Galanter, 1974). Debido a la firme creencia en el potencial transformador de la educación y la familiaridad de los abogados vinculados a los programas de derecho y desarrollo con el ambiente académico, los programas de la primera ola estuvieron encaminados a reformar sustancialmente la enseñanza del derecho en el Tercer Mundo. Sin embargo, los defensores de los proyectos concebían las reformas como instrumentos para alcanzar cambios sociales mucho más ambiciosos, por cuanto creían que los abogados entrenados en las técnicas y el espíritu del derecho moderno constituirían una masa crítica dentro de la burocracia estatal y el sector privado (Dezalay y Garth, 2002).

En términos generales, existe un consenso acerca del fracaso de los esfuerzos de la primera generación por modernizar la educación jurídica en América Latina de acuerdo con el modelo del liberalismo jurídico estadounidense. La evaluación de los proyectos hecha tanto por las instituciones como por los individuos que participaron en ellos (Trubek y Galanter, 1974) mostraba un claro desencanto hacia mediados de la década de los '70. Los balances más recientes llegan a la misma conclusión (Dezalay y Garth, 2002).

El trasplante a América Latina del método socrático y el análisis de casos no tuvo éxito. Ninguno de estos dos elementos fue adoptado por la mayoría de las facultades de derecho latinoamericanas que participaron en los programas y, mucho menos, por la comunidad jurídica en su conjunto. De hecho, la enseñanza en la mayor parte de facultades de derecho de la región se caracteriza, hoy como ayer, por el predominio de la cátedra y el estudio de los códigos. Entre tanto, los otros dos componentes del modelo, esto es, la visión instrumentalista del derecho y de los abogados, no tuvo efectos notorios o, en el peor de los casos, resultó siendo contraproducente. La finalización de los programas de derecho y desarrollo se asemejaba a la crónica de una muerte anunciada, tal como lo expresan Trubek y Galanter:

“Las reformas al derecho diseñadas para transformar aspectos centrales de la vida social y promover el desarrollo pueden de hecho convertirse en una forma de política simbólica que, en lugar de promover el cambio, puede impedirlo al servir como argumento contra la protesta popular y fortalecer los grupos favorecidos por el *statu quo*. Además, la combinación de una creciente racionalidad jurídica instrumental y una mayor regulación estatal de la economía puede contribuir al bienestar económico de una pequeña élite, dejando a la mayoría en la misma situación, o incluso en una peor.” (1974, p. 1084).

Debido a sus pobres resultados y a críticas internas y externas, los programas de primera generación declinaron rápidamente y dieron lugar a un período caracterizado por un profundo escepticismo en relación con el derecho y su papel en la producción de cambios sociales estructurales, en general, y en el logro del desarrollo económico a gran escala

Resurgimiento de programas de Derecho y reformas estructurales

Los estudios más influyentes escritos sobre el tema en los años '70 pueden ser vistos como esfuerzos de antiguos actores de los proyectos de derecho y desarrollo por saldar cuentas con el pasado y pasar a una nueva fase más académica y de pretensiones más modestas. De ahí que no haya habido otra área de políticas y estudios socio-jurídicos cuyo final haya sido más documentada y, con frecuencia deseado. Sin embargo, los rumores de su final fueron exagerados:

“Hoy en día, el negocio de la reforma jurídica en los países en desarrollo es muy bo-yante, hasta el punto de superar incluso los sueños más ambiciosos de los pioneros de la primera generación de derecho y desarrollo. Agencias como el Banco Mundial, que antes se dedicaban principalmente a construir carreteras y embalses y a promover el equilibrio macroeconómico, hoy proclaman la importancia del “Estado de derecho” (*rule of law*) y gastan miles de millones de dólares en reformar los sistemas jurídicos de países tan diversos como Albania, Argentina, Bangladesh o Bolivia.” (Trubek, 2006 p. 34).

En este sentido fue el Banco Mundial (BM) quien comenzó a liderar programas de transnacionalización del derecho, como resultado de su capacidad financiera y también su capacidad de producción de discursos de justificación teórica que fundamentan proyectos de reforma legal y judicial. Sin embargo, no ha sido el actor exclusivo ni excluyente. Muy pronto se sumaron otros, tan importantes como el primero.

Este renacimiento de los programas de derecho y reforma judicial se relaciona con una renovada fe en el capitalismo, en las economías de libre mercado, y en las instituciones democráticas, debido en parte al abandono de las instituciones comunistas en Europa del Este y en Rusia. En términos más generales los años '80 y '90 estuvieron marcados por el pensamiento económico y los lineamientos políticos del consenso de Washington. Este giro neoliberal incluyó por un lado programas muy ambiciosos de reformas estructurales, comenzado en los '80 con políticas de equilibrio y ajuste fiscal y apertura de los mercados nacionales para incluir en los años '90 reformas con un fuerte componente institucional en proyectos del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Agencia Internacional de Desarrollo (AID) y el (BM).

Este marcado interés hacia la institucionalidad se relaciona con los trágicos resultados de la aplicación de las políticas neoliberales de desmantelamiento del estado provocados por los programas radicales de ajuste, recuérdese el colapso de Rusia en 1998 o Argentina en 2001; sus mismos diseñadores y ejecutores terminaron concluyendo que el Estado antes de ser el problema podría ser parte de la solución; en la medida en que una economía de mercado requeriría de un Estado robusto y sólido. Es así como después de una primera ola de reformas neoliberales en los años '80 centrada

exclusivamente en variables económicas, como la disminución del déficit fiscal y la apertura de los mercados nacionales, en los años '90 agencias como el BM, el BID y la AID incluyeron en su menú de reformas un fuerte componente institucional. La autocrítica a los programas iniciales de ajuste estructural y el giro hacia las instituciones y la reforma judicial son evidentes, por ejemplo, en los documentos recientes del BM sobre el tema:

“La experiencia práctica mostró que los esfuerzos reformadores no podían limitarse a impulsar políticas de achicamiento del Estado [...] Aunque el enfoque teórico inicial buscaba principalmente resaltar los problemas generados por las instituciones estatales, la práctica mostró que la solución no consistía simplemente en dismantelar el Estado, desregular y privatizar [...] Descubrimos, entonces, que la falta de atención a las instituciones, en especial las relacionadas con el derecho, limitaba severamente el alcance de las reformas que buscaban el desarrollo económico y la reducción de la pobreza.” (Banco Mundial, 2002, 17-18).

Este proceso se vio facilitado también por el auge en la academia y en la ciencia del neoinstitucionalismo. Esta corriente teórica, si bien admite variantes diversas, parte de un concepto amplio de “instituciones”, a las que define como “reglas de juego de una sociedad” sobre todo a partir de los aportes teóricos de Douglass Cecil North, quien recibiera un nobel en economía en 1993. Pareciera que el aporte de North, permite, partiendo de la constatación de la estrecha relación entre instituciones y economía; e incorporando una perspectiva histórico-económica, explicar las causas institucionales del desempeño económico divergente de las naciones.

Éste se explicaría, entonces, por la diferente calidad de las instituciones de los países desarrollados y subdesarrollados (North 1989: 88-95). Esta corriente teórica es la que da origen en el campo del derecho a toda una serie de estudios sistematizados y unificados bajo la denominación de “análisis económico del derecho”; así como la aplicación de la economía a otras disciplinas como el desarrollo de la teoría de la “elección racional” en las ciencias políticas. Sin embargo, bajo lemas tales como “las instituciones importan” o “buena gobernanza” se construyó un discurso que pretende salvaguardar a la ortodoxia económica de las críticas, afirmando que el fracaso no se debe a lo erróneo de las políticas aplicadas sino a que éstas no fueron implementadas en contextos institucionales apropiados.

El contexto geopolítico de los años '90 genera las condiciones propicias para un renacer de los programas de derecho y reforma judicial, con un área de influencia mayor que en los años '70 ya que todos países que habían estado bajo influencia soviética, sobre todo de Europa del este, se encuentran en ese momento como posibles países receptores.

No resulta extraño, entonces, que los principales impulsores de la segunda ola de reformas de derecho sean las instituciones que han impulsado la globalización de los

mercados mediante la promoción de ajustes estructurales en los países de la periferia capitalista. En efecto, el BM (a la escala global) y el BID (a la escala regional) han promovido activamente programas de reforma al derecho en estos países. La USAID, también, como promotora de la apertura de los mercados nacionales alrededor del mundo, es el tercer actor principal de la segunda generación. Así, a mediados de los '80 se lanza por la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), el Programa de administración de Justicia en América Latina, que dio inicio a la segunda ola de derecho y desarrollo y dónde el énfasis se puso en el reforma del sistema judicial. Una de las evaluaciones de ese programa estima que América Latina era el campo de prueba para estos programas jurídicos que luego se extenderían a Asia, África y Europa oriental.

“Las concepciones de *“governance”*, *“rule of law”* y estado de derecho contenidas en el discurso del BM y de otras agencias multilaterales responden a estos modelos teóricos que otorgan al poder judicial una función central en el logro de objetivos de desarrollo económico macroestructural. Esto hace comprensible el interés que despertaron, hacia mediados de la década del noventa, las nuevas reformas para la modernización de los poderes judiciales, como complemento y refuerzo de los anteriores programas de reforma legal y económica estructural.” (Lista, 2008, p. 746)

Desde otros lugares y perspectivas encontramos también promotores de cambios y reforma judicial en organizaciones no gubernamentales y gubernamentales con fundamento en los derechos humanos, que en América Latina buscan consolidar las garantías democráticas. Esto explica, por ejemplo, el impulso del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) a reformas judiciales en la región, así como el apoyo de la Fundación Ford⁽²⁾ a nuevos programas de abogacía de interés público, acceso a la justicia y promoción de las libertades civiles y los derechos sociales. Desde esta perspectiva también los gobiernos europeos han tendido a financiar proyectos de reforma al derecho en las últimas décadas.

Los programas de mayor peso o donde se han concentrado mayores esfuerzos han sido los primeros; por lo tanto, en lo que se refiere a esta segunda etapa de reformas, se ha privilegiado un conjunto más limitado de instituciones y áreas del derecho. En efecto, el blanco privilegiado de las reformas ha sido “el sistema judicial” y, dentro de él, las instituciones encargadas específicamente de aplicar las regulaciones comerciales y penales. El objetivo en teoría fue crear las condiciones de estabilidad jurídica

(2) Esta institución filantrópica estadounidense, fundada a fines de la década del '30 por la Ford Motor Company, desempeñó un papel fundamental apoyando instituciones públicas y universitarias de toda la región. El inicio del programa para Latinoamérica de la fundación Ford comenzó en 1959, bajo el contexto de la guerra fría y la revolución cubana. Se sumó a través de sus donaciones a toda la política de asistencia económica, científica y técnica que Estados Unidos brindó para la región con la Alianza para el Progreso. (Morales Martín, 2018, Dominación filantrópica y gobernabilidad democrática: el caso de la Fundación Ford, *scielo.conicyt.cl*, vol 51 n° 1)

e institucional que favorecieran las inversiones extranjeras, con un marco legal cuyo objetivo fuera proporcionar las herramientas adecuadas para la resolución de conflictos entre empresas, Estado e individuos; también los conflictos transfronterizos derivados del comercio internacional hasta los problemas de migraciones. En resumen, se trata de crear un Estado de derecho fuerte que permita el funcionamiento fluido de capitales, en particular el capital financiero.

Lejos quedaron los objetivos más comprensivos del desarrollo de la primera generación, que incluían mayor igualdad y participación política. En otras palabras, mientras que uno de los elementos fundamentales de justificación de la primera generación era contrarrestar la desigualdad en los países receptores, este fin hubiera parecido ser para los actores de la segunda generación una consecuencia eventual del crecimiento económico; teniendo en cuenta el contexto económico-social del desarrollismo en el primer caso y de los programas de ajuste económico estructural de los segundos.

Mientras las reformas de los años '60 y '70 habrían surgido en la fase final del auge del desarrollismo latinoamericano y el fordismo estadounidense –esto es, en tiempos en los cuales el “desarrollo hacia adentro”, basado en la protección de la producción nacional y el papel activo del Estado, era parte del canon económico y político–, los nuevos proyectos de reforma legal habrían emergido en medio del proceso contemporáneo de globalización, con énfasis en la reforma de los tribunales y accesibilidad a la institución.

Si tomamos en cuenta la experiencia Argentina, resulta necesario volver a señalar que ha sido importante receptora de los procesos de asistencia legal a través de agencias internacionales, como el ya mencionado Programa de administración de Justicia en América Latina promovido por la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) a mediados de los '80. En este sentido, señala Álvarez, que las misiones de la Agencia desarrolladas en los años 1994-1995 en Argentina y Uruguay “se centraron en el fortalecimiento democrático (sobre el desarrollo de ONGs, educación de grado y posgrado en el área del derecho y modernización de instituciones públicas, fundamentalmente del poder judicial), a la par que promovieron la consolidación de reformas económicas y acuerdos de negocios entre los Estados Unidos y los países destinatarios.” (2019 p. 7), como también los programas promovidos por el Banco Mundial y Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) referenciados con anterioridad.

De esta manera, es posible destacar cierta correlación entre el desarrollo de políticas económicas neoliberales y el proceso de judicialización en Argentina. Aunque no es posible afirmar que las reformas económicas orientadas al mercado fueron la causa del proceso de judicialización, las transformaciones tanto económicas como sociales crearon las condiciones que alimentaron el uso del derecho como mecanismo para la resolución de disputas y protección de los derechos. Entre otras razones, como modo

de canalizar demandas sociales, económicas y políticas que el desmantelamiento del Estado de bienestar dejó desatendidas.

Asimismo, y como un hito relevante para la cultura jurídica y política argentina, el movimiento de derechos humanos, con la recuperación democrática (1983) y aún antes, “interpelaba a la sociedad en nombre del principio del “derecho a tener derechos”. Con su enunciación pública de los derechos humanos ponía en escena la legitimidad de la sociedad civil como fuente de derechos” (Martín, L. 2011 p. 368) Esto le imprime al proceso Argentino particularidades y fortalezas propias que no se dieron en el resto de la región. Como explica Méndez P., los analistas contemporáneos señalan que “en Argentina la judicialización desde abajo procede mayormente del activismo que las organizaciones de derechos humanos llevaron adelante durante la dictadura civil-militar de 1976-1983. Fue precisamente a partir de allí, con la presentación de recursos de amparo como respuesta a la desaparición sistemática de personas, que se inició una larga tradición de movilización legal extendida hasta nuestros días.” (2018 p. 23)

Sin embargo, transcurrida casi una década de aplicación de programas de ajuste estructural del FMI implementados durante las gestiones del presidente Dr. Carlos S. Menem, se produjo la reforma constitucional de 1994. Mediante el reconocimiento de la operatividad de los derechos sociales, económicos y culturales contenidos en el denominado “bloque de constitucionalidad”, el recurso a los tribunales cobra nueva dimensión en las estrategias políticas de las organizaciones sociales, a las que se van sumando nuevos actores sociales y políticos. Cuando sobrevino la crisis de 2001-2002 se produjo un nuevo giro en este proceso de movilización social y discursividad de derechos. La gravísima crisis económica, política y social generó un hecho sin precedentes, que consistió en que la protesta social se dirigiera también a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, era la Corte popularmente conocida como “Corte adicta o de la mayoría automática”, identificándola como parte responsables de la crisis; la consigna era que se vayan todos. “En ese momento la Corte acusaba el índice de credibilidad pública más bajo de su historia y el reclamo popular demandaba la remoción de todos sus integrantes. En ese contexto, diversas organizaciones de la sociedad civil elaboraron una serie de propuestas de cambio institucional orientadas a fortalecer la independencia y la legitimidad del Tribunal” (Ruibal A. 2008 p. 725)

En Este contexto, la renovación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de 2003, mediante nuevos procedimientos de designación de sus miembros etoglucids por Decretory N° 222/03 del Presidente Dr. Nestor Kirchner, “puede reconocerse como un tercer momento instituyente del Derecho, la Ley y la Justicia.” (Martín L., 2011 p. 369) El poder judicial, con la Corte Suprema como cabeza, en su “nueva composición”, se vio obligado a partir de entonces a replantear sus bases de legitimación política y social, lo que se produjo con dierentes matices y diversos devenires, según sus Presidencias, lo cual merece una reflexión aparte.

**

Podríamos concluir este artículo retomando algunas ideas que introducíamos al comienzo referidas a la judicialización como una diversidad de prácticas de carácter heterogéneo y que refieren en términos generales a un reposicionamiento político del poder judicial como instancia de procesamiento de conflictos de diverso tipo. Intentamos correlacionar el fenómeno, con la articulación estratégica sugerida entre gubernamentalidad neoliberal y judicialización, concluyendo que no toda forma de judicialización responde a la misma lógica, y que aún la judicialización programada por dicha racionalidad no siempre opera con los efectos esperados, generando diversas crisis que luego se convierten en nuevos dispositivos de gobierno.

Se producen formas de desvíos, consecuencias a veces impredecibles, ya que se trata de prácticas que actúan en un diagrama de relaciones de poder en el que se entrecruzan diferentes fuerzas, de manera más o menos dinámica según el devenir histórico, lo que deja abierta las posibilidades de pensar ciertas resistencias y transformaciones sociales. Como bien lo expresa Álvarez L. "se trata de una pregunta por el presente, sus límites y posibilidades, y el rol específico de lo jurídico en nuestras sociedades, lo que supone asumir al discurso jurídico como una formación discursiva anclada en las relaciones sociales de poder." (2019 p. 17) Esto supone, como ya mencionáramos, posibilidades de resistencia, pero entraña también ciertos peligros. "El riesgo implícito es el de la desarticulación y la fragmentación de la institucionalidad de lo jurídico, algo que se percibe singularmente cuando el giro judicial deriva hacia el litigio personalizado y carente de debate (en el ataque judicial permanente de las reputaciones) o hacia la indistinción entre Derecho e interés que se manifiesta, por caso, en la calle, ante los tribunales de justicia. Es el riesgo de una deriva hacia la pérdida de la idea misma del Derecho y hacia un recurso a lo jurídico de tipo antipolítico." (Martín L. 2011 p. 389)

Referencias

- Álvarez Luciana 2019. *Función judicial y prácticas de gobierno: apuntes para una genealogía de la judicialización de la política en Argentina*, Revista Estudios. Filosofía Práctica e Historia de las Ideas. (Mendoza: Quellqasqa.)
- Banco Mundial 2002. *Legal and judicial reform: observations, experiences and approach of the legal vice presidency*. (Washington: Banco Mundial)
- Cárcova, Carlos 2001. *Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho*. En: Courtis Christian(comp) "Desde otra mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho" (19-38). (Buenos Aires, Eudeba)
- Castel Robert 2007. *Presente y genealogía del presente Una aproximación no evolucionista al cambio social*. Texto publicado en la obra colectiva; Au risque de Foucault, (Editions du Centre Pompidou, Paris, 2007, pp. 161-168)

- Dezalay Y. et al, B. 2005. *La internacionalización de las luchas por el poder. La competencia entre abogados y economistas por transformar los Estados latinoamericanos*. (México: Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones jurídicas. ILSA)
- Fix Fierro 2006. *Tribunales, Justicia y Eficiencia. Estudio sociojurídico sobre la racionalidad económica en la Función judicial*". (México: UNAM. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3202>)
- Foucault Michel, 2016. *La sociedad punitiva*. (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica)
- Foucault, Michel 2002. *Vigilar y Castigar: Nacimiento de la Prisión*. (Buenos Aires: Paidós)
- Foucault, Michel 2006. *Seguridad, Territorio y Población*. (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica)
- Foucault, M. 2007. *Nacimiento de la biopolítica. Curso en el college de France 1978- 1979*". (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.)
- Foucault M. 1984. Le souci de verité, entrevista con François EWALD, Le Magazine Litteraire
- Galliano Alejandro (2020). *¿Por qué el capitalismo puede soñar y nosotros no?* (Buenos Aires: Siglo veintiuno Editores)
- Grondona Ana, 2011. "Las voces del desierto. Aportes para una genealogía del neoliberalismo como racionalidad de gobierno en la Argentina (1955-1975)" Estudios de Economía Política y Sistema Mundial, Ed, 13)
- Hirschl, Ran. 2006. "The New Constitution and the Judicialization of Pure Politics Worldwide". (*For-dham L. Rev.*, 75: 721-753)
- Lista Carlos 2008. *La justicia en riesgo: el banco mundial y las reformas judiciales en Latinoamérica*, (Anuario del CIJS, Universidad Nacional de Córdoba)
- Martín Lucas 2011. *Giro judicial y legitimidad pública en la política argentina*" Ciudadanía y legitimidad democrática en América Latina. (Buenos Aires, Prometeo Editorial)
- Mendez Pablo 2018. *Neoliberalismo y judicialización de la política: una genealogía posible*. Revista Estudios. Filosofía Práctica e Historia de las Ideas. Vol 20; Dossier; judicialización de la política; una serie de problemas que son los nuestros (Mendoza. Quellqasqa)
- Nosetto, Luciano 2014. *Reflexiones teóricas sobre la judicialización de la política argentina*, (DA-APGE, año 14, N° 23, pp. 93-123. Santa Fe: UNL.)
- Rodríguez Garavito, C. 2006. *Globalización, reforma judicial y Estado de derecho en Colombia y América Latina: el regreso de los programas de derecho y desarrollo*, Revista Iusta, Vol. 1 Núm. 24 (Disponibl en: Revistas.usta.edu.co/index.php/iusta/article/view/3018)
- Ruibal Alba M. 2008. La sociedad civil en el proceso de reformas a la Corte Suprema Argentina. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Sociales. Revista Mexicana de Sociología 70, núm. 4 (octubre-diciembre, 2008: 725-757. México, D.F. ISSN: 0188-2503/08/07004-0)

Palti, Elías José 2005. *Verdades y saberes del marxismo. Reacciones de una tradición política ante su "crisis"*. (Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica)

Santos, Boaventura 2009. *Derecho y Democracia: la reforma global de la justicia*. En *Sociología Jurídica crítica*. (Madrid: Trotta/ILSA)

Trubek, D. et.d, 1974. *Scholars in self-Estragement: Some Reflectionson the crisis in law and development studies in the United States*, *Wisconsin Law Review*. Volume: 4; Issue: 1; Page start: 1062; Page end: 1103.

Mesa 7

Lawfare: la guerra jurídica con fines ilegítimos

Virtudes Della Santa

Foa Torres Jorge Gabriel - Selouma Shams

Nicólas Macchione

VIRTUDES DELLA SANTA*

El caso de la Túpac de Mendoza

Introducción

El 16 de enero de 2016, Gerardo Morales detiene a Milagro Sala, a 37 días de haber asumido el gobierno de la provincia de Jujuy, lo hace a través de su ministro Ekel Meyer, hoy miembro del Superior Tribunal de Justicia de Jujuy, tribunal en el que ya había designado a Pablo Baca y Elizabeth Altamirano, ex- diputados radicales que el día anterior habían votado la reforma judicial (Mamaní, 2020) y a Federico Otaola.

Pero no conforme con eso, “La legislatura creó a su vez un sistema acusatorio para las investigaciones penales y al frente del Ministerio Público Fiscal quedó un funcionario judicial también de origen radical, en el de la Defensa una de las hermanas del vicegobernador Carlos Haquim, mientras que la otra hermana está en la Secretaría de Derechos Humanos, sin experiencia en el tema.” (Hauser, 2016)

Clara Titina Lange de Falcone, fue presidenta del STJ hasta que fue desplazada (18/12/19) por el exabrupto de declarar, pública y abiertamente que no iban a permitir que Milagro Sala quede libre (Página 12, 2019). La reemplazó Pablo Baca quien el 6 de febrero de 2020 pediría una licencia por la filtración de audios en los que decía que Milagro Sala estaba presa porque el gobernador Gerardo Morales no quería soltarla y renunciaría el 14 de marzo de ese año (Dandan, 2020). Un verdadero escándalo, y sin embargo, Milagro Sala sigue presa, como quiere el gobernador Gerardo Morales.

En la provincia de Mendoza, el gobierno de Cornejo seguiría un derrotero similar, nombrando primero a Alejandro Gullé como Procurador de la Corte (30 de agosto de 2016),

(*) Comunicadora Popular, militante de derechos humanos, miembro del Comité por la Libertad de Milagro Sala – Regional Mendoza, integrante del Equipo del Movimiento Ecuménico por los Derechos Humanos – Regional Mendoza, coconductor del programa Temprano para Imposibles, Radio Comunitaria La Mosquitera, El Bermejo, Mendoza.

al cuestionado Virgilio Valerio (8 de noviembre de 2016) (Duberti, Hertlein, Manzotti, 2016: 228 y sgtes) como cortesano, a Mariana Silvestri, como Defensora General del Ministerio Público de la Defensa y Pupilar (9 de marzo de 2017), a su Ministro de Gobierno, Dalmiro Garay (19 de junio de 2018), a la Corte que hoy preside y posteriormente, y ya con Suárez como gobernador, a quien fuera mano derecha de Valerio, Teresa Day (30 de junio de 2020) quién no cumplía los requisitos constituciones para ser Ministra de la Corte, tras fracasar en los reiterados intentos de ampliar la Corte. Todos y todas le responden partidariamente al ex- gobernador Cornejo y su delfín Rodolfo Suárez.

De hecho, “Alfredo Cornejo, hizo 95 nombramientos, entre jueces, fiscales y defensores.” (Verdeslago Wozniak, 2021) con lo cual el discurso republicano del control de poderes e independencia del Poder Judicial, no tiene cabida en el accionar de los gobiernos cambiemitas de Cornejo – Suárez. Veremos también que casi todos los organismos de control están en manos de partidarios suyos y su mayoría en ambas Cámaras de la Legislatura hace ilusoria cualquier fantasía republicana respecto del equilibrio de poderes.

¿Qué entendemos por *lawfare*?

En *Unrestricted Warfare* (1999), QiaoLiang y Wang Xiangsui, dos coroneles chinos, planteaban que la guerra tradicional no alcanzaba en la nueva configuración geopolítica. Proponían entonces tres dimensiones, la “guerra psicológica” orientada a la transformación de las emociones y la influencia en la psiquis de la población, la “guerra mediática” para lograr el control de la opinión pública, y la “guerra judicial”, a los efectos de criminalizar la disidencia. (Vegh Weis, 2021). Charles Dunlap⁽¹⁾, coronel norteamericano lo definía como “uso de la ley como arma de guerra” (Dunlap 2001 cit. por Vegh Weis, 2021). Es relevante este cruce que apunta Vegh Weis entre lo jurídico, la guerra psicológica y mediática, pero que es aplicado, en nuestras latitudes, a sujetos diferentes a los que estos tres autores analizan.

En la actualidad, se considera *lawfare* al uso indebido de instrumentos legales que tienen como fin la persecución política de una persona.

El poder real actúa de manera anónima, usando a parte del Poder Judicial, los medios de comunicación, el poder político y los servicios de inteligencia. Lo que Julio Blanck denominó “periodismo de guerra”. (Ghea, 2019) Aunque sin duda puede rastrearse el fenómeno con anterioridad, desde el Martillo de las Brujas, la historia de la humanidad muestra como el miedo a la otredad ha esculpido las páginas más atroces, cosificando y estigmatizando al que se considera enemigo, a veces simplemente por ser distinto.

(1) Consideraba a los Estados Unidos víctima del *lawfare* por parte de la comunidad internacional para desprestigiar sus intervenciones militares en el exterior.

En un ciclo que se retroalimenta de estigmatización –incriminación– condena, sea esta jurídica o meramente mediática, y finalmente cimentación. En donde lo jurídico y lo mediático se suceden y hasta se yuxtaponen justificándose mutuamente.

En materia jurídica se produce un “derecho penal y procesal penal vergonzante” que se aparta de los principios constitucionales y penales, violando las garantías y los derechos de las personas que son víctimas, fundamentalmente el principio de inocencia (Zaffaroni, Caamaño y Vegh Weis, 2021)

El *lawfare* y el Plan Atlanta, el nuevo Plan Cóndor

Tras la Segunda Guerra Mundial y la no declarada Guerra Fría, Estados Unidos volvió a la Doctrina Monroe, América para los americanos, o sea, ellos, y la retomó con una nueva versión la Doctrina de la Seguridad Nacional, que tuvo como soporte material la Escuela de las Américas.

Todo el continente fue asolado por dictaduras desde “Paraguay, con Alfredo Stroessner, en 1954; Brasil, con Humberto de Alencar Castelo Branco, en 1964; Bolivia, con Hugo Banzer, en 1971; Uruguay, con Juan María Bordaberry; Chile, con Augusto Pinochet, en 1973; y finalmente Argentina, con Jorge Rafael Videla, en 1976.” (Romero, 2019) a la coordinación represiva de todas estas dictaduras se denominó Plan Cóndor.

Se trataba de aplicar las reformas económicas neoliberales, y hacerlo a sangre y fuego, imponiéndolas por el Terrorismo de Estado, como decía Walsh es “En la política económica de ese gobierno debe buscarse no sólo la explicación de sus crímenes sino una atrocidad mayor que castiga a millones de seres humanos con la miseria planificada.” (Walsh, 1977)

La doctrina de Seguridad Nacional propugnó la existencia del enemigo interno, cuya ideología preponderante fue calificada de marxista, foránea o extrajerizante. El cuerpo extraño debía ser aniquilado. Este constituyó el núcleo del discurso genocida.

El Plan económico de Martínez de Hoz llevó a miles de delegados de fábricas, estudiantes, periodistas, profesionales de la salud, docentes, abogades, etc. a ser detenidos –desaparecidos en campos de concentración al estilo nazi, que pasaron por la detención, la tortura, la muerte, la cárcel o el exilio.

En los 80, la creciente conflictividad derivada de la derrota de Malvinas, y el desgaste de las dictaduras en la región, abre una etapa de democratización, pero que pronto se verá condicionada por el Consenso de Washington (1989). “El objetivo de la guerra lo constituyen las mentes de la humanidad” se leía en los ‘80 en los documentos de Santa Fe I y II (Suárez et al 1990, pág. 94). Lo que muestra que el hacha no estaba totalmente enterrada.

“Nuestro concepto del régimen comprende tanto el gobierno temporal como el permanente. En una democracia, el gobierno temporal es el funcionario electo. El gobierno permanente lo constituyen las burocracias y estructuras institucionales que no cambian como resultado de las elecciones, por ejemplo, las fuerzas armadas, el poder judicial y la burocracia civil [...]” (Suárez et al 1990, pág. 118)

Con los 90, la caída del muro de Berlín, y el advenimiento de un mundo unipolar en el que se declaró el fin de las ideologías, nuevamente, las ideas neoliberales se aplicaron, pero esta vez, como la gota de agua que horada la piedra, los medios hegemónicos de comunicación repitieron al unísono un discurso anti –estatista y anti– sindical.

El gobierno de Menem encaró un programa de “cabalísticas” privatizaciones que incluyó la seguridad social con las AFJP (1992). (Ghea, 2019) Y las relaciones carnales incluyeron “Para promover realmente los derechos humanos EEUU debería ayudar a fortalecer los sistemas judiciales en la región.” (Suárez et al 1992, pág. 128) como así también reformas judiciales impulsadas por organismos internacionales como el Banco Mundial y programas de intercambio y formación. “El desarrollo de una política cultural es decisivo para el apoyo de EEUU a la gestión latinoamericana encaminada a mejorar la cultura democrática. El esfuerzo gramsciano por socavar y destruir la tradición democrática mediante la subversión o corrupción de las instituciones que contienen o mantienen esa tradición debe ser combatido. El aumento del presupuesto de la USIA con este problema particular en mente, debe tener la prioridad número uno. La USIA⁽²⁾ es nuestra agencia para llevar a cabo la guerra cultural.” (Suárez et al 1992, pág. 128) El filo del hacha es todavía visible, pero se va a disimular con la inestimable ayuda de las ONG y la USAID. como FORES, el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJAS) creado en 1999 por la OEA, el Consorcio Argentina-Justicia (ARGENJUS), el Instituto Gallup, la Fundación LIBRA, una ONG sugerida y promovida directamente por el Banco Mundial. (Rowat et alt.; Álvarez, pp. 86/87 1995 cit. por Gambina et al 2013).

Rodríguez-Garavito estima que entre 1994 y 2002 esta “cooperación” ha destinado aproximadamente 500 millones de dólares en la región para reformas judiciales. El Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Banco Mundial (BM), por su parte, entre 1992 y 2007 han “invertido”, 400 y 150 millones de dólares, respectivamente (Rodríguez-Garavito 2011 cit. por Gambina et al 2013)

Las recetas del FMI terminaron en la crisis del 2001, que se fue extendiendo en la región, en contraposición, liderazgos populares fueron ganando las elecciones primero en Venezuela, Hugo Chávez Frías (1999-2013), Lula en Brasil (2003-2010), Néstor Kirchner en Argentina (2003-2007), Evo Morales en Bolivia (2005–2019), Cristina Fernández de

(2) Agencia de Información de Estados Unidos. En 1999 sus funciones de radiodifusión fueron trasladadas a la recién creada Broadcasting Board of Governors, y sus funciones de información de intercambio y no radiodifusión fueron trasladadas a la recién creada Under Secretary of State for Public Diplomacy and Public Affairs del Departamento de Estado de los Estados Unidos. (Wikipedia)

Kirchner (2007-2015), Rafael Correa en Ecuador (2007-2017), Dilma Rousseff en Brasil (2011-2016).

“Bajo la consigna de independencia económica y soberanía política, estos gobiernos comenzaron a fortalecer alianzas estratégicas regionales con el fin de lograr, mediante la puesta en marcha de políticas públicas de inclusión y justicia social desde el Estado, alcanzar la igualdad, garantizar derechos sociales, ampliar otros y crear los que no existían.” (Ghea, 2019)

Estas políticas generaron grados inéditos de soberanía e independencia de la égida de los Estados Unidos, cuyo momento más alto se dio en la III Cumbre de los Pueblos (2005), desarrollada en Mar del Plata, en la que se enterró el ALCA, el nacimiento de UNASUR (Ghea, 2019) y las presentaciones en la Asamblea de NU contra los fondos buitres.

Precisamente, los fondos buitres decididos a derrotar al gobierno de Cristina Fernández de Kirchner arman American Task Force Argentina (ATFA) comandada por Paul Singer, Robert Shapiro, Robert Raben y Nancy Soderberg (Justo, 2014), y establecen alianzas con los sectores de la Mesa de Enlace (Diario Registrado, 2014), medios hegemónicos, el grupo Ahhh y conocidos trolls como Yamil Santoro, Maximiliano Mai y Lucho Bugallo (Bruschtein, 2013). Pruebas al canto, entre las primeras medidas del gobierno de Macri estuvo el pago íntegro, sin protesta alguno de todas y cada una de las acreencias que reclamaban los Fondos Buitres.

La contraofensiva no sólo se desarrolló en Argentina, hubo una alerta temprana con el fallido golpe a Chávez, el 11 de abril del 2002. Siguieron el intento de golpe a Morales en Bolivia en 2008, que se desarrolló en paralelo al conflicto por la resolución 125 en Argentina, el golpe blando a Manuel Zelaya en Honduras en 2009, el intento de golpe policial a Correa en Ecuador en 2010, la destitución de Lugo en Paraguay en 2012, la destitución de Rousseff en Brasil en 2015.

Dos son los argumentos trascendentales que se barajan, la corrupción esgrimida por el honestismo, y algunas ONG, que se vinculan a Transparency Internacional, como Poder Ciudadano, de la que fue presidenta Laura Alonso, y el autoritarismo.

El “honestismo” es según Bielsa y Peretti “una manipulación con sentido político del concepto de honestidad, donde el medidor de la pureza republicana maneja a su antojo el poder dominante; y trata de imponer su propio criterio de virtud” (Bielsa y Peretti, 2019)

La novela de la corrupción ha sido presentada como el mayor y más grave problema de las democracias, pero además, por alguna razón misteriosa, imposible de develar, la única corrupción que mata es aquella de la que se acusa a los gobiernos populares. Odebrecht, la empresa brasileña que desató el escándalo del Lava Jato, y terminó con la prisión de Lula, tuvo relaciones en al menos 10 países latinoamericanos, en todos los cuales hubo acusaciones a funcionarios públicos, surge de una investigación del Departamento de Justicia de EEUU. En la Argentina, fueron involucrados el ex-ministro

Julio De Vido, los ex-secretarios José López, el hombre de los bolsos, y Roberto Baratta, por una parte y Gustavo Arribas, ex-jefe de la AFI, por la otra. Los 3 primeros estuvieron presos, y el ex - funcionario macrista, sigue intentando salir de país, pero con su libertad intacta. Marcelo Odebrecht por su parte, a pesar de contar con una condena de 19 años y cuatro meses, de los cuales sólo cumplió 2 y medio, no se encuentra en prisión, tras haber realizado un acuerdo con la justicia brasileña. (Oliveira y Mendonça, 2017)

En la sesión del 22 de agosto de 2018, en la que se autorizaron los allanamientos a Cristina Fernández de Kirchner solicitados por Bonadío, este clarificador fragmento del discurso de la ex-presidenta, desnuda el núcleo del Plan Atlanta: “Creo que esta instrumentación del Poder Judicial que se da aquí en la Argentina, que se da en Brasil, que se da en Ecuador es una estrategia regional. No tengo ninguna duda. Y creo que quienes estamos sentados en estas bancas, con mayores o menores diferencias, también lo sabemos.

Pero por qué es necesario esto. ¿Por qué hay que suprimir? Porque alguien dijo que esto le puede pasar a cualquiera. ¡Error! ¡Error! ¡Estas cosas no le pasan a cualquiera! ¡Si los cualquiera votan lo que quiere el poder, si los cualesquiera o “cualquieros” – cualesquiera o “cualquieros” – levantan la manito para reforma previsional, para pacto fiscal, para lo que necesite el poder de turno, no le pasa nada a nadie!

¡Es mentira! ¡Estas persecuciones les pasan a los que con errores y con aciertos creemos en algo y defendemos ese algo! ¡Y yo creo en lo que hice como presidenta de los argentinos! ¡Creo en la redistribución del ingreso! ¡Creo en el empoderamiento de los derechos! ¡Creo en las universidades públicas! ¡Creo en la ciencia y la tecnología! ¡Creo en todas y cada de esas cosas! ¡Creo en el desendeudamiento como un instrumento de autonomía en la toma de decisiones de un país! ¡Sí, creo en esas cosas! ¡No me van a hacer arrepentir! ¡Si creen que con los Bonadío, con los desafueros, me voy arrepentir, no! ¡No me arrepiento de nada de lo que hice! ¡En todo caso, me arrepiento de no haber sido lo suficientemente inteligente o amplia para convencer y persuadir de que lo que estábamos haciendo, con errores o con aciertos, había mejorado la vida de millones de argentinos y había mejorado la posición de la República Argentina! (Diario de Sesiones, 2018, p. 61).

En el nombre de la rosa está la rosa

Vale la pena reproducir aquí las palabras de Ricardo Lorenzetti⁽³⁾, en la apertura del año judicial, porque demuestran cabalmente hasta que punto se enroló en la construcción del “derecho penal vergonzante” y el “derecho procesal penal vergonzante” del que nos advierten Zaffaroni y Caamaño:

(3) El 4 de abril de 2017, Lorenzetti y Moro, el juez del Lava Jato, comparten un encuentro junto a otros jueces federales como Bonadío, Irurzún, Lijo, Canicoba Corral, Ercolini y Casanello. Lorenzetti, Bonadío y Moro, posan sonrientes para la foto.

“La Corte Suprema, en el año 2014, hizo este mismo acto enfocado en la idea de luchar contra la impunidad. Ese era un momento muy especial de nuestro país. Luchar contra la impunidad significaba un cambio de paradigma que muchos países hicieron. Nuestros sistemas procesales fueron pensados en la defensa porque había que defender frente a los abusos del Estado, frente a los abusos de muchos otros. Entonces había que diseñar un sistema defensivo en materia procesal penal. Pero las sociedades fueron cambiando y se necesitó un sistema más pensado en el ataque, y no hay ataque si se usa la defensa. Entonces hay países que cambiaron fuertemente: concentraron las defensas, limitaron los recursos y se concentraron en la lucha contra la impunidad.” (Lorenzetti, 2018 cit. Ghea, 2019).

Será imposible abarcar en estas páginas todos los sucesos que durante los escasos 4 años de macrismo se materializaron en efectivas rupturas de las instituciones. Pero no podemos obviar la persecución a la Procuradora Gils Carbó, la revelación de la existencia de la “Mesa Judicial Macrista” y la investigación llevada adelante por el juez Alejo Ramos Padilla.

“De esta investigación que lleva adelante el juez Ramos Padilla, queda en evidencia el andamiaje mediático, judicial, político y de inteligencia, que se dedicaron a armar causas con falsos testigos, falsas declaraciones, falsos arrepentidos y testigos protegidos, que tenían como fin perseguir y encerrar a personas sin pruebas y sin el debido proceso judicial.” (Ghea, 2019)

En el informe del relator especial para la Independencia de Jueces y Abogados de Naciones Unidas, Dr. Diego García Sayán, se detallan muchos de los atropellos y maniobras destinados a disciplinar al Poder Judicial, como violaciones flagrantes a las garantías constitutivas del debido proceso. (García Sayán, 2019)

Lanata, siempre Lanata o de cómo se efectúa la construcción mediática de un caso

Tras las denuncias de Stolbizer del 17 de noviembre de 2016, el 20, Lanata dedica parte su programa a la Túpac, lo inicia diciendo “Bueno, sabés que Milagro Sala, la líder de la Túpac, lleva 11 meses presa por defraudación al Estado, asociación ilícita y otros delitos de corrupción. Ahora, lo que te vamos a contar en esta nota no pasa en Jujuy, pasa en Mendoza [...]” más adelante agrega “la organización que lidera (Milagro Sala) sigue fuerte. La Túpac Amarú, encontró en Mendoza, un lugar donde seguir expandiéndose fiel a sus métodos.” El Intendente Righi, quien en ánimo de desvincularse del tema, declara “[...] nos encontramos con una situación que nos supera porque la organización se ha manejado y se ha conducido por sí misma y con los contactos directos de la Nación”, sumándose a la hipótesis de que es delictivo el propio hecho de la organización social, que viene construyendo la edición del programa televisivo, desconociendo, además, que le explotará en la cara cuando menos lo espere. (Lanata, 2016)

Las acusaciones esgrimidas por las entrevistadas Dora y Liliana Fernández, Emilse Martínez y Raquel Anzoategui, son ser obligadas a ir a marchas, usar pechera, cumplir 8 horas mensuales de voluntariado y pagar \$ 80 de cuota social.

Claro, nunca se explica que la organización tiene estatutos y principios y que nadie fue obligado a participar, si hay algún tipo de duplicidad, ella está en quienes se acercan a la organización sólo para obtener una vivienda y no por el ideario que está declarado abiertamente por la organización, llevando una bandera en la que se encuentran los rostros de Túpac Amarú, Evita y el Che. Lo que no se quiere explicar es que si no participaran de una organización, a través de cooperativas de trabajo que construyen viviendas, jamás podrían acceder a una vivienda por el sistema del IPV, que es muy rígido en cuanto a requisitos y que sólo se flexibiliza cuando los gobiernos abren el juego a la participación de organizaciones sociales que construyen, sea por ayuda mutua o cooperativas, que reducen a un tercio los costos que presentan las empresas constructoras. Participación que por cierto tiene una larguísima tradición en la provincia.

“Ahora Uds. entienden el hecho de no tener escritura es una especie de secuestro. Uno está condicionado a que en algún momento lleguen y te saquen a patadas porque la escritura no la tenés” profundiza Lanata, SECUESTRO, dice, a lo que su compañera en el piso, Mariana Duffard, reconoce que no es función de la Túpac escriturar, y rápidamente aclara que el gobierno y el IPV deslindan su responsabilidad, y eso que son las autoridades que deben realizar la escrituración, alegando que “[...] hay que presentar planos, como que los papeles que eso si se encarga la Túpac, no están en orden y entonces no se puede escriturar” (Lanata, 2016) hipótesis que serían todas desmentidas por el Tribunal de Cuentas de la Provincia de Mendoza, y que puede aventarse apenas con una somera lectura de los convenios firmados, en los cuales, está claramente establecida la responsabilidad de la organización, del municipio y del IPV, en los que cada desembolso está condicionado a los avances de obra, que son controlados por el municipio y el IPV, cosa que el Director del IPV, Daniel Salomone, miente descaradamente al corroborar la falaz aseveración de Duffard según la cual “las cooperativas hasta el año pasado cobraban hasta el 70% del convenio con apenas el 20% de la construcción”. Aunque debe reconocer que es la Túpac Amarú la agrupación que más viviendas tiene construidas y en ejecución. (Lanata, 2016).

Este es el inicio de una furibunda campaña con titulares como “Lanata mostró cómo extorsiona la Túpac Amarú en Mendoza a los militantes”, Mendoza Post del 20/11/16, “Como es el negocio extorsivo de la Túpac Amarú con las viviendas sociales”, La Nación, también del 20, en un párrafo refiere “La organización, que viene apostando a la inocencia de Sala desde su detención el 16 de enero, se ve envuelta en un escándalo. Sala, la referente kirchnerista detenida e imputada por supuesta “instigación a cometer delitos y tumultos” por una denuncia del gobernador, también está investigada por el presunto manejo irregular de los fondos públicos recibidos para construir viviendas en la provincia, ahora se enfrenta.” (La Nación, 2016), “Cómo es el sistema de “fidelidad militante” de la Túpac Amarú en Mendoza” El Sol, del 21/11/16, “Catarata de denuncias

contra Túpac Amarú en Mendoza, tras el informe de Lanata” en Clarín del 22/11/16, “Se rompe la Túpac” de Unidiversidad, de la misma fecha.

Desde noviembre del 2016 al 7 abril del 2017, en que Nélide Rojas se presenta ante la Fiscalía conducida por Gabriela Chaves, momento en que es detenida, junto a su marido, su hermano Ángel y dos de sus hijas, Carla y Leonela Martínez, no había novedades judiciales que hubieran sido notificadas judicialmente. Más adelante sería detenida la nuera y el hijo de Nélide, Fanny y Federico.

En el momento de la detención la Fiscal esgrimió como acusaciones la asociación ilícita, estafa, coacción agravada, usurpación y extorsión. Coacción era decidir en asamblea participar de las marchas de Ni una menos. Estafa era cobrar la cuota social.

La fiscal recorrió las barriadas para sumar denuncias, unas ciento cuarenta, en las que se repetían los motivos y las argumentaciones. Allaná las casas de todos los miembros de la familia Rojas-Martínez y se llevaron toda la documentación respaldatoria de las cooperativas de trabajo, para después decir que no existían y entonces inventaron una causa con la AFIP por evasión. Hasta las netbooks de los pibes se llevaron embolsadas a la fiscalía, para amontonar polvo e ignominia durante estos 4 años.

Cabe destacar que en la provincia rige el sistema acusatorio, por lo cual existe la figura del Juez de Garantías, quien debe velar por el cumplimiento de los procedimientos y los derechos de los imputados. Sin embargo esto no pasó en el caso de Cristina Pietrasanta y la Octava Cámara del Crimen consideró: “[...] la falta de fundamentación de lo resuelto por la Titular del Primer Juzgado de Garantías, por violación de lo dispuesto en el Art. 155 del C.P.P., basta para confirmar tal circunstancia, con escuchar las numerosas horas de audiencias que demandaron las argumentaciones de las partes y lo escueto de las brindadas por la Jueza, quien [...] se limita a sostener que esa circunstancia se encuentra presente y, en pocos minutos, con la afirmación de que existen elementos de convicción suficiente, menciona literalmente a lo señalado en los decretos de avoque -en relación a la plataforma fáctica-, omitiendo realizar cualquier análisis crítico del material probatorio [...]” (Octava Cámara del Crimen – Poder Judicial de Mendoza, 2017, pág. 3 y 4) Más adelante el tribunal le reprocha la falta de control sobre las detenciones ordenadas por la Fiscal, violentando el principio de inocencia.

Este fallo ordena la libertad de Nélide y sus familiares el 4 de setiembre del 2017, sin embargo la persecución se profundizaría, y el gobernador realizaría un ataque inusitado contra el Tribunal señalándolo como parte de Justicia Legítima. (Cornejo, Alfredo 2017)

La persecución a los jueces de la Octava Cámara

La belicosidad de Cornejo es tal que la Asociación de Magistrados emitió un comunicado; “Una vez más los medios de prensa de la Provincia publican actos que implican directamente intromisiones del Poder Ejecutivo en las decisiones jurisdiccionales. En

estos últimos meses los objetivos han sido la 8va. Cámara del Crimen y la 3ra. Cámara Civil." (Martínez, 2018)

Pero no quedó en palabras, se produjo entonces el intento de juicio político contra los jueces de la Cámara, impulsado por el inefable asesor de Garavano, Carlos Aguinaga, que fue rechazado el 15 de marzo de 2018. (Peralta, 2017)

El ex-gobernador, lanzó una acusación insólita contra la Octava Cámara del Crimen, la acusó de "Camarón", aquel engendro que fue creado por la dictadura de Lanusse para perseguir actividades políticas consideradas subversivas. (Scocco, 2019) Semejante acusación en boca de quien ha reformado todos los Códigos Procesales, nombrado 95 magistrades, 3 miembros de la Corte, a la cabeza del Ministerio Público de la Defensa, al Procurador de la Corte, al presidente del Tribunal de Cuentas su conmlitón Néstor Parés (28/11/19) y que tiene amplia mayoría en ambas Cámaras de la Legislatura, suena a broma, una broma cruel y siniestra. No sólo se garantiza la persecución de sus enemigos políticos, sino que también se garantiza la impunidad de sus partidarios.

El asesor ministerial

Carlos Aguinaga, quien fuera senador por el Partido Democráta, aliado del PRO en Cambia Mendoza, hasta 2014, fue nombrado asesor del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, y se convirtió en el abogado de las denunciantes de la Túpac Amarú, Milena Gómez, Liliana y Dora Fernández, que fueron premiadas por la administración de Cornejo con una vivienda, publicitada en la tapa del Clarín local, el diario Los Andes. Y recalco, una vez más, esta iniquidad se practicó a la vista de todes, se publicó en los diarios y portales.

A Vandenbroele, Patricia Bullrich, le regaló un hotel boutique La Masía, en Chacras de Coria, por acusar a Amado Boudou, pero intentaron mantenerlo en secreto.

La intervención de un asesor ministerial revela, además, que el plan de persecución a la Organización Social Túpac Amarú fue nacional, y no hubo ni improvisación ni titubeos. Una prueba más de ello es que las multas por movilizarse que se aplicaron en función del Código de Convivencia municipal, fueron enviadas a Jujuy, y esto sucedió cuando el actual gobernador era intendente, por aplicación del Código de Convivencia que sanciona las manifestaciones en la vía pública.

Day y Valerio. A confesión de parte relevo de prueba

Según surge de las declaraciones de la Dra. Day en el expediente: "el día viernes 07 de abril del corriente, la doctora Chaves concurrió a mi oficina para informarme que estaba preocupada por la demora que se había producido por la tramitación de un allanamiento.

Que lo había presentado el día anterior y le habían informado que a primera hora del día viernes iban a tenerle el resultado, ella viene a mi despacho porque no era un allanamiento común e implicaba un gran despliegue policial y de gendarmería, se iba a realizar en horas de la madrugada y necesitaba gran cantidad de autos y choferes, por eso era su preocupación. Yo le manifesté que por nuestra parte se quedara tranquila, que iba a contar con toda nuestra disposición, hice un llamado a choferes para advertirles que iba a necesitar más autos o choferes para que lo tengan previsto, eso debe haber sido a las 10:00 horas de la mañana. Además me manifestó que el problema que tenía era que no había titular en el juzgado, que el titular del sexto juzgado era el Dr. Mangiafico estaba de licencia y que la subrogante que era del Segundo tenía un problema de competencia y además el lunes cambiaba el subrogante a las 00:00 horas, que era el Dr. Parma, lo cual podía darse la posibilidad de que lo otorgase o no, el allanamiento era para el lunes. Yo le manifesté que me iba a comunicar con el Dr. Parma porque lo conozco, atento a que ha sido mi juez, para que corrobore y para ver si había un problema con la secretaria. Yo al Dr. Parma lo puse en conocimiento para saber si podía ser factible que el allanamiento saliera el lunes o no [...] A las 13:15 horas, vuelve el Dr. Parma a mi despacho y me manifiesta que habló con la secretaria del Sexto Juzgado de Garantías y que el tema de competencia no era fácil, estaba complicado y que seguramente iba a tratar ese tema antes, por lo cual él creía que no iba a salir el allanamiento para el lunes como nosotros pretendíamos. [...] Inmediatamente llamé por teléfono al Dr. Valerio manifestándole mi molestia por la actitud de los jueces en general que ponían la competencia como excusa para no resolver el fondo de un asunto que implica un allanamiento muy grande y que habían más de 70 personas afectadas el día lunes. El Dr. Valerio me dijo que venía en camino hacia la Corte y que me esperaba en el despacho. Inmediatamente la llamé a la Dra. Chaves y le pedí que me trajera el expediente con lo proveído por el juez subrogante del Sexto Juzgado de Garantías, esto fue a las 13:40/13:45 horas. La Dra. Chaves me entregó el expediente y con él me dirigí al despacho del Dr. Valerio donde le mostré el decreto en el cual no resolvían la situación del allanamiento ni otorgándolo ni rechazándolo y que eran las 13:45 horas por lo cual no tenía juez porque acostumbran retirarse a las 13:30 horas y la Mesa de Entradas cerraba las 13:00 para recibir algún escrito.

A lo que el Dr. Valerio me respondió que me quedara tranquila, que la juez estaba en su despacho ya que él le había solicitado que permaneciera en el mismo hasta que él pudiera ver de qué se trataba el pedido de allanamiento urgente con características especiales por la gran cantidad de estructura que hay que mover para realizarlo.”

“Durante el *lure* a la Octava Cámara, Valerio jugó un papel crucial para obligar a Palermo y Gómez a inhibirse de participar como jurados del mismo debiendo procederse a su reemplazo por conjueces Uliarte y Abalos, con su propia excusación. El argumento era que finalmente integraría la Sala que tendría que resolver la queja presentada por la Fiscal Chaves” (Comisión de Derechos y Garantías de la Cámara de Diputados de Mendoza,

2018) cuando esto sucedió, y el recurso presentado por la fiscal recayó en la Sala Penal de la Corte integrada por Valerio, Palermo y Gómez, el gobierno provincial recrudeció los ataques contra el Dr. Palermo, que había pedido una licencia por estudios. Valerio realizó su jugada. La Fiscal Chaves pidió la suspensión de las actuaciones, y Palermo tomó su licencia. Con una nueva integración, Valerio, Gómez y Llorente, que había intervenido, en el juicio político a la Octava Cámara, es decir, había preopinado, la Sala Penal de la Corte anuló la sentencia de la Octava Cámara del Crimen.

La utilización electoral y el disciplinamiento social

El 26 de abril de 2019, la Fiscal Gabriela Chaves citó a declarar al intendente de Lavalle, Roberto Righi, y lo imputó por peculado. Era viernes, ese domingo eran las elecciones en Lavalle, en las que Righi era candidato. Otro de los imputados era Omar Parisi, ex – director del IPV. (Sanz, 2019) Tras dos años, sin que la causa avanzara, los fiscales que reemplazaron a Chaves en la investigación de las causas, solicitaron el sobreseimiento de los funcionarios. “Además de Righi, también eran investigados los ex funcionarios Manuel Moreno Serrano y Jorge Mario Pérez; otro agente municipal, José Blanco, los ex titulares del IPV Omar Parisi y Carmelo Simó, y los funcionarios del ministerio de Desarrollo de la Nación David Acuña, Jorge Álvarez y Carolina Arribi.” (El Sol, 2021)

Aquí se manifiesta claramente la intencionalidad política al haber imputado a un intendente, varias veces reelegido y contra el cual, el candidato de Cambiemos no tenía chances, pero hay otra función que bien señalan Bielsa y Peretti como uno de los objetivos: “desmoralizar a “la tropa”, mostrando que sus líderes son “todos unos corruptos”, que no buscan el bien común sino el provecho personal.” (Bielsa, 2019)

De fake news y arrepentidos que no lo son

Un último capítulo se desarrolló en mayo de este año cuando los medios presentaron la condena a una ex-delegada, expulsada en 2014, como la primera condena en la causa de la Túpac Amarú. Los Andes tituló: “Una condena y nuevos arrepentidos dan más fuerza a la causa Tupac”. (Torrez, 2021) La defensora oficial, Graciela Cola, fue la que instruyó a su pupila a declararse culpable en juicio abreviado, lo que demuestra la debilidad jurídica de las acusaciones contra Néliida y su familia. Resta recordar que a la cabeza del Ministerio Público de la Defensa se encuentra, Mariana Silvestri, nombrada por Cornejo, del mismo modo que hizo Morales en Jujuy, colonizando todos los resortes jurisdiccionales para llevar a cabo su siniestro plan.

La venganza oligárquica se ensañó con la Túpac Amarú en Jujuy y Mendoza, como el poder colonial lo hizo con el líder originario del que la organización tomó el nombre. Este es el *lawfare*, cuyo principal objetivo ha sido confesado por Sanz, Titina y Baca, responde a los intereses de clase, políticos y económicos. No quiero terminar sin mencionar otras conse-

cuencias que tienen que ver con la salud, los ataques de pánico, la depresión, la pérdida de afectos, la falta de trabajo, de las que aún hoy son víctimas no sólo los familiares de Nélide, sino también algunas de las delegadas y los delegados también imputados en las causas inventadas por Cornejo y Chaves y que el Fiscal Flavio D'Amore que actualmente tramita la causa no ha sido capaz de denunciar como falaces y armadas, porque en Mendoza como en Jujuy el *lawfare* sigue vivo y activo mientras esté Cambiemos en el gobierno.

Una última y destacada mención a los abogados de la familia Rojas-Martínez que batallan contra este aparato mediático – judicial, Alfredo Guevara, Guillermo Guzzo y Horacio Báez.

Referencias

- Bielsa, Rafael y Peretti, Pedro 2019** *"Lawfare guerra judicial-mediática. Desde el primer centenario hasta Cristina Fernández de Kirchner"*, Ariel, Buenos Aires.
- Bruschtein, Luis 2013** "Por las víctimas de Rosario", Página/12, 9 de agosto de 2013, Buenos Aires <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-226367-2013-08-09.html>
- Cornejo, Alfredo 2017** Repercusiones por el polémico fallo que liberó a la líder de la Túpac Amarú en Mendoza, CuyoNoticias, 6 de setiembre de 2017 <https://youtu.be/2eRw2fF4eo>
- Dandan, Alejandra 2020** "Limpiar el sótano", El cohete a la luna, 26 de enero de 2020, <https://www.elcoheteealaluna.com/manada-en-llamas/>
- Diario de Sesiones Cámara de Senadores de la Nación, 13a Reunión – 6a Sesión Especial, 22 y 23 de agosto de 2018.
- Diario Registrado 2014, 11 de julio de 2014, https://www.diarioregistrado.com/politica/carbap-critico-el-silencio-de-la-mesa-de-enlace-y-repudio-el-lobby-contra-la-carne_a54a7662542b51e2eea-014bea
- Duberti, Mercedes, Hertlein, Martina, Manzotti, Gabriela, 2016.** *"Panorama de la violencia de género en Mendoza"* en Informe Anual Xumek Situación de los derechos humanos en Mendoza, Mendoza
- El Sol 2021 "Tupac Amaru: pidieron el sobreseimiento de Roberto Righi" 28 de abril de 2021 <https://www.elsol.com.ar/mendoza/tupac-amaru-pidieron-el-sobreseimiento-de-roberto-righi>
- Gambina, Julio C., Rajland, Beatriz, Campione, Daniel, Puello Socarrás, José Francisco, Vázquez Duplat, Ana María 2013** "Neoliberalismo y reforma judicial: la posición de la Federación Judicial Argentina", FISYP CLACSO, Buenos Aires <http://biblioteca.clacso.edu.ar/Argentina/fisyp/20130829125838/JudicialesInteriorCat.pdf>
- García-Sayán, Diego, 2019** "Mandato del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados", recuperado en Revista de Pensamiento Penal, 2019 <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/11/miscelaneas48312.pdf>
- Ghea, María Elisa 2019** "El método de *lawfare* para la persecución de Cristina", Tesis Doctoral en Comunicación Facultad de Periodismo y Comunicación, UNLP, La Plata
- Hauser, Irina 2016** "La independencia se quedó en el discurso" en Página/12, 19 de enero de 2016, Buenos Aires <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-290647-2016-01-19.html>

- Justo, Marcelo 2014** "Como opera el lobby de los "fondos buitres" que se enfrentan a Argentina", en BBC Mundo 30 de julio de 2014, https://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/07/140728_economia_argentina_lobby_fondos_buitre_atfa_yv
- La Nación, 2016 "Como es el negocio extorsivo de la Túpac Amará con las viviendas sociales", La Nación 20 de noviembre de 2016, <https://www.lanacion.com.ar/politica/como-es-el-negocio-extorsivo-de-la-tupac-amaru-con-las-viviendas-sociales-nid1957992/>
- Lanata, Jorge 2016** "Militancia por ladrillos" en Canal 13, PPT, 20 de noviembre de 2016, Buenos Aires.
- Mamaní, Mariana 2020** "Morales impuso a su ministro Ekel Meyer en la Corte Suprema de Jujuy" en Página/12, 18 de diciembre de 2020, Buenos Aires.
- Martínez, Armando 2018** "La Asociación de Magistrados le contestó a Cornejo", Unidiversidad, 9 de marzo de 2018, <https://www.unidiversidad.com.ar/la-asociacion-de-magistrados-respon-dio-a-las-denuncias-de-cornejo>
- Octava Cámara del Crimen - Poder Judicial de Mendoza, Autos N° P-50.932/17, caratulados "Incidente de Apelación en autos P- 29.830117 "Rojas Montenegro y ots. p/ Asociación Ilícita" Apelación N° 7.213/1/C, y todos sus acumulados, y P- 49.078/17 caratulados "Acción de Habeas Corpus a favor de Nélica Rojas), Apelación N° 7233/3, 4 de septiembre de 2017
- Oliveira, Regiane y Heloísa Mendonça 2017** El País "Marcelo Odebrecht sale de la cárcel tras permanecer solo dos años y medio" 20 de diciembre de 2017, https://elpais.com/internacional/2017/12/18/actualidad/1513607230_658500.html
- Página/12, 18 de diciembre de 2019, "Lange de Falcone fue desplazada de la presidencia de la Corte de Jujuy", <https://www.pagina12.com.ar/237091-lange-de-falcone-fue-desplazada-de-la-presidencia-de-la-cort>
- Peralta, Daniel 2017** "Víctimas de la Tupac piden Jury a jueces que liberaron a Nelly Rojas", Los Andes, 22 de diciembre de 2017 <https://www.losandes.com.ar/article/view/?slug=victimas-de-la-tupac-piden-jury-a-jueces-que-liberaron-a-nelly-rojas>
- Romero, Mar 2019** "La Operación Cóndor y la persecución de la izquierda en América Latina", El Orden Mundial, <https://elordenmundial.com/operacion-condor-izquierda-america-latina/>
- Sanz, Christian 2019** "La fiscal que imputó a Righi: "No tengo en cuenta la agenda política" Mendoza Post, 25 de abril de 2019 <https://www.mendoza.com/nota/118784-la-fiscal-que-imputo-a-righi-no-tengo-en-cuenta-la-agenda-politica/>
- Scocco, Marianela 2019** De los consejos de guerra al Camarón. respuestas represivas a las protestas sociales (1969-1973) Anuario de la Escuela de Historia Virtual Año 10, N° 16, 2019, pp 56-70
- Suárez, Carlos O., Laborde, Julio, Corbière, Emilio J., Brunatti, Luis P. 1990** "La estrategia neocolonial del Imperio para los años '90" Los libros de GenteSur Ensayos, 11 de junio de 1990, Buenos Aires.
- Vegh Weis Valeria 2021** "El lawfare como golpe por goteo" Revista Pensamiento Penal, septiembre de 2021, No. 403.
- Verdeslago Wozniak, Fernanda 2021** "Rodolfo Suárez no puede designar 26 nuevos jueces por jubilaciones demoradas" en Los Andes, 31 de agosto de 2021, Mendoza
- Walsh, Rodolfo 1977** "Carta abierta a la Junta Militar" en CELS <https://www.cels.org.ar/common/documentos/CARTAABIERTARODOLFOWALSH.pdf>
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Caamaño, Cristina y Vegh Weis, Valeria, 2021** "Bienvenidos al Lawfare. Manual de pasos básicos para demoler el derecho penal", Capital Intelectual, Buenos Aires

FOA TORRES JORGE GABRIEL* - SELOUMA SHAMS**

Del Terrorismo de Estado al *Lawfare*: los laberintos del juridismo neoliberal

Este trabajo busca dar cuenta del fenómeno del *Lawfare* en el marco de un abordaje crítico de lo jurídico que abreva en corrientes posmarxistas y en la enseñanza psicoanalítica freudiano-lacanianiana. De tal modo, la cuestión del *Lawfare* no es vista exclusivamente como un problema de politización de la justicia ni tampoco de judicialización de la política. De la imbricación de ambos campos, el jurídico y el político, ya ha dado cuenta suficientemente la teoría crítica del derecho. No se trata, por tanto, aquí de propugnar ni el retorno a un derecho neutro o puro ni correr hacia la búsqueda de un orden jurídico subordinado a tal o cual régimen político.

A diferencia de ello, afirmamos que la cuestión nodal se juega en nuestra época en la instauración de lo jurídico como ilimitado, bajo el predominio de la producción de subjetividad neoliberal. En este sentido, concebimos a lo neoliberal como no limitado a lo económico ni tampoco a lo normativo, sino como conjunto de dispositivos orientados a la disolución de lazos sociales. Y que, bajo su dominio, se puede constatar la erosión o caída del estado de derecho liberal y las formas de subjetividad modernas, en favor de las figuras del empresario de sí y de la subjetividad troll.

En definitiva, la conjetura principal de este artículo es que el hilo de Ariadna que conecta al terrorismo de Estado impuesto durante la última dictadura cívico-militar en Argentina y las recientes prácticas de *Lawfare*, reside en el modo de producción de subjetividad neoliberal implicado en ambos procesos.

(*) Dr. en Ciencia Política y Abogado. Investigador Adjunto de CONICET- CCONFINES – UNVM jorgefoa-torres@gmail.com

(**) Lic. en Ciencia Política. Doctoranda en Derechos Humanos. Becaria Interna Doctoral CONICET – CCONFINES – UNVM seloumashams@gmail.com

Introducción

En los últimos años hemos visto una faceta creciente del Poder Judicial en la que se desarrolla el despliegue de estrategias desestabilizadoras y de persecución política de dirigentes populares, incidiendo en el “desbalance” del principio republicano sobre el equilibrio de poderes. Este fenómeno común en los países de la región, con dirigentes y gobernantes de corte democrático popular, a través del mismo dispositivo articulado entre poder judicial y medios de comunicación, deja ver cuán poco aún conocemos de las dinámicas jurídico-políticas y las lógicas que el discurso capitalista entrama en ellas.

Así como no es casual que el dispositivo funcione anclado a instituciones que no pasan por el voto popular, tampoco lo es cuando van detrás de la deslegitimación y criminalización de figuras que denuncian los efectos del capitalismo financiero transnacionales y las instituciones de crédito internacionales (a quien podríamos denominar como establishment económico en los países del Cono Sur). Ahora bien, su condición de posibilidad dista de ser mediante la decisión unilateral de un Juez, o la construcción de una noticia que respalde el sobrepaso sobre las garantías constitucionales. Por el contrario, el *Lawfare* como “derecho de guerra” es un modo del discurso jurídico en tanto productor de subjetividad neoliberal en el marco del discurso capitalista, donde no hay lazo ni amos, sólo círculo infinito e ilimitado de goce.

Siguiendo la tesis de Blakely (2009), la implantación del neoliberalismo en la región de la mano de los genocidios provocados por gobiernos militares y autoritarios, implicó la inserción de estos países en el orden neoliberal global. No obstante, desde nuestra mirada, ello no condujo exclusivamente al despliegue de un modelo socio-económico, sino a la destrucción de lazos sociales mediante la construcción de una subjetividad individualista anclada en el consumo y el “empresario de sí mismo”. A partir de lo cual, resulta relevante analizar las líneas de continuidad en los discursos jurídicos de ambas épocas.

Se puede identificar una similitud en el objeto de persecución política, entre las FFAA y los dispositivos judiciales de *Lawfare*. En ambos, aunque en distintos modos, se replica el hostigamiento a figuras y sujetos políticos que representan un Goce Otro en el marco de movimientos donde existe un lazo social anclado en una Ley simbólica. Debido a que este tipo de goces son insoportables para la lógica del Discurso Capitalista, que rechaza todo tipo de antagonismo y discurso del amo, es que son foco de asedio.

Para entenderlo mejor, mientras la enseñanza lacaniana se sostiene en el axioma “no hay relación sexual” (que Ernesto Laclau llevó a la teoría política en términos de “La sociedad es imposible”), el discurso capitalista se basa en la escenificación de una circularidad en la que todo es posible. El individuo emerge como hacedor de su propia verdad y los objetos de consumo, devenidos en mercancías, están dispuestos para colmar cualquier insatisfacción. Sin embargo, esta tendencia a anular la insatisfacción, paradójicamente, da

lugar a otras nuevas que, circularmente, acompañan a mayores demandas por llenarlas. En este sentido, el discurso capitalista puede entenderse como circuito ilimitado que no admite interrupciones y que, por lo tanto, interpela a los individuos y sus instituciones a que se adapten o sometan a su continuidad circular. Su paradoja es que, mientras anuncia la superación final del malestar en la cultura, la acentúa y exagera en términos de segregación y fragmentación social generalizada.

Como formador de los procesos de subjetivación, el discurso capitalista interviene y tensiona el mandato a constituirse en individuos endeudados para con el circuito ilimitado del capital. Para ello, el discurso capitalista a partir de rechazar la dimensión de lo imposible y de la castración, introduce una temporalidad de la deuda ilimitada siempre a futuro, apoyándose en diferentes formas de terror, persecución y consumo, que establecen a su vez las condiciones de posibilidad para su legitimación y consolidación. En ese sentido, si el terror de los 70 sirvió a los fines de llevar adelante políticas neoliberales de endeudamiento y la producción de una subjetividad capitalista-financiera, el *Lawfare* permitiría perseguir a todxs aquellxs que amenazan la lógica de la deuda y su temporalidad, como decíamos, siempre a futuro y anti genealógica.

Pero, ¿qué condiciones de posibilidad permiten pensar ese hilo de Ariadna que une a los dispositivos jurídicos de estos dos momentos? ¿Cómo es un proceso de subjetivación neoliberal a través del discurso jurídico y porqué encontraríamos al *Lawfare* allí? Y luego,

¿de qué modo es posible, aún, subvertir esas lógicas jurídicas neoliberales dominantes en favor de otras que den lugar al lazo social?

Neoliberalismo, terrorismo de Estado y lo jurídico ilimitado

Para comprender la relación que se encuentra entre el terrorismo de Estado y el neoliberalismo en tanto discurso jurídico, concebimos el derecho en tanto campo en disputa y no como un mero conjunto de proposiciones formales-rationales (de tradición jurídico-liberal) aplicables de forma neutral a la resolución de conflictos. El discurso jurídico se constituye de interacciones y diálogos entre ideales público-normativos y prácticas sociales, que conjugan significantes y sentidos precariamente fijados siempre pasibles de ser desplazados frente a la emergencia de nuevas articulaciones, en donde el acto de juzgar una produce una operación política que muestra el antagonismo fundante que mantiene a la totalidad (siempre imposible) del sistema, funcionando (Selouma, 2020).

“La interpretación normativa no equivale a un procedimiento algorítmico des-subjetivado sino a un espacio de decisión en el que lo heterogéneo pone en cuestión lo calculable, a la vez que considera al derecho y a la regla[...]Más bien, la interpretación es entendida aquí como una actividad política, en el que el sentido es deconstruido y reconstruido permanentemente” (Foa Torres, 2013: p. 131)

A partir de lo que, en palabras de Pierre Legendre (1852), sucede en la “era ultramoderna” este discurso es demandado por la lógica expansiva del (pseud) discurso capitalista a generar un olvido del olvido. Sobre la noción lacaniana de discurso capitalista, que da cuenta que la esencia del capitalismo no es económica, sino que se presenta como superficie ideológica sin cortes ni pérdidas, donde todo residuo puede ser reabsorbido por un movimiento circular, es lo que nos permite comprender lo que sucede con un discurso jurídico contemporáneo.

El rechazo al olvido de sus fundamentos dogmáticos, “en tanto principio del funcionamiento social de los conglomerados humanos estatales, administrados por el Estado, que impulsa los sujetos inconscientes a marchar”, es producido por la lógica de la técnica jurídica en donde circulan los sentidos de la razón científica gestonaria e ideales del management (Selouma, 2020).

En este marco, el discurso jurídico se convierte en un instrumento técnico de gestión que simula neutralidad en base al ocultamiento del antagonismo constitutivo y agota la realidad de lo jurídico a un mero ámbito de “arbitraje entre dos partes”. (Foa Torres, Selouma, 2020). Desde allí, la forma de intervenir de lo judicial es consecuencia tanto desde el aumento de conflictos entre sujetos jurídico-económicos como de la identificación de estos sujetos con la figura de la empresa: “...cuanto más se desarrollen en la sociedad las formas múltiples y dinámicas que caracterizan la unidad “empresa”, más numerosas y grandes serán al mismo tiempo las superficies de fricción entre esas diferentes unidades y más se multiplicarán las oportunidades de conflicto”.

La reducción del derecho a meras reglas de juego del mercado, hace que cualquier potencial político se torne una amenaza al encorsetado rechazo de antagonismo. Ya las sentencias judiciales no tienen el potencial de decisión para cuestionar o cortar el circuito del proceso capitalista desde una posición en lo ético, sino que, por el contrario, son utilizadas para suturar las posibles fisuras que permiten Otros goces desde la experiencia de lo político (Foa Torres, Selouma, 2020).

En este sentido, el terrorismo de Estado en Argentina, no solo significó la implantación de un modelo económico neoliberal, sino más bien la introducción de la lógica del discurso capitalista implantada a través de ciertos dispositivos que generar procesos de subjetivación en donde se impulsa a los sujetos hacia un circuito de satisfacción ilimitado, hacia el goce por el goce mismo.

Eso puede verse en que durante el terrorismo de estado, en el que funcionó un estado de excepción en todos los poderes, el judicial siguió operando garantizando estabilidad y un manto de legalidad al régimen de facto (Litvachky: 2015) Aunque la asunción del poder de facto militar produjo la disolución del congreso y poder ejecutivo, en el poder judicial sólo se vio una remoción de jueces y de la procuraduría, quienes fueron designados en su lugar debieron jurar por las actas y objetivos del Proceso. Esto permitió, lo que

en palabras de Leticia Barrera (2015) generar un estado de ficción en el cual los jueces debían fundar sus sentencias aplicando las reglas lógicas y los argumentos racionales para interpretar normas “como si” estuvieran en un Estado de Derecho (2016:330). En este marco se tomó el derecho positivo desde los cánones positivistas racionales para sostener la independencia del Poder Judicial a la maquinaria terrorista implementada por las fuerzas de facto.

Esto fue posible, no por la volición de legitimidad del poder de facto, sino por la condición intrínseca que tiene la estructura jurídico liberal de ser despojado de todo fundamento ético-político para convertirlo en mero instrumento de manipulación, algo que se procura en la técnica jurídica y da cuenta de la funcionalidad de su dispositivo en la época del discurso capitalista.

Tal como dice L. Barrera (2015), cuando sucede la separación del derecho de otras esferas políticas y sociales, se promueve la idea de una actividad judicial como función técnica. Esto soslaya la dimensión política e ideológica del derecho para obtener supuesta objetividad, neutralidad y racionalidad en el marco de un gobierno de leyes modernas y occidentales. Esa función aparece en culturas jurídicas como la nuestra en donde tradicionalmente jueces/as y personas operadoras de lo jurídico aparecen como individuos que aplican la ley sin crearla, ejecutando una actividad a veces casi burocrática. Esta función técnica de la justicia, que operaba durante el terrorismo de Estado, estaba determinada como actividad principal y casi excluyente del poder judicial, validada en el discurso público en funcionarios y jueces en la época. (Barrera, 2015).

Para poner en funcionamiento el dispositivo *Lawfare* también se necesita de discursos disponibles que hablan desde la “imparcialidad” de lo técnico e intentan despojarse de todo aquello que no aparezca como racional. Eso es posible en tanto la técnica del discurso jurídico lo habilita produciendo arquitecturas que por el sólo hecho de ser “técnicamente correctas” pueden saltar garantías y hacer caso omiso a los derechos.

En Argentina: Memoria, Verdad y Justicia

Desde nuestra perspectiva, uno de los aspectos más relevantes de los procesos judiciales recientes por crímenes de Lesa Humanidad lo constituye el desplazamiento respecto de la lógica del juridismo. El juridismo con su tecnificación neoliberal de lo jurídico supone no solo el intervencionismo jurídico y judicial para la subordinación del Estado de Derecho al orden económico financiero-capitalista, señalado por Foucault, sino -y este es el punto central de nuestro planteo- tanto la impunidad de los genocidios cometidos por los Estados terroristas para su instauración, como la exclusión radical de los testimonios de los/las sujetos/as testigos y víctimas de esas prácticas de exterminio. A su vez, lo que subyace a ambos elementos nodales del juridismo es el rechazo al

tratamiento simbólico de los antagonismos políticos. Más que el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad o el testimonio de las víctimas, el empuje al olvido –y ya no simple “permiso de olvido” al que refiere Foucault– del pseudo discurso capitalista busca desterrar en un olvido doblemente sedimentado a aquellos antagonismos que otrora pusieron en cuestión e incluso jaquearon al predominio neoliberal.

En tal sentido, en Argentina las reaperturas de los juicios por los crímenes del terrorismo de Estado no se constituyen ni en actos jurídico-técnicos neutrales políticamente, ni tampoco en procesos determinados por cierto régimen de gobierno. Antes bien, se han constituido en actos reparatorios que desde el Estado buscan poner distancia respecto del Estado terrorista mediante dos acciones anudadas. Por un lado, el lugar otorgado a la palabra de las víctimas y testigos en tanto relatos íntimamente subjetivos del horror perpetrados en esos cuerpos a la subjetividad humana en su conjunto. Por otro lado, a la construcción de significaciones colectivas en torno a esos crímenes y no meramente el tratamiento propio de la persecución penal individual. La existencia de un plan sistemático de represión y exterminio guiada por el motivo ideológico de terminar con la subversión política, es una de las producciones de resignificación -entre otras de un orden similar de sentido- de estos juicios.

En tal sentido, el nombre Memoria, Verdad, Justicia en Argentina ha logrado una función reparatoria y una dimensión decisiva no porque se haya constituido como un conjunto de acciones humanitarias orientadas a dar cuenta del dolor y el horror de crímenes contra la humanidad en su conjunto. Sino porque han puesto de relieve un modo otro –y este es un aporte incalculable de la experiencia argentina a las políticas de memoria y los proyectos emancipatorio a nivel mundial– de hacer con los exterminios que han servido de base tanto a la subordinación de los Estados de Derecho contemporáneos al orden capitalista neoliberal como a la instauración de dispositivos de producción de la subjetividad neoliberal o subjetividad troll a nivel mundial.

El despliegue del dispositivo del *Lawfare*

De acuerdo con Elbaum (2018), el neoliberalismo ha desplegado un dispositivo de persecución judicial a aquellos líderes sociales y políticos que denuncian los centros financieros internacionales, disponiendo del mismo allí donde la estrategia de desaparición y exterminio ya no es posible. El *Lawfare* no se presenta sólo como la judicialización de la política o politización de la justicia, sino como aquello que muestra la lógica del discurso capitalista en el discurso jurídico, implantando excepciones al Estado de derecho que en el marco de la tecnificación neoliberal no parecieran tener asidero.

Una de las patas fundamentales para la operación del dispositivo son sus socios estratégicos, son los principales monopolios de los medios de comunicación (como el

Grupo Clarín en Argentina, la Red O 'Globo en Brasil o Televisa en México). Ellos permiten producir el objeto de consumo que precisa la subjetividad neoliberal para dar riendas a la satisfacción que paradójicamente no se satisface, tapando la experiencia política de lo imposible en los sujetos sino convirtiéndolos en meros individuos consumidores. Aquí es importante destacar cómo el big data, la inteligencia artificial y las redes sociales, empujan a una automatización de consumo sobre noticias que construyen una narrativa criminalizadora sobre quienes representan un Goce Otro. El artificio de este entramado es disponer de la decisión de hacer "desaparecer" al enemigo político del mediante la deslegitimación frente la opinión pública y su judicialización.

El sambenito o comodín lingüístico, asociado a la cruzada contra los dirigentes políticos (que se atreven a enfrentarse a la lógica rentista y especulativa) es la afamada corrupción. Pasan a ser corruptxs todxs aquellxs que demandan la centralidad del Estado por sobre las transnacionales, las empresas o las corporaciones. Son pasibles de ser judicializados quienes reivindican lo público por sobre lo mercantil y quienes establecen política de desarrollo productivo como modelos sustitutos a las aperturas comerciales, que tienden a destruir tejidos productivos locales. Serán víctimas prioritarias del *Lawfare* quienes consideren que hay un territorio de lo político asociado a lo valorativo, superior a la eficiencia y la lógica tecnocrática de los expertos (formados habitualmente en microclimas favorables a intereses transnacionales) (Elbaum, 8 de julio 2018:5).

Ahora bien, el *Lawfare* en tanto estrategia judicial y mediática que busca eliminar al adversario que denuncia las dinámicas de explotación y desigualdad que genera el capitalismo financiero, surge como fenómeno en la época a partir de elementos que son constituyentes del discurso jurídico en tanto técnica.

Por ejemplo, en Argentina, la dirigente social Milagro Sala permanece detenida hace tres años por una causa que juzga el lanzamiento de huevos al entonces diputado Morales, hoy gobernador de Jujuy. Sin embargo, aunque probado que en ese gravísimo atentado Sala no estuvo presente, para su detención fue vital el testimonio de un empleado de Morales quien indicó que Milagro alentó ese "lanzamiento de huevos". Julio De Vido —diputado nacional electo y ex ministro de Cristina Kirchner— permanece detenido por promover mejores condiciones de vida a los trabajadores de Río Turbio y por supuestos sobrepagos en la adquisición de gas licuado. En ambos casos las evidencias fueron sustentadas en peritajes reconocidos como incorrectos o fraudulentos (uno de los peritos, David Cohen, fue procesado por aportar datos falsos para incriminar a los funcionarios), a pesar de lo cual no le han concedido aún la excarcelación. En ambos casos, la excarcelación no fue concedida a pesar de no haber peligrosidad en el imputado y haberse llevado a cabo métodos de investigación de dudosa ejecución. El uso de estrategias jurídicas para encarcelar preventivamente (incluso sin peligro de fuga) o instruir una causa simplemente con la denuncia testimonial de cualquier ciudadano, muestra la posibilidad de generar laberintos tecnocráticos que sobrepasan todo protocolo jurisdiccional y de garantías del Estado de derecho.

Otras causas en el país implementadas con este dispositivo, han sido las de Cristina Kirchner. Una ligada al memorándum de entendimiento con Irán (votado en el Congreso por más de dos centenas de legisladores de las dos Cámaras), la muerte del fiscal Nisman (en la que se busca transformar –a costa de violentar incluso las evidencias fácticas– un suicidó en un homicidio) e imputaciones (risibles) ligadas a la gestión de los hoteles familiares, en el sur del país, que estaban a cargo de administradores autónomos. Carlos Zannini (ex Secretario Legal y Técnico) y Luis D'Elía (dirigente social) permanecieron 100 días en prisión preventiva por el primero de los delitos imputados a CFK (Elbaum,8 de julio 2018:7).

En este marco se conjetura que el *Lawfare* no es la superación de la imparcialidad jurídica, sino la expresión de la imposibilidad de imparcialidad en tanto rechazo del fundamento político que tiene el discurso jurídico en el contexto del discurso capitalista. Como dispositivo de subjetividad neoliberal genera procesos que desde la técnica buscan anular todo antagonismo político de lo social empujando los sujetos al consumo ilimitado y forcluyendo la experiencia de lo político que ponen en escena (amenazando las lógicas capitalistas) figuras y representantes del campo popular.

Reflexiones finales: *Lawfare* y subjetividad neoliberal

Ahora bien, cabe advertir que el Acto Político que implica el nombre Memoria, Verdad y Justicia en Argentina, al tiempo que ha logrado mucho más que quebrar la impunidad de tales o cuales represores abriendo paso a la producción de subjetividades otras, no ha logrado cambiar radicalmente el orden neoliberal. Sino, más bien, dar lugar a experiencias propias del antagonismo político, aunque más no sean, a primera vista, más que frágiles o epifánicas. Es que allí justamente reside, de manera paradójica, tanto su potencial emancipador como sus limitaciones político-estratégicas: en que el lazo Memoria Verdad Justicia habita en la tensión entre el empuje a ser una experiencia reabsorbida por el circuito capitalista y la producción de una salida colectiva por vía del anudamiento a ciertas referencias o legados políticos. Se constituye en tanto lazo social sin garantías ni de su orientación emancipatorio ni de una deriva de mera sumisión al régimen neoliberal.

Desde esta perspectiva, podemos afirmar que en Argentina se viene logrando la articulación de una experiencia político-subjetiva alternativa difícil de hallar en otras latitudes. Pero que, no obstante, ello no implica la evitación total de la continuidad del funcionamiento y éxito de los dispositivos de producción de subjetividad neoliberal.

Es en este marco que cuando pensamos en el Poder Judicial y en los medios de comunicación, muchas veces se nubla la comprensión del verdadero rol en nuestra época de estas instituciones. Ya sea por la tendencia a conservar una mirada moderno-liberal de su funcionamiento como garantes de la democracia y la república o por suponer una esencia ahistórica de estos dispositivos.

En ese sentido, la caída de la Ley simbólica⁽¹⁾ en la época del discurso capitalista o de la financiarización neoliberal implica un trastocamiento de la función de estas instituciones otrora garantes de los derechos humanos ¿Cuál es ese rol del Poder Judicial y los medios de comunicación en nuestro tiempo? Se trata de la producción de objetos de consumo para el goce ilimitado demandado por la subjetividad neoliberal.

El vaciamiento de los anclajes simbólicos tanto del campo jurídico y del poder judicial que, como hemos señalado en otros trabajos⁴⁽²⁾, deviene en jurisdismo o mera técnica neoliberal. Desde esta perspectiva, por lo tanto, el problema del *Lawfare* no pasa por una cuestión simplemente de politización de la justicia o de judicialización de la política. Sino por la instauración de lo jurídico como ilimitado, bajo el predominio del modo neoliberal de producción de subjetividad.

Si antes el Estado de Derecho podía significar cierto límite al avance de la espiral de la acumulación capitalista o, al menos, de defensa de ciertos derechos bajo, incluso, una concepción liberal; hoy esas barreras se desvanecen con la imaginarización, y consecuente despolitización, de lo jurídico.

De un modo similar, si la prensa y los medios de comunicación solían significar un límite a los poderes concentrados en tanto referencias para el acceso a la libertad de expresión y a la de información, hoy la producción en serie y atomizada de *fake news* ya no puede seguir siendo pensada como una deformación de un supuesto “verdadero” rol de los medios de comunicación. Ni el Poder Judicial ni la prensa tienen roles esencialmente asignados sino realidades que mutan con la historia y, sobre todo, con el predominio del discurso capitalista. En consecuencia, las *fake news* lejos de una anomalía son el producto por antonomasia de los medios: en tanto importa siempre más que esas noticias sean correlativas de la demanda del goce de lo ilimitado de la subjetividad troll antes cualesquiera anclajes con cualesquiera referencias de “verdad” o “realidad”

La modalidad de goce de lo ilimitado se caracteriza tanto por su homogeneidad -no importando tanto los objetos a los que se dirige, que pueden variar también ilimitadamente, como su forma desenfrenada y pulsional- como así también por la consecuente segregación de otros goces que promueve. En tal sentido, el *Lawfare* más que la persecución de ciertos líderes populistas o de las políticas que desplegaron, se dirige a segregar las otras formas de producción de subjetividad emergentes del discurso populista con sus modalidades “otras de goce”. El populismo, en Latinoamérica implica, por lo tanto, un enemigo a segregar para aquella subjetividad que lo considera culpable de haber robado el goce pleno o ilimitado prometido por el pseudo discurso capitalista.

(1) Al respecto ver: Mc Gowan, 2021; Foa Torres, 2019.

(2) Foa Torres, 2016; Foa Torres y Selouma, 2020.

En definitiva, el neoliberalismo es la promesa –hasta ahora siempre inconclusa– de una solución final para el antagonismo político. Ya sea en su forma de terrorismo de Estado o de *Lawfare*.

Referencias

- Barrera, L.** (2015). ¿Ruptura o continuidad? A propósito de la transición de la Corte Suprema de la dictadura a la democracia. En. *¿Usted también doctor? Complicidad de jueces, fiscales y abogados durante la dictadura*. Comp. Bohoslavsky, JP. Ed. Siglo - Buenos Aires pp. 327-344
- Blakeley, R.** (2009). *State terrorism and neoliberalism. The North in the South*. Abingdon: Routledge.
- Elbaum, Jorge** (8 de julio 2018). *Lawfare*, las cárceles de la política latinoamericana. *El cohete a la luna*. Disponible en <https://www.elcoheteealaluna.com/lawfare-las-carceles-de-la-politica-latinoamericana/>
- Foa Torres, J.** (2016). "Acercas de la revolución capitalista de lo jurídico. Izquierda lacaniana y teoría crítica del derecho". En: *Revista Derecho PUCP*, n° 77, pp. 85-105. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/15631>
- Foa Torres, J.** (2019). "Por un Estado de Derecho Otro (Prólogo)". En: F. Rousseaux (Comp.) *Legado y memorias. Debates sobre el futuro anterior*. Temperley: Tren en Movimiento
- Foa Torres, J. y Selouma, S.** (2020). "Juridismo, Memorias y Subversión: Un análisis político de la sentencia de la "Megacausa La Perla-Campo de La Ribera" (Córdoba, Argentina). *Direito e praxis*, V. 12, N° 2. Disponible en: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/46865>
- Litvachky, P.** (2005). Las consecuencias jurídicas de la complicidad judicial con el terrorismo de Estado en el derecho argentino. En. *¿Usted también doctor? Complicidad de jueces, fiscales y abogados durante la dictadura*. Comp. Bohoslavsky, JP. Ed. Siglo - Buenos Aires pp. 305-326
- McGowan, Todd** (2021) "La psicosis del liberal. La ley en la modernidad". En J. Foa Torres y N. Magrin, *Arderá la Memoria*. Villa María: EDUVIM. En prensa.
- Romano M. S. y Tirado, A.** (17 de junio 2018). *Lawfare* y guerra híbrida: la disputa geopolítica en América Latina. *Cronicon en contexto*. Disponible en <https://cronicon.net/wp/lawfare-y-guerra-hibrida-la-disputa-geopolitica-en-america-latina/>
- Selouma, S.** (2020). Lo jurídico es político: una aproximación a las tensiones discursivas de la sentencia de la mega cacusa La Perla – Campo La Ribera. Trabajo Final de Grado, IAPCS/UNVM. Inédito.

NICOLÁS MACCHIONE*

Aportes al entendimiento del *lawfare* y los procesos de transformación del sistema de administración de justicia

Introducción: *Lawfare* y contornos de un pedido general: la reforma judicial

Podríamos relatar los intentos de reformas judiciales durante las últimas décadas, sus avances y retrocesos, pero la idea de este texto es pensar el presente y el futuro, sin desconocer la importancia de las experiencias pasadas.

Actualmente parecieran existir consensos mínimos: ¡hay que reformar la justicia! Que es mala, que no se ocupa de lo importante y que es una fábrica de impunidad, son frases naturalizadas para describirla.

Recientemente, en la academia se está avanzando hacia la construcción de una teoría del *Lawfare*⁽¹⁾. Mientras se desarrollan las discusiones propias del nacimiento de un nuevo instrumento para entender la realidad jurídica y política se han reproducido denuncias en nuestra región. Lo ocurrido hace unos años en Brasil o las expresiones al respecto de la vice presidenta de la Nación de Argentina, no es el objetivo de este texto, aunque son parte del presente del cual partimos. Lo que quiero resaltar es la importancia de dotar de mayor contenido teórico a estos conceptos que los criminólogos críticos han sabido ver a tiempo. La criminología se encuentra en la puerta de entrada a la realización de estudios empíricos sobre las acciones caracterizantes de la guerra jurídica contra gobiernos populares.

La importancia del conocimiento criminológico reside principalmente en que funciona como requisito indispensable para desarrollar estrategias de política criminal.

(*) Magister en criminología. Especializado en reforma judicial y crimen económico, Miembro de la Mesa directiva Nacional del CIPCE, Profesor de la cátedra criminología y derecho penal de la UNC

(1) En este sentido ver, por ejemplo: E. ZAFFARONI- C. CAAMAÑO, V VEGH WEIS, ¡Bienvenidos al LAW FARE!, Edit: Capital Intelectual, BSAS, 2020.

Los abogados penalistas son reacios en general al estudio del control social y pienso que esto se debe, por un lado, al simple desconocimiento, y por el otro al ego propio de los juristas que se resisten a reconocer que los hilos conductores y las maniobras del *lawfare* fueron pergeñados con el aval de sus conocimientos dogmáticos acerca del derecho penal y procesal penal. Afirmo lo anterior siendo abogado penalista, lo cual me permite una mirada interna del problema.

En ese sentido, y volviendo al *lawfare*, su caracterización adquiere importancia en la medida que constituye un punto de partida para el futuro de las reformas judiciales: el *lawfare* da cuenta de la impunidad para juzgar a las víctimas de la “guerra jurídica”. De lo que se trata, y lo que pretende desterrar una reforma judicial democrática, es la oscuridad dentro y detrás de la administración de justicia. En definitiva, en uno u otro lado hay algo por detrás del sistema de administración de justicia y es el poder concentrado.

Sin duda, la crítica más seria del radicalismo o “cambieismo” hacia el poder judicial, es su falta de independencia, en otras palabras, que el gobierno presiona a los jueces para lograr la impunidad de los funcionarios corruptos. Del otro lado, el peronismo o kirchnerismo centran sus críticas en la influencia de los medios de comunicación y del poder económico sobre los jueces, afirmando que la verdadera impunidad la tienen los saqueadores de la patria, que ni siquiera tienen causas judiciales en su contra.

Resulta claro que las críticas de oficialismo y oposición nacen y terminan en lugares diferentes. Para que avance una reforma judicial habría que ubicar el punto de contacto entre los reclamos de ambos. Y ese punto de contacto, que debe constituir la plataforma para el cambio de la Justicia, no es otro que la desigualdad: sean empresarios o funcionarios, los corruptos deben ser investigados y juzgados. La única manera de construir la legitimidad y la fortaleza del Poder Judicial.

Por todo lo hasta acá referido parece indispensable un esfuerzo académico para realizar aportes a la reforma judicial y para ello creemos factible dividir algunas caracterizaciones de acuerdo a la curricula de grado del derecho penal.

Criminología

El estudio del control social del delito fue algo disruptivo no solo para las ciencias jurídicas sino para toda la sociedad.

Después de los convulsionados años 60 y luego de un proceso post segunda guerra mundial comenzaron diferentes estudios de disciplinas sociales que pusieron el centro de discusión en los mecanismos del control social.

De esta forma era dejado de lado el pensar el delito en términos biológicos y psicológicos y estudios sobre el delito de cuello blanco o los crímenes de estado tomaban una

fuerza que a la postre serían disruptivos para pensar el delito. En esta época Zaffaroni, Lola Aniyar de Castro, Antoni, Nilo Batista, etc.

Luego de este quiebre de pensamientos aparece un nuevo giro en los últimos años dejando de lado en particular a los ensayos e investigaciones de los criminólogos críticos. Así en los últimos años es común escuchar críticas para eminencias de la criminología crítica basadas en general en la falta de investigaciones empíricas por parte de los criminólogos críticos y la sobreabundancia de críticas constructivas a los sistemas de prevención, gestión y control del delito ideados por los gobiernos de la región latinoamericana

Por esto último, y a fin de generar una complementación por parte de la criminología analítica a los estudios de la criminología crítica, consideramos prioritario generar estudios que tengan datos, estadísticas y referencias a casos en concreto.

De esta forma creemos que será factible enfocar los procesos de transformación del servicio de justicia a partir de una criminología crítica superadora que en base a datos concretos caracterice la guerra jurídica contra gobiernos populares.

Características de una persecución

En el año 2017 se comienza con una persecución que se transforma rápidamente en amedrentamientos al fiscal federal ante el juzgado federal número 1 el Sr. Enrique Senestrari⁽²⁾.

Primero por medio de la prensa⁽³⁾ y luego con sucesivas presentaciones judiciales y administrativas contra algunos actos propios de su labor judicial y otros propios de su fuero íntimo.

Es importante recalcar que es fiscal electoral federal en la provincia de Córdoba, tiene una antigüedad de más de 20 años en el fuero y que tiene una trayectoria que hasta el año 2017 no implicaba ningún tipo de sanción o apercibimiento por parte de superiores jerárquicos.

Quitando este breve resumen, parece de suma importancia ver los hechos por los cuales se realizaba la persecución y amedrentamiento. En primera medida, el fiscal ubica a las opiniones particulares en sus redes sociales en el año 2014. Aclara que en ese momento estaba llevando a juicio a la cúpula policial antinarcóticos de Córdoba, que luego

(2) Para la recopilación y reconstrucción del caso se tuvo en cuenta entrevistas realizadas a la víctima de Persecución, al expediente de la Procuración General de la Nación es el número 2090/2017.

(3) Ver, por ejemplo: <https://www.lanacion.com.ar/politica/quien-es-enrique-senestrari-el-fiscal-cordobas-que-pidio-que-caiga-macri-nid2030983/> o <https://www.infobae.com/politica/2018/06/12/denuncian-que-el-fiscal-que-pidio-que-caiga-macri-dejo-vencer-cheques-por-82-millones-que-estaban-bajo-su-custodia/>.

se pudo comprobar que se encargaban de organizar procedimientos narcos y armaban causas modificando la realidad en actos administrativos y judiciales.

Además de ello, en dicho año comenzaba la investigación de criminalidad económica más grande que haya tenido la provincia de Córdoba. La causa conocida como “CBI”.

Hasta ese momento parte de la prensa comenzó a tildar de opositor al gobierno peronista provincial y luego al gobierno cambiamista nacional (a partir del 2015). Si bien hubo varias noticias y muchas opiniones personales contrarias al fiscal por parte de periodistas y otros magistrados no fue hasta el año 2017 donde se observa un cambio de modalidad en el hostigamiento hacia el fiscal., ósea se pasó de opinar mal del trabajo realizado por el fiscal a realizar presentaciones ante diferentes organismos por mala praxis judicial.

Así, en el año 2017 se abre un expediente el cual termina siendo el que conglomeró 4 expedientes administrativos que está catalogado en la Procuración General de la Nación número 2090/2017.

Si bien dicho expediente, fue siendo complementado con sucesivos pedidos por parte del Ministerio de Justicia de la Nación (el Ministro de Justicia Garavano en persona conjuntamente con el director en el mismo organismo –Mahiques- fueron los firmantes), tuvo su génesis cuando el colegio de abogados de la Ciudad de Buenos Aires hizo una presentación por medio de un abogado de apellido Lopera.

Esta primera presentación fue amplia y se resume a una página en donde dice “no es un buen fiscal, hay que investigarlo y removerlo”, la nota presentada en junio de dicho año no argumentaba ni argüía hechos por los cuales no es un buen fiscal, ni los motivos por los que debería ser removido e investigado.

En julio ya se incluyen en el expediente presentaciones por parte del Ministro de Justicia con presentaciones particulares a los fines de que remuevan al fiscal e intentando demostrar que era un fiscal no apto con valores democráticos por los dichos que había realizado en una columna que tenía Enrique Senestrari en una radio comunitaria de una pequeña localidad de la provincia de Córdoba.

En ninguna de esas notas hubo solicitudes de ser parte del mismo expediente, ni se trata el tema sumarial al respecto, pero la misma procuración armó un expediente de cuatro cuerpos con las presentaciones que se iban realizando contra él Fiscal.

A decir verdad, si bien en agosto de dicho año se terminó abriendo un sumario administrativo fue recién en enero de 2018 el momento en que se aceleró la instrucción de dicho expediente.

En diciembre de 2017 fue la renuncia de la jefa de fiscales, Alejandra Gils Carbo, que si bien es otro posible caso de estudio de *Lawfare* –que si bien no será de estudio en el presente cabe mencionar que el mismo está siendo investigado y recientemente se

intentó eliminar la investigación del armado de causas contra la ex procuradora general y las presiones a sus familiares directas—.

Ósea que los embates por parte de la prensa, una asociación de abogados privados⁽⁴⁾ y el Ministro de justicia no tuvieron grandes avances instructorios hasta que la connivencia judicial se habilita: el nombramiento del procurador general interino Casal.

Por otro lado, en el mismo momento que se aceleró el expediente se estaba investigando las filtraciones de audios del fiscal y empleados de la fiscalía en un grupo de whatsapp. Esto también está reflejado en la investigación que la procuración hacía por el pedido del ministro y la asociación privada de abogadas de la ciudad autónoma de buenos aires, ya que al momento de que el juez federal de Córdoba que investigaba las filtraciones solicitó las actuaciones administrativas la Procuración General de la Nación por pedido expreso del Ministerio de Justicia solicitaron el estado de la causa para corroborar la denuncia del fiscal.

Nos detenemos en este punto porque fue llamativo que ante la solicitud del denunciado de observar la persecución que estaba sufriendo los denunciados por dicha persecución terminan solicitando detalles del expediente a los fines de poder seguir indagando en cuestiones que a priori no eran de sus incumbencias funcionales. Para ser más claros, el aparato de investigación y amedrentamiento al fiscal estaba justamente intentando ubicar detalles por medio de indagaciones a órganos judiciales de las denuncias y dichos del fiscal.

Esta demostración de faltas de límites por parte del Ministro de justicia fue refrendado por el procurador interino que terminó solicitando dicha información previo a mandar la información solicitada por los magistrados que estaban investigando la persecución al fiscal.

Ahora bien, luego de todo lo transcurrido y de caracterizado algunos hechos por parte de los actores que intervinieron en la persecución del fiscal cabe analizar y caracterizar lo sucedido.

Después de un acto pre administrativo y un acto administrativo, cuatro presentaciones del Ministerio de Justicia, y varias publicaciones periodísticas se impuso una sanción de 15 días de suspensión, que aun ni siquiera está firme.

Por otro lado, la fiscalía en su totalidad fue auditada por medio de la secretaria disciplinaria y técnica de la Procuración General de la Nación. Dicha auditoria se realizó por dos

(4) Por ejemplo, ver: <https://www.infobae.com/politica/2018/04/03/nueva-denuncia-contra-enrique-senestrari-solicitan-su-remocion-por-irregularidades-en-una-causa-por-lavado/>, o <https://www.infobae.com/politica/2018/03/04/el-fiscal-que-pidio-que-caiga-macri-enrique-senestrari-fue-denunciado-por-encubrimiento/>

pedidos, ya no del poder ejecutivo sino por parte de abogados particulares de personas vinculadas a la causa CBI y el juez, y uno de los secretarios del juzgado.

Sobre las conclusiones de la auditoria solo tomare 3 tópicos que resultaron de interés en la mas de las 300 páginas, aunque a grandes rasgos se puede decir que el trámite consistió en visitas por parte de tres secretarios de la procuración, enviados por el procurador general de facto Eduardo Casal y la recopilación digital varias causas para estudiar la pertinencia de investigación y si se había extralimitado jurídicamente en la investigación el fiscal.

Quitando ello, cabe aclarar que en general la denuncia de los abogados era referida al no cumplimiento de los deberes funcionales y por parte del juzgado era por no convalidar judicialmente solicitudes de información.

El primer punto de mención es comentar que la auditoria, palabras más, palabras menos refirió que no se habían decretado previo hacer solicitudes y que ello era algo desprolijo. Creo que esto último –el aniquilar la realización de transcripciones de órdenes y luego realizar dichas ordenes por la misma persona– puede ser retomado en una excelente practica para la reforma judicial, pero sigamos con el tema.

Esta formalidad no cumplimentada fue llamada de atención al igual que una solicitud de las más de 20 que fueron estudiadas, de llamadas entrantes y salientes de celulares ya que no tenía la formalidad exigida. Entre medio de estas cabe aclarar que la denuncia del juzgado eran sobre 6 casos que luego de analizada por la procuración pasaron a ser 3, y que en sola 1 pudo corroborarse que si bien fue realizada con el procedimiento normal el mismo no había sido incorporado el original –la formalidad– al expediente.

El segundo punto que me parece importante resaltar es que hubo pruebas que no surgieron del relevamiento de información. Y se detallan a partir de la página 65 en delante del expediente.

Las pruebas aportadas fueron realizadas por el secretario del juzgado federal número 1 y si bien se transcribieron las conversaciones –por medio de whatsapp- por parte del secretario de la procuración con el secretario del juzgado las incorporaciones fueron realizadas por mails.

En particular sobre estas comunicaciones que fueron varias se caracterizan por haber sido certificadas por el secretario de la procuración manifestando los horarios (hay comunicaciones en horarios hábiles e inhábiles) y fueron entre mayo de 2018 y abril de 2019. En algunos casos el mismo instructor recalca que las comunicaciones fueron ofrecimientos de prueba, que fueron ofrecidas a modo de “muy interesantes” o preguntas en particular de si interesaba seguir con la investigación tenía “data importante para aportar”.

Entre la información otorgada por el secretario del juzgado se hizo alusión a la afiliación del fiscal a justicia legítima, la vista a Milagro Sala, y a la ideología de algunos empleados y empleadas de la fiscalía. Además, ofreció información “que no podía enviarse –según el mismo secretario– por medio del mail institucional”.

En definitiva, no solo se envió prueba que no había sido solicitada por parte de la auditoría, sino que además de ello se intentó enviar prueba que no era objeto del proceso a los fines de complicar o ampliar la investigación sobre la fiscalía.

En tercera medida cabe comentar que el resultado de la auditoría fue “reclamar mayor formalidad y prolijidad” al fiscal en cuanto faltaban algunos sellos en los oficios, no se habían cargado digitalmente alguna información que, si se tenía en el expediente, etc.

Dentro de las omisiones, y como última característica, cabe mencionar que no se observan comunicaciones al Colegio de Abogados a los fines de informar la no concreción de ninguna de las acciones denunciadas por los abogados, como así tampoco al Consejo de la Magistratura o el Poder Judicial para investigar la falta de veracidad en lo denunciado por parte del juez y el secretario del juzgado.

Esto último llama poderosamente la atención ya que el mismo secretario luego de ofrecer información a la instrucción solicitó información por fuera del sistema de causas sin ser ni siquiera advertido por parte de la comisión que investigaba al fiscal. Para ser más claro, el juez solicitó información a organismos públicos y privados sin la apertura de una investigación al respecto y solo para ofrecer dicha prueba al órgano investigador de la denuncia realizada por el mismo juez.

Por si hace falta más claridad: “el secretario del juzgado hizo lo que denunció que hizo el fiscal”. No hay advertencia al respecto, no hay denuncia, no hubo ni un llamado de atención o comunicación al órgano revisor de la mala praxis judicial.

Esto último parece interesante estudiar ya que volviendo a los estudios criminológicos hay aportes académicos para observar las prácticas jurídicas más allá de las acciones y los intentos de análisis de las no prácticas como constitutivas del campo judicial⁽⁵⁾.

Respecto a las causas que se realizaban investigaciones al momento del comienzo del hostigamiento por parte de la prensa cabe aclarar que las dos principales advertidas por el entrevistado⁽⁶⁾ tenían condenas ejemplares y han sido luego valorizadas⁽⁷⁾.

(5) Por ejemplo, en este sentido ver: “La cuestión cautelar” de Ezequiel Kostenwein, 2017 o “Aportes a las cuestiones cautelares” de Nicolas Macchione, 2021.

(6) Caso “CBI” y Caso “Narcoescándalo”

(7) Por ejemplo, ver el tratamiento de prensa en: <https://enredaccion.com.ar/casacion-dio-vuelta-el-fallo-del-narcoescandalo-y-confirio-que-rafa-sosa-condujo-una-asociacion-ilicita/> o, referida a la primera causa mencionada: <https://www.cij.gov.ar/nota-35030-Causa-CBI-condenaron-a-13-imputados-en-juicio-oral-en-C-rdoba.html>

Para concluir, creemos que además de varios libros y ensayos sobre la temática "*lawfare*" hay datos de causas y maniobras que pueden ser visualizadas no solo contra personas del gobierno, sino también contra personas dentro del mismo poder judicial y otras características como que no se observan univocidad de género, que si bien no parece haber univocidad de persecución en cuanto a algún partido en particular si se observan que la utilización es contra ideas progresistas o denominadas populares. Además, no se observaron un solo método, si bien se utilizan herramientas jurídicas- o un solo tipo de maniobra, y que si bien es difícil encontrar caracterizaciones comunes a todos los casos si hay actores que se repiten y que todos deben ser parte para lograr los objetivos de persecución y presión, esto es el poder judicial, la prensa y organismos civiles con apoyo económico privado.

Además, hay una caracterización que trasciende todas las guerras jurídicas analizadas en la teoría, esto es que la guerra no es contra una persona sino contra las ideologías progresistas.

Derecho penal y dogmática

Ya en la introducción comentamos respecto a que hay una falta de valoración y conocimiento mínimo del estudio del control social por parte de los abogados penalistas y pienso que esto se debe, por un lado, al simple desconocimiento, y por el otro al ego propio de los juristas que se resisten a reconocer que los hilos conductores y las maniobras del *lawfare* fueron pergeñados con el aval de sus conocimientos dogmáticos acerca del derecho penal y procesal penal.

Por otro lado esto no puede ser retroalimentado por parte de los criminólogos y los estudiosos de las reformas judiciales en América Latina ya que no solo generaría una actitud espejo deleznable sino que a partir de ello se dejaría sin un pensamiento crítico a la filosofía del derecho penal y ya hemos visto lo que ello genera a nivel mundial⁽⁸⁾.

Si bien puede ser de mayor utilidad ingresar al mundo de las discusiones sobre tipos penales en concreto que han sido utilizados mediante los mecanismos de *lawfare* considero que parece de mayor importancia poder traer a colación las reformas del código penal en su totalidad, que, en muchos casos, traen grandes discusiones de reforma de los tipos penales que permitirían en mayor o en menor medida realizar aportes considerables a prevenir y evitar la guerra jurídica.

Otros estudios temáticos proponen desentrañar las ideologías o metodologías de los encargados de realizar proyectos de reforma judicial. Si bien no desmerecemos la interesante vinculación que pueden darse entre los mecanismos de *lawfare* y los proyectos

(8) Para un buen ejemplo ver Zaffaroni E. Doctrina Penal Nazi, Edit. Ediar, 2017.

de reforma de los tipos penales dejaremos de lado su estudio y creemos que solo recalcar que la última propuesta de reforma del ministerio de justicia estuvo impulsada por uno de los principales actores judiciales que permitieron y pergeñaron el ataque a la vice presidenta de la Nación.

De esta forma creemos que se observa un gran aporte al capital simbólico del entorno del Sr. Borinsky por parte del Presidente de la Nación, el Ministro de Justicia y diferentes diputados y senadores que mediante la exaltación de la figura de un juez penal permitieron aunar esfuerzos en mostrarlo como un académico con una trayectoria a la par de otros encargados de reformas a los tipos penales.

Por ello, quitando la vinculación entre actores del *lawfare* y la reforma dogmática penal proponemos guiarnos por dos o tres características propias de cada uno de los últimos intentos de reforma judicial y ponderar un proyecto a los fines de tener un punto de partida para la tan necesitada reforma del sistema penal.

En definitiva, y solo para rememorar los últimos intentos reformistas de los tipos penales, en los últimos 20 años se realizaron 3 grandes proyectos de reforma judicial.

Por un lado, encontramos el realizado por Raúl Eugenio Zaffaroni que podríamos caracterizar su presentación como pública –en la universidad de buenos aires-, plural –presente referentes de la oposición- y con un fuerte mensaje a la gradualidad de penas.⁽⁹⁾

Hace 3 años atrás se presentó un nuevo proyecto de reforma cuya presentación puede ser caracterizado⁽¹⁰⁾ como privada –en el Consejo Profesional de contadores de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires–; no plural –no estuvieron presente miembros de la oposición– y con un fuerte mensaje a la gradualidad de penas, lo que demuestra que este último punto es, como veremos en los otros proyectos, moneda corriente en los proyectos de reforma penal.

El tercer, y más lejano intento de reforma del código penal en nuestro país, es el realizado, entre otros por el profesores, por el Sr. Daniel Erbetta en el año 2006, que si bien por el transcurso del tiempo es difícil la caracterización de la presentación del proyecto del código penal si se pudo acreditar que el autor compartió la necesidad de gradualidad de las penas del código penal, y se ubicaron antecedentes periodísticos de la opinión del mismo respecto a la necesidad de reforma del código penal⁽¹¹⁾.

Ahora bien, analizando la viabilidad del avance de cualquiera de estos intentos de reforma del código penal, y quitando este último punto en común, corresponde un baño de

(9) Ver: <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/acto-de-exposicion-del-anteproyecto-de-reforma-del-codigo-penal/+5175>

(10) <https://www.infobae.com/sociedad/policiales/2019/05/09/mariano-borinsky-presento-el-nuevo-codigo-penal-que-se-debatira-en-el-congreso/>

(11) https://www.ellitoral.com/index.php/id_um/75927-

realidad política. Tanto el primero como el segundo han quedado catalogados como códigos de partidos antagónicos –el primero del Frente Para la Victoria, y el segundo de Juntos por el Cambio– lo que aparenta una falta de consensos que atentan de forma directa contra la posibilidad de su tratamiento en el congreso de la nación y su viabilidad futura parece hoy imposible.

Recapitulando, es muy necesaria la vinculación entre la reforma penal y el sentido ético de los actores judiciales y los valores filosófico del servicio de justicia de una región que es caracterizada por sus propios ciudadanos como una necesidad imperiosa.

Ello implica necesariamente la probidad de los autores de la reforma, algo que gracias a los estudios de *lawfare*, pudo demostrarse que no hay en el último intento de reforma del código penal pero a la vez hay que observar la viabilidad política de que se logre una futura reforma del código penal por lo que luego de observar las características de los últimos intentos cabe mencionar que parece recomendable la participación plural en la realización de un proyecto, que hay un proyecto base en la reforma intentada en la primera década de este siglo y que la publicidad de su generación y presentación debe ser publica para no estar viciada en sus comienzos como anti democrática.

Política criminal

Quizá en este punto, justamente contrario a lo que se piensa, hay poco tratamiento respecto a que realizar en cuanto a las posibilidades de reprimir los diferentes actos constitutivos o caracterizantes de la guerra jurídica contra los ideales progresistas. Para ser más claro, hay poco material en cuanto al control, prevención y supervisión de los diferentes actos que a la postre constituyen las herramientas del entramado de la guerra jurídica.

Entre estos pocos temas tratados podemos encontrar algunos puntos sobre la necesidad de penalizar o perseguir la falsa denuncia, algunos estudios particulares sobre los mecanismos internos de investigación en las oficinas gubernamentales a los fines de poder realizar investigaciones rápidas y eficientes que den pie o desmientan lo generado por grupos de presión.

Por otro lado, si bien en el último tiempo se volvió común discutir sobre transparencia organizacional tampoco hay leyes que regulen por ejemplo los destinatarios finales de beneficios de organismos o sociedades que posibilitarían ubicar fondos o bien ver quién está detrás de los grupos de poder que presionan y erosionan a determinados candidatos o funcionarios públicos.

En igual sentido la responsabilidad periodística y la ética pública mantiene un statu quo en el tratamiento político que en general se ve apoyado en el miedo de los partidos

políticos de generar malestar a los empresarios de prensa y en otro sentido ante la laxitud que libertarios le dan al principio de libertad de prensa sin observar ningún tipo de tope o límite, generando de esta forma un principio que al día de hoy parece tener menos límites que la libertad ambulatoria.

Si bien, como decíamos, todos estos temas han sido escasamente tratados consideramos que los mecanismos institucionales previos a este tipo de reacciones han sido tratados más excepcionalmente por lo que nos enfocaremos a ellos a continuación.

Por ello, en este apartado nos dedicaremos a lo que, a nuestro entender, muy bien a descripto Binder (2015) como “políticas de gestión conflictual”. Esto sería a grandes rasgos aquellas decisiones y herramientas que se tiene la posibilidad de usar a los fines de gestionar los conflictos. La misma es posible dividirla en diferentes políticas sectoriales (judicial, seguridad, criminal, etc.) y cada una de ellas utiliza modalidades de intervención que, si bien no son específicas de esta política, adquieren en ella características específicas.

De todos modos, estas intervenciones vienen luego de varias cuestiones previas por lo que creemos, al igual que Binder (2015), no debe darse demasiada importancia a las modalidades de intervención—como se suele hacer—, pues en general lo que debe identificar a una política son sus finalidades y objetivos y no los medios que utiliza, salvo que —como en el caso de la política criminal— se trate de un medio no deseado, como la violencia.

Ingresando de lleno al tratamiento, y siguiendo con las enseñanzas del mismo autor, sobre la política de gestión conflictual comenzaremos aclarando que tiene tres modalidades y niveles de intervención.

La modalidad preventiva

Es aquella modalidad de intervención en la gestión conflictual que busca evitar que un determinado conflicto nazca, o que una manifestación de ese conflicto o un modo de desarrollo de él aparezca. La característica principal es que no debe haber aparecido, si apareció o se manifestó ya es tarde para esta modalidad de intervención. Aquí se intenta de remover las fuentes, contextos o condiciones que emergen del conflicto. Vale aclarar que las mismas no son sencillas de ubicar, y de hecho son las más difíciles de gestionar y las más complejas en su tratamiento. Además, tienen la mayor dependencia para su resolución del real conocimiento de los conflictos, y requieren diseños precisos y evaluación constante de sus intensidades y manifestaciones.

Esto no implica que la política de gestión conflictual comience a actuar cuando aún no se ha agotado la posibilidad de regular el nivel de conflictividad con las otras políticas o no existe forma alguna de evitar la conflictividad o no es deseable, sino lo contrario. La

política de gestión conflictual en su modalidad preventiva sirve como primera medida, antes de que el conflicto se presente de forma expresa por las partes. Esta aclaración es importante para coordinar la existencia de distintas políticas y evitar confusiones, por ello quizá sirva un ejemplo de mala utilización de métodos de resolución de conflictos y esta etapa preventiva de gestión conflictual.

Por ejemplo, mal se estaría ante la generación de acciones de negociación entre representantes de partidos políticos o entre empresarios dueños de medios de comunicación y los candidatos más representativos de los partidos políticos por algún problema en particular en la convivencia, como podría ser una noticia falsa o bien una judicialización de políticas públicas de la coalición gobernante. Quizá, lo aconsejable si se tiene en cuenta estas modalidades de intervención, es propiciar un seguimiento de la comunidad en donde participen organizaciones no gubernamentales, decanos, docentes y personajes de los medios de comunicación que propongan posibles soluciones para la no expansión de denuncias falsas, y de esta forma lograr que si en algún momento hay indicios de conflictos respecto a este ejemplo sean resueltos por las partes en conjunto en dichos encuentros y no ante un determinado problema se produzca una escalada del conflicto.

No desconocemos que la posibilidad de este tipo de soluciones para el tema tratado puede ser irrisorio para nuestro país, pero no queríamos dejar de lado de explicar el primer nivel de intervención y las posibilidades de acción, si bien quizá podamos pensar que es más bien una posibilidad perdida para nuestro país, no desconocemos que puede funcionar como tópico a tratar por gobiernos provinciales o bien en países de la región.

La disuasiva

En ella también se pretende evitar que un conflicto aparezca o que una manifestación o desarrollo de él no se produzca, pero no se busca que ello sea de un modo permanente sino solo y en tanto se desarrolla la acción disuasiva, esto podría ser resumido bruscamente como, diluir temporalmente el conflicto o desincentivar en tiempo posibles efectos.

Esta modalidad forma parte de un diseño inteligente de la política de gestión de conflicto, aunque debe estudiarse y utilizarse solo en determinados momentos ya que, en algunas circunstancias al haber un clamor particular o un conflicto diferente, pero latente, lo que se puede conseguir es algún efecto no deseado. Por eso analizar lo que no se le puede pedir a una medida disuasiva es vital, particularmente a las fuerzas de seguridad. Además, un posible problema de la disuasión es que en general también se utilizan criterios de sentido común que indican que ciertas acciones "no se deben permitir" y se quiere disuadir sin dar un análisis profundo al tema, como por ejemplo la violencia callejera, y la posible evolución de los conflictos o el traslado del mismo hacia otro espacio.

Es decir que la disuasión permite modificar el desarrollo de un conflicto, pero no lo hace desaparecer, porque no actúa sobre sus causas, sino que las contiene manteniéndolas latentes. Para mayor conocimiento cabe repetir un ejemplo muy utilizado para describir este tipo de disuasión. Esta modalidad es la realizada en algunas oportunidades por parte de las fuerzas de seguridad al momento del patrullaje en una zona determinada, que en el caso en estudio se podría dar sobre medios de comunicación ya que, si bien puede disuadir algún tipo de delito en particular contra el medio de comunicación, no los elimina, o solo permite que los mismos se den en una determinada zona o en un determinado horario, y solo se evitarían mientras se manifieste ese patrullaje.

En otro orden de ideas, si por ejemplo sostenemos la obligatoriedad de mantener una oficina de doble chequeo de la información para las publicaciones en papel de todos los medios de comunicación, la medida solo serviría para la prensa en papel y no para los medios digitales.

Las reactivas

Se trata de las medidas que responden ante la existencia preliminar de un conflicto, o a una manifestación previa de ese conflicto para provocar algún efecto (disolver el conflicto, dando la razón a una de las partes, etc.).

También se puede reaccionar frente a una modalidad o manifestación del conflicto, en estas se da una posible particularidad de que puede obligarse a que las energías se reconduzcan hacia otro lado o a que aumente el costado de esas manifestaciones para el interesado o a que ella sea suprimida, por la acción externa o por la auto restricción de quienes participan del conflicto.

Pero para entender mejor continuemos caracterizándola. Cabe aclarar que la modalidad reactiva no siempre debe ser considerada como un nivel superior a las preventivas o disuasivas, dado que el uso de una modalidad u otra depende de muchos factores. Y, por otro lado, hay quienes sostienen que no siempre es bueno prevenir un conflicto; muchas veces ellos son necesarios para el desarrollo de nuevos valores o reglas. Existen también dificultades prácticas, muchas veces las modalidades reactivas cumplen una función de respaldo de acciones preventivas o disuasivas, o las complementan. No se debe tener una visión lineal del uso de estos tres grandes modos de actuación.

Más allá de estas modalidades, cabe aclarar que, en el diseño de las políticas de gestión de conflictos, como se vio en el último ejemplo puede darse una combinación de múltiples formas, generando una trama diferenciada de acciones y estructuras de respuestas. Lo que se debe tener en cuenta principalmente es qué se puede lograr con una y con otras modalidades, sus virtudes y debilidades.

Independientemente de las modalidades, cabe aclarar que la política de gestión de conflicto se desarrolla mediante distintos niveles de intervención. Hablamos de niveles de intervención cuando la participación directa del Estado es mayor en la gestión de la conflictividad. Debemos tener en claro que no podemos equivocar una política pública con una política estatal, pues la participación de sectores privados o de simples ciudadanos en el desarrollo de una determinada política no la priva del carácter de pública, en tanto sus finalidades tengan algún componente general y, por lo tanto, conciernen a la totalidad de la sociedad, por más que los beneficiarios directos constituyan un sector social específico.

El primer nivel de intervención es de coordinación con organizaciones sociales, el segundo el de fortalecimiento de la autogestión mediante la elaboración de modelos ejemplares; el tercer nivel se refiere a la reacción de ámbitos de auto gestión; el cuarto consiste en la organización de autoridades de resolución y tribunales y el quinto es el uso de la violencia.

Cada uno de estos niveles tiene características propias y ellos nos permiten mostrar como la política criminal, no opera ni debe operar solo en el último nivel.

Así, y para terminar podemos imaginar como un primer nivel de intervención preventivo la coordinación entre medios masivos de comunicación para poder realizar denuncias de sus lectores ante la generación de una noticia.

En otro nivel podemos imaginar una generación de modelos ejemplares de doble chequeo de la información en los medios de comunicación y análisis de big data sobre no solo la veracidad de las noticias sino también la formas de difundir y replicar las mismas.

En un tercer nivel podemos imaginar mediaciones y árbitros privados entre partidos políticos y medios masivos de comunicación a los fines de limar rispideces conflictuales traídas por las partes.

En un cuarto nivel podría consistir en la organización de autoridades de resolución de conflictos y tribunales permanentes ante controversias partidarias con entre determinados partidos políticos, candidatos u organizaciones civiles y medios de comunicación.

Y en el último escalón se habilitaría el uso de la violencia que podría ser la búsqueda de resarcimientos económicos y/o multas a determinados agentes o bien inhabilitación para ejercer determinados cargos. aceptar matriculas o bien suspensión de personerías jurídicas.

En definitiva, en este cuarto apéndice del trabajo solo queríamos hacer alusión a las posibles acciones e intervenciones que nos enseña la política criminal previa al ejercicio punitivo, que creemos que en muchos casos pueden ser útiles para el futuro y sobretodo

generar vínculos democráticos que no tengan como centro el punitivismo represivo, ya que en definitiva este mismo punitivismo represivo es una de las características de la guerra jurídica.

Proceso penal, reforma judicial y bases mínimas para dar transparencia y sensatez a los mecanismos de administración de justicia en Argentina

Un punto de partida infranqueable para avanzar es la histórica construcción teórica denominada "garantismo penal": *sin el respeto irrestricto de las garantías en la investigación y en el juicio no hay manera de construir legitimidad democrática*. De lo que estamos hablando no es de otra cosa que del respeto a los principios constitucionales que hace más de 200 años fueron desarrollados por académicos del derecho.

En este momento, sabemos que un Comité de Académicos, designados por el Poder Ejecutivo, dieron algunas ideas de qué hacer con algunos institutos e instituciones del sistema de justicia. Pienso que las mismas son irrealizables, al menos en el corto plazo.

En ese sentido, o sea en el corto y mediano plazo, y de acuerdo a lo expresado por Alberto Binder, resulta razonable enfocarse en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Ministerio Público Fiscal, el Consejo de la Magistratura y en algunos conceptos comunes a toda la justicia penal. Por ello, con relación a cada uno proponemos tres acciones concretas a los fines de encarar una reforma a la administración de justicia que vaya en camino de intentar erosionar la desigualdad y la concentración del poder.

a. Con relación a la Corte Suprema:

1. El cumplimiento de la Ley Micaela, es indispensable la capacitación en género a los agentes del sistema de justicia.
2. En orden a la igualdad, resulta intolerable que las personas que invisten la magistratura no paguen impuesto a las ganancias, como cualquier trabajador argentino. Además, deben transparentar las declaraciones juradas, y el salario que cobran por las funciones prestadas tal como lo hacen los miembros de los otros poderes.
3. Designación inmediata de la vacante para ser ministra de corte.
4. En orden a un elemental sistema acusatorio, la Corte debe dejar de disponer los fondos de la Procuración General.

b. Con relación a la Procuración General de la Nación:

1. Actualmente la cabeza de la Procuración General de la Nación está ocupada de facto. O sea, den o no den los votos, la designación del cargo de procurador general debe tratarse del modo que la ley lo determina.
2. Resulta imperioso que la Procuración General sea intimada por la Comisión Bilateral de seguimiento del Ministerio Público Fiscal para que en el término de 30

días realice un dictamen sobre si un fiscal procesado de delitos graves (asociación ilícita, coacción, incumplimiento de los deberes de funcionario público y otros enmarcados en la llamada Ley de Inteligencia) puede o no seguir en funciones.

3. Hay que recomponer los avances en el Ministerio Público Fiscal de la ley orgánica del mismo: las acciones de expansión de la Dirección de acceso a la justicia fueron congelados, la Procuraduría en criminalidad económica fue desguazada y las Procuradurías especiales de violencia institucional y derecho ambiental deben dejar de ser oficinas burocráticas e implementar políticas concretas. También es necesario reforzar con mayores insumos el trabajo que están haciendo en la Dirección de asistencia a la víctima, las Unidades fiscales especializadas en Derechos Humanos y la especializada en delitos contra la mujer. Considero que son éstas últimas las únicas áreas que realizaron un trabajo intenso y comprometido en los últimos tres años.
- c. Con relación al Consejo de la Magistratura:
1. En este órgano se impone una revisión completa con participación de la sociedad civil y las universidades en su conformación y, por cierto, exigir que la perspectiva de género sea una condición para la elección de los magistrados. Es en el Consejo de la Magistratura donde confluyen los esfuerzos partidarios para desnaturalizar su finalidad.
- d. Con relación a la justicia penal:

Como dice Alberto Binder, la justicia penal, es la que se encarga de garantizar la impunidad de los poderosos. Para dejar de serlo, no solo hace falta un cambio ético de los agentes que la componen sino también varias acciones que los reformistas judiciales nos cansamos de repetir:

1. Implementación urgente del código procesal federal nacional. Costo más de veinte años llegar a una ley con gran consenso nacional para reformar la justicia, es necesario el traspaso del sistema inquisitorial al adversarial puro y para ello nada mejor que cumplir con la nueva ley procesal.
2. El discurso del presidente de la Nación que instaba a materializar el mandato constitucional del juicio por jurados es una muy buena noticia, pero además debemos profundizar la oralidad y la inmediatez en todo el proceso judicial.
3. La diferenciación entre las actividades jurisdiccionales y las actividades de gestión o administración de las oficinas judiciales, son cuestiones sobre las cuales hay no solo consenso, sino estudios empíricos que demuestran su pertinencia para una mejor prestación del servicio de justicia.

Conclusión

En definitiva, quisimos plantear un programa real de reforma judicial, algo que aparentemente ya está en estudio del Ministerio de Justicia. En ese sentido, quienes aspiramos

un servicio de justicia que luche contra la impunidad de los poderosos, tenemos expectativas y una idea fija: para cambiar la justicia hace falta cumplir las leyes ya dictadas.

La criminología tiene herramientas imprescindibles para la reforma judicial. Por otro lado, la dogmática penal aportó un grano de arena en la generación de acciones conducentes al *lawfare* por lo cual parece imperioso una reforma del código penal que este generada por actores probos y la negociación de los partidos políticos en la materia fue tan defectuosa en el pasado como necesaria para el futuro.

Por otro lado, no puede haber intentos de reforma sin fijar lineamientos de política criminal, para luego generar una reforma procesal penal que si bien tuvieron algunos avances en los últimos tiempos (necesidad de pasar de un sistema inquisitivo a un sistema adversarial) en la realidad actual hay necesidades de cumplimentar con las leyes por parte de los mismos actores judiciales.

Por último, pensamos que quienes votaron por el actual gobierno, no deben quedarse en la estrategia defensiva y en la idea que nuestros referentes políticos son víctimas del poder fáctico. Para salir de la encrucijada social y política hay que ponerse a trabajar en una reforma judicial democrática. El camino transitado desde hace más de 30 años por los reformistas en toda la región, demuestra que hay conocimiento, masa crítica y elementos técnicos.

Hoy contamos con nuevos aliados: el activismo político y social de los organismos de derechos humanos, el reformismo feminista y la militancia de los desapoderados de siempre. Sin ellos, la reforma judicial tiene serias chances de convertirse en un remake del viejo pacto mafioso que encontró por medio del mecanismo de la guerra jurídica un mecanismo eficaz para amedrentar al progresismo social y destituir a gobiernos democráticos en la región.

Referencias

- Anitua, G., Jueces, fiscales y defensores, Bs. As., Didot, 2017.
- Binder, A., Introducción al derecho procesal penal, p. 199, Bs. As., Ad-Hoc, 1993.
- Binder, A. y Obando, J., De las repúblicas aéreas al estado de derecho, Bs. As., Editorial ad hoc, 2004.
- Binder, A., La política judicial de la democracia argentina, en "Urvio Revista latinoamericana de seguridad ciudadana", Quito, 2008, N° 3, pp. 48-66. En línea: <https://revistas.flacsoandes.edu.ec/urvio/article/view/48-66/1644>
- Binder, A. La implementación de la nueva justicia penal adversarial, Bs. As., Editorial Ad-Hoc, 2012.
- Binder, A., Derecho procesal penal. Tomo I. Hermenéutica del proceso penal, Bs As, Editorial Ad hoc, 2013.

- Boltanski, L. y Thévenot, L.** The Sociology of Critical Capacity, *European Journal of Social Theory*, Londres, 1999.
- Boltanski, L.** Usos débiles y fuertes del habitus, en Encrevé, P. y Lagrave, R. M. (ed.), *Universidad Externado de Colombia*, Bogotá, 2005.
- Bourdieu, P.**, El sentido práctico, Madrid, Editorial Taurus, 1991.
- Bourdieu, P. y Wacquant, L.**, Respuestas por una antropología reflexiva, México, Grijalbo, 1995.
- Bourdieu, P. y Teubner, G.** La fuerza del derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Instituto pensar, 2000.
- Bourdieu, P. y Wacquant, L.**, Una invitación a la sociología reflexiva. Bs. As., Siglo XXI, 2014.
- García Inda, A.** La violencia de las formas jurídicas. La sociología del poder y el derecho de Pierre Bourdieu, Barcelona, Cedecs editorial, 1997.
- Gigena C. y Macchione, N.**, Abrir el abanico: categorías procesales en lo penal en "Revista derecho penal y criminología", año VII, p. 125-132, Bs. As., octubre 2017.
- INECIP - CEJA, Justicia federal. Una visión empírica del fuero penal, *Advocatus*, Córdoba, 2005.
- INECIP - CIPCE, La reforma procesal penal frente a la corrupción. Obstáculos estructurales para la investigación y el juzgamiento de cualquier delito económico. En línea: <http://inecip.org/wp-content/uploads/Inecip-Cipce-Reforma-frente-Corrupci%C3%B3n.pdf>
- Juliano A.**, El fracaso de los esfuerzos reduccionistas y la estrategia Abolicionista, en *Abolicionismo de la prisión sin condena*, -Vitale, G. y García, G. compiladores-, Bs As, Editores del Puerto, 2011.
- Kostenwein, E.**, La cuestión cautelar. El uso de la prisión preventiva desde la sociología de la Justicia penal, Bs. As., Ediar, 2016.
- Kostenwein, E.**, Sociología de la justicia penal. Precisiones teóricas y distinciones prácticas en "Delito y sociedad", 2018, Vol. 2 Núm. 46. En línea: <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/DelitoYSociedad/article/view/8148>
- Lahire, B.**, -comp. -, El trabajo sociológico de Pierre Bourdieu. Deudas y críticas, Bs. As., Siglo XXI, 2005.
- Lahire, B.**, Mundo plural, ¿por qué los individuos hacen lo que hacen?, en "Revista Latinoamericana de Metodología de las Ciencias Sociales", vol. 7, N° 2, 2017.
- Langer, M.**, Revolución en el proceso penal latinoamericano, difusión de ideas legales desde la periferia, en "Revista de derecho procesal penal". Número extraordinario. El proceso penal adversarial, Bs. As., 2009, Vol. II, pp. 53 y ss.
- Manual de Criminología, Perano, J. -director-. Teorías criminológicas y de construcción del poder punitivo, *Advocatus*, Córdoba, 2018.
- Podestá, T. y Villadiego Burbano, C.**, Servicio de antelación a juicio, en "Revista Sistemas judiciales", CEJA, Santiago de Chile, 2010, N° 14, pp. 19-26.
- Pratt, J.**, Penal Populism, Londres, Routledge, 2007.

Riego C. y Duce M., La reforma procesal penal en América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva, Santiago de Chile, CEJA, 2008.

Rua Gonzalo y Soria Patricia, –directores–, Informe de monitoreo del Plan Piloto San Francisco, Inecip, Córdoba, 2014.

Serrabayrouse M., La justicia penal y los universos coexistentes, en Tiscornia, S. –coord.– Burocracias y violencias, pp. 203 a 238, Bs. As., Eudeba, 2004.

Simon, J., Gobernar a través del delito, Barcelona, Gedisa, 2011.

Sozzo, M., & Somaglia, M. (2017). Prisión preventiva y reforma de la justicia penal. Una exploración sociológica sobre el caso de la Provincia de Santa Fe, Argentina. *Derecho y Ciencias Sociales*, 1(17), 7-43. <https://doi.org/10.24215/18522971e008>

Torricono, M., Conflictos de interés, mirá los vínculos universitarios entre jueces y abogados, 2018. En línea: <https://chequeado.com/el-explicador/conflictos-de-interes-mira-los-vinculos-universitarios-entre-jueces-y-abogados/>.

Zaffaroni, E. El enemigo en el derecho penal, Bs. As., Ediar, 2006.

----- . Manual de derecho penal. Parte general, Bs. As., Ediar, 2006.

----- . Doctrina Penal Nazi, Bs. As., Ediar. 2017.

Zaffaroni E., Caamaño C., Vegh Weis V., ¡Bienvenidos al Law Fare!, Edit.: Capital Intelectual, Bs. As., 2020.

Mesa 8

Ingreso y remoción de jueces y fiscales: buscando garantías para no repetición de *lawfare*

Manuel Alejandro Marañón

Jorge Eduardo Auat - César Raúl Sivo

Joaquín Tomás Raña

Mario Alberto Portela

MANUEL ALEJANDRO MARAÑÓN*

¿Es posible elegir a los fiscales por voto popular?

¿Es posible limitar los mandatos de los jueces?

El presente trabajo se centra en dos ejes, por un lado la selección de fiscales, sacándola de los actuales sistemas, para llevarlas al voto popular; tomando como referencia lo que sucede en otros países. Por el otro, en la duración de los mandatos de los magistrados, ya que la inamovilidad y el cargo perpetuo parece que no han servido para una buena administración de justicia; de allí que se analizará la posibilidad de mandatos temporales.

Ambos tópicos resultan una parte fundamental a la hora de pensar en modificaciones en orden al funcionamiento de la Justicia en el ámbito territorial de la República Argentina, y hablo de modificaciones, toda vez que a la luz de la opinión generalizada de la población acerca de la extraordinariamente negativa percepción que expresa la comunidad sobre el funcionamiento del sistema de Justicia y por tanto el claro incumplimiento del mismo a los fines que es requerido y demandado por los ciudadanos.

Sobre el actual estado de situación en relación a lo antedicho, cabe citar un amplio estudio realizado recientemente (año 2019) publicado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, el que ha arribado –en lo que interesa destacar para este trabajo- a las siguientes lapidarias conclusiones: “Considerando la dimensión confianza en la efectividad de la justicia penal, la mayoría de los entrevistados se inclinó por la opción más desfavorable, en proporciones que superan el 50% en todos los casos. Así es, que el 72% opina que la actuación de la justicia es mala o muy mala; el 73% opina que la justicia penal es poco eficaz, no resuelve los casos; el 67% piensa que la justicia no ha mejorado en los últimos años; el 92% opina que los tribunales penales demoran

(*) Abogado, Querellante Apoderado de la Secretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires y de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos en procesos Judiciales por Delitos de Lesa Humanidad cometidos por la Dictadura Cívico Militar que de facto gobernó entre el 24 de marzo de 1976 y el 10 de diciembre de 1983.

demasiado en resolver los casos judiciales; y el 72% considera que es difícil entender el lenguaje que usan los jueces en sus decisiones. Manifiestan opiniones significativamente más negativas los mayores de 30 años, las mujeres, aquellos que habitan en el interior del país (es decir, todo el país exceptuando el conurbano bonaerense y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) y aquellos entrevistados con un nivel educativo alto. En relación a la dimensión distributiva de la justicia, es decir, a la idea de que la justicia da un trato equitativo a todos los sectores sociales, el 82% de los entrevistados opina que no es así. En particular, los entrevistados de nivel educativo medio alto son quienes significativamente superan al promedio en relación a este ítem. La tercera dimensión de la confianza es la alineación con valores, es decir, la percepción de que la justicia actúa de acuerdo a valores con los cuales se identifican los entrevistados. En ese sentido, el 62% opina que la justicia penal no tiene en cuenta los intereses de las víctimas; y el 69% que la justicia penal no desalienta el delito. Estas opiniones están significativamente sobrerrepresentadas entre los mayores de 30 años y aquellos de nivel educativo medio y alto. Por otra parte, la legitimidad del sistema de justicia suele ser entendida en términos de credibilidad, es decir, como la creencia de que las instituciones siguen las reglas establecidas en su actividad. En este trabajo, se midió la legitimidad mediante cuatro indicadores. El 80% de los entrevistados considera que la justicia penal frecuentemente deja libre a personas culpables. Los mayores de 30 años, las mujeres y aquellos con nivel educativo alto superan al promedio en esta evaluación. El 78% de los entrevistados considera que los jueces penales están influenciados por la política. Los mayores de 30 años, las mujeres, los habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y del interior del país, y aquellos con nivel educativo medio, superan al promedio en esta valoración. El 87% de los entrevistados piensa que la justicia penal es poco transparente, que no se sabe cómo trabaja. Los menores de 50 años, los hombres y aquellos entrevistados de nivel educativo medio están sobrerrepresentados en esta categorización.”. (“Estudio Nacional sobre Percepción y acceso a la Justicia” 1ra. edición: enero de 2019 Editado por Ediciones SAIJ de la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Páginas 133/134. Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: www.bibliotecadigital.gob.ar)

Sabido es que el Ministerio Público a partir de la reforma constitucional de 1994, en la Sección Cuarta artículo 120 de la Carta Magna resulta un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, fijándose que tiene como función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. Asimismo, tanto en la jurisdicción Nacional bajo la órbita de la Justicia Federal como en las distintas jurisdicciones Provinciales, se nutre de integrantes a través de procesos de selección y nombramiento con base a procesos similares que consisten en concursos de oposición y antecedentes, designación de ternas, propuesta y posterior nombramiento por la autoridad política ejecutiva que corresponda con acuerdo legislativo.

Dicho sistema –al igual que lo que ocurre con el acceso de postulantes e integración al Poder Judicial– luce carente de todo dato de democracia participativa de la comunidad, convirtiéndose tales procesos independientemente de las formalidades y regulaciones vigentes, en reales actos que suceden al amparo de una inescrutable burocracia que los deja fuera de la vista, control y participación de los verdaderos interesados y beneficiarios que son los ciudadanos.

Los Fiscales son por naturaleza y en esencia los “custodios de la Legalidad”, y tal como fuera considerado en el informe del Octavo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y tratamiento del Delincuente los mismos “desempeñan un papel fundamental en la administración de justicia, y que las normas que rigen el desempeño de sus importantes funciones deben fomentar el respeto y el cumplimiento de los principios mencionados y contribuir de esa manera a un sistema penal justo y equitativo y a la protección eficaz de los ciudadanos contra la delincuencia... [...] que es fundamental asegurar que los fiscales posean las calificaciones profesionales necesarias para el desempeño de sus funciones, mejorando los métodos de contratación y capacitación jurídica y profesional, y proporcionando todos los medios necesarios para que puedan desempeñar correctamente su función en la lucha contra la delincuencia, en particular sus nuevas formas y dimensión”. (Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, ONU Doc. A/CONF.144/28/Rev. 1 p. 189 (1990).).

Tan altas responsabilidades, a más de necesariamente tener que ser cumplidas por individuos que posean las capacidades técnicas suficientes y demás requisitos de idoneidad conforme a la normativa local y a las directrices específicas sobre el punto elaboradas por Naciones Unidas, estimo no deben quedar ajenas a la posibilidad concreta y realizable de que sean los propios integrantes de la comunidad quienes los elijan a través del voto popular. Ello por un lado traería aparejado que el postulante a ejercer la alta magistratura de Fiscal deba proponer y exponer frente a la comunidad determinada en la que actuará todos sus antecedentes académicos, laborales, sociales, junto a sus propuestas en cuanto al modo y las formas de cumplir con su cometido en caso de acceder a la investidura que persigue, por otro lado, la participación ciudadana dotaría a la comunidad de un poder y un nivel de información que actualmente no posee para seleccionar a quienes deben encarnar la defensa de la legalidad y la representación efectiva y eficaz de los valores sociales frente al delito y la criminalidad. Ello, además apareja como beneficio una transparencia en los nombramientos de la que hoy se carece, en momentos que se cierne –no sin suficientes razones– un estado de sospecha permanente sobre cómo han accedido al cargo tales funcionarios, en la creencia –también fundada en serios indicios– que muchos arriban por los denominados “acuerdos políticos”, o “padrinazgos”, o “estrechos vínculos familiares” con dependientes de la estructura en ejercicio de mayor jerarquía, etc.

Por lo que, y sin esfuerzo por trazar un paralelismo con otros países que poseen sistemas en los cuales los fiscales son electos por el voto popular, lo que sí sirve extraer de tal hecho es que permite sostener válidamente que el empleo de tal metodología de selección en Argentina, con la actual tendencia a evolucionar hacia una mayor participación ciudadana en la administración de justicia iniciada con experiencias en marcha de jurados populares en diversas partes del territorio, sumada a una ya prolongada tradición de concurrir a expresarse democráticamente a través del sufragio es posible y realizable.

Respecto al segundo de los ejes, que tiene que ver con la duración en el cargo de los jueces, la cual en la práctica se traduce lisa y llanamente en “perpetuidad” en tanto claro está no se materialice y luego se compruebe a través de engorrosos procedimientos a cargo de colegios mayormente integrados por representantes políticos o colegas Magistrados, que el sindicato del caso no hubiere mantenido “buena conducta” conforme la manda constitucional del artículo 110 de la Ley Fundamental. Lo que se pone de manifiesto en relación a este punto, es en primer lugar referir que en virtud de los resultados prácticos con los que se cuenta tal franquicia a los Jueces no ha reportado utilidad alguna a los justiciables ni a la comunidad, ello considerando que el constituyente ha tenido en miras fijar la estabilidad en el cargo de Juez en respeto a la forma republicana y como garantizador de la independencia e imparcialidad que deber guiar la actuación de la Judicatura y dotar al Magistrado de mayores garantías frente a posibles embates que pusieran en riesgo la adecuada administración de justicia a través de presiones a esos funcionarios.

Una rápida recorrida por recientes episodios que han revitalizado una seria sospecha acerca de la real independencia e imparcialidad de Jueces, sobre todo de algunos de ellos con cargos relevantes dentro de la jerarquía Judicial integrando órganos de Alzada en el fuero Penal, y hasta un miembro de la Corte Suprema de Justicia, sobre los que se indagan conexiones o vínculos con personas sospechadas de haber actuado integrando lo que se ha denominado mediáticamente una “Mesa Judicial”, o la presunta celebración de reuniones o actividades de algunos de éstos con el Poder Ejecutivo por fuera de los contornos institucionales que habilitarían algún canal de comunicación transparente⁽¹⁾, lo que sin perjuicio de su ulterior comprobación o no acerca de su existencia, alcances, licitud o ilicitud, generan en la comunidad –además del contenido parcial del

(1) <https://www.lanacion.com.ar/politica/mesa-judicial-un-ciberpatrullaje-que-analiza-los-tuits-y-opiniones-de-macri-recalienta-la-nid09112021/>

<https://www.pagina12.com.ar/tags/43986-mesa-judicial>

<https://www.pagina12.com.ar/343454-quienes-integraban-la-mesa-judicial-de-mauricio-macri-ademas>

<https://www.ambito.com/politica/mesa-judicial-m/mesa-judicial-suman-la-causa-presion-macrista-ramos-padilla-y-freiler-n5302481>

<https://www.ambito.com/politica/german-garavano/garavano-admitio-la-existencia-la-mesa-judicial-macrista-y-revelo-como-funcionaba-manipulacion-la-justicia-n5124085>

informe de percepción de los ciudadanos sobre el sistema Justicia referido más arriba en este trabajo- una generalizada desconfianza sobre el sistema todo y los integrantes que lo componen. Ello solo, nos deposita al menos en la situación de poner severamente en crisis el cumplimiento de los fines para los cuales la estabilidad en el cargo –de raigambre constitucional– ha sido instituida, y considerar seriamente la posibilidad de analizar a la luz de los beneficios y de los efectos adversos que irroga dicha estabilidad en los términos que está funcionando, y plantear que resultaría conveniente estructurar formulaciones para reconfigurar el diseño de tal herramienta de garantía.

Si bien se encuentra arraigada en nuestra tradición jurídica la concepción acerca que la denominada estabilidad en el cargo de juez resulta una garantía en favor de la independencia e imparcialidad del Juez, tal instituto no es operativo en otras Naciones, bien porque nunca lo han implementado, o lo han hecho de manera segmentada aplicándola a determinados jerarquías superiores o inferiores de Juzgados o Tribunales, o bien porque habiendo tenido vigencia en algún período histórico luego se ha decidido modificarlo e implementar plazos determinados para el ejercicio de los cargos, y ello claro está sin mengua ni desmedro de la independencia ni imparcialidad de quienes están llamados a impartir Justicia. Al respecto es ilustrativo el informe denominado “La política de las Políticas Públicas. Progreso económico y social en América Latina” del Banco Interamericano de Desarrollo realizado en el año 2006, citado por Juan Manuel Lettieri y Juan Stinco al referir “Algunos países, entre ellos Argentina, Brasil, Chile, Ecuador y El Salvador, han adoptado mandatos vitalicios para los jueces (en algunos casos con un límite fijado por la edad jubilatoria). En otros países, como Bolivia, Colombia y Costa Rica, sólo los jueces de los tribunales de primera instancia tienen un mandato vitalicio, en tanto que los jueces de la Corte Suprema ocupan su cargo durante un período fijo. En Paraguay, los magistrados de la Corte Suprema ocupan cargos vitalicios, en tanto que los jueces de primera y segunda instancia pueden permanecer en el cargo únicamente durante cinco años. Por último, en algunos países como Guatemala y Perú, los jueces ocupan su cargo durante un período fijo que puede ser renovado periódicamente (Banco Interamericano, 2006:93). A mayor abundamiento, los padres constitucionalistas norteamericanos cuando contemplaron el carácter vitalicio de los cargos de los magistrados no se encontraban en condiciones de prever la actual longevidad (Teitelbaum, 2006) y cómo

<https://www.perfil.com/noticias/politica/mesa-judicial-maria-servini-cito-como-testigo-carlos-ro-senkrantz-proceso-ex-funcionario-afip.phtml>

<https://www.perfil.com/noticias/politica/desde-clinica-donde-esta-internada-jueza-maria-servini-de-cubria-pidio-renuncia-gustavo-hornos.phtml>

<https://www.perfil.com/noticias/politica/denuncian-mariano-borinsky-visitas-mauricio-macri-avanza-investigacion-gustavo-hornos.phtml>

<https://www.perfil.com/noticias/politica/alejandro-slokar-las-reuniones-de-los-jueces-con-macri-van-mucho-mas-alla-que-un-mero-intercambio.phtml>

<https://www.lanacion.com.ar/politica/mesa-judicial-el-presidente-de-la-corte-juro-ante-la-justicia-que-no-es-amigo-de-macri-y-que-no-nid05092021/>

ha impactado el comportamiento estratégico de dichos magistrados, en especial los de máximo tribunal, existiendo autores como Calabresi y Lindgren (S/A) que sostienen que el carácter vitalicio de estos cargos se trata de una reliquia de los tiempos predemocráticos. Asimismo señalan dichos autores que incluso en Inglaterra, sistema madre del norteamericano, se eliminó la garantía del cargo vitalicio de los magistrados, agregando que cada nación democrática sin excepciones incorporó límites para los cargos de sus cortes constitucionales, citando el caso de Canadá, Australia, Francia, Italia, España, Portugal, Alemania y Rusia, quienes establecieron términos entre seis y doce años para la función, y donde en muchos casos adicionaron límites etarios.". (Juan Manuel Lettieri y Juan Stinco "La garantía de inamovilidad de los jueces y lo que los precedentes "Fayt" y "Schiffrin" no resolvieron". Otoño 2017. Por REDEA. DERECHOS en ACCION – Año 2 N° 3 –, Páginas 88/89.).

Sobre los andariveles trazados estimo gira la cuestión propuesta y su análisis acerca de la conveniencia o no de analizar alternativas para instrumentar modificaciones sobre el instituto de la perpetuidad en el ejercicio del cargo. De un lado, la demostrada ineficacia actual del instituto para propender a mayores garantías sobre independencia e imparcialidad de los Jueces en el ejercicio de sus funciones, el impacto que proyecta la vigencia del instituto en el equilibrio de poderes que debe existir en el sistema republicano dado que es de toda evidencia que la Judicatura va adaptando determinadas conductas y acciones al ritmo y los intereses de los tiempos políticos por los que transitan, marcando tales comportamientos adaptativos un distanciamiento muchas veces palmario en el cumplimiento de sus deberes en tiempo y forma a través del manejo discrecional de herramientas procesales como por ejemplo el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial para no ingresar al fondo de determinadas cuestiones, la ausencia de obligación de sujetarse a plazos para adoptar resoluciones utilizadas para demorar –hasta que se considere oportuno– el avocamiento a tratarlas, recalando para adoptar definiciones en especulaciones acerca de circunstancias extrañas a la judicatura, etc. Frente a este panorama, tangible y verificable en nuestra actual realidad judicial, la respuesta a si es posible limitar temporalmente el mandato de los jueces, es que no sólo es posible sino además saludable para fortalecer la institucionalidad y la República. Estimo que circunscribir el período de ejercicio de la Judicatura a términos temporales prefijados, resultaría una herramienta útil para aventar la posibilidad de todo tipo de maniobra que en definitiva, a más de alejarse de los fines y objetivos propios del sistema Judicial como uno de los Poderes del Estado con carácter de "primus inter pares", independiente y controlante de la estricta observancia de las normas por parte de los otros dos poderes, parece haberse constituido en una fuerza superior capaz de ejecutar una nociva interferencia sobre las funciones Ejecutivas y Legislativas de la República.

JORGE EDUARDO AUAT* - CÉSAR RAÚL SIVO**

El *Lawfare*: una herramienta marginal de la política

A modo de estructurar esta ponencia nos parece fundamental desentrañar la compleja trama que encierra este fenómeno. En rigor, nos proponemos, una suerte de vivisección al solo efecto de abrir el debate que, más que necesario, es urgente.

Estratégicamente pensamos que, en principio, debemos conocer al menos, la función y sus efectos. Corresponde entonces empezar a la luz de un principio: “por donde mejor se hacen las cosas”.

En consecuencia, intentaremos una definición o, conceptualizar, al menos, lo que entendemos por *Lawfare*, esa guerra jurídica que según vimos con estupor, el modo escandaloso con que se llevó a cabo en Argentina. En consecuencia, no es otra cosa que un instrumento de persecución política en sede judicial y, para ello, naturalmente exige y necesita, como condición previa, la construcción del enemigo, que es el que justifica y da sentido al escenario beligerante que lo define. O sea, la lógica de la guerra. Es decir, lisa y llanamente judicialización de la política. A partir de allí, la persecución y eliminación del enemigo -como ocurre siempre en una guerra-, deviene lógica e inexorable. De modo tal, que incluso la grieta, éste es, o estás conmigo o contra mí, es parte de la trama y es funcional a su finalidad. En esa “guerra”, lo que constituye un logro en términos de objetivos, es la destrucción de ese enemigo a quien se lo responsabiliza de todos los males.

Ahora bien, hecha esta aclaración, a renglón seguido, entendemos que corresponde definir quién es el enemigo. En el caso argentino, debemos admitir que no es nuevo, basta con mirar la historia. Para no ir tan lejos, Yrigoyen, Perón, Cristina Kirchner etc. Siempre se persigue a líderes que representan una forma de pensamiento vinculado a la defensa de los sectores vulnerables de la sociedad y, para quienes la política es el único instrumento posible para ser protagonistas. Dice Ferrajoli: “Ya no tenemos el gobierno público

(*) Ex Fiscal de la Procuraduría de Crímenes contra la Humanidad.

(**) Abogado y activista en DDHH. Profesor universitario

y político de la economía, sino el gobierno privado y económico de la política”, “... resulta cada vez más débil el nexo democracia/pueblo y poderes decisionales/regulación jurídica” (Ferrajoli, Luigi La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Editorial: Trotta. 2014).

Si esto es así, y como pudimos observar claramente en el mundo judicial, resulta que quienes producen el quiebre de ese nexo del que habla el autor, son los poderes reales y permanentes que gobiernan la política. Es decir, empresas de medios con sectores concentrados de la economía que, sin duda, son los grandes beneficiarios de esa privatización.

El resultado no es otro que la ausencia del pueblo, porque, en definitiva, “a nadie le dan vela en su propio entierro.”

Esos grupos, en distintas épocas, lo hicieron violentamente por las armas y, ahora lo hacen a través de un aparato judicial, que algunas veces actúa sometido y otras, confabulado con el poder dominante.

Tal relación con quienes, privadamente gobiernan la política, es lo que llevó como nunca a la politización de la justicia. En consecuencia, cobra vigencia la frase de Carrara al afirmar que... “cuando la política entra por la puerta del templo, la Justicia huye por la ventana...” Tanto es así, que cuando hablamos de *lawfare* surge, incuestionablemente, la pregunta de quiénes son los beneficiarios de esas persecuciones. Y, siempre son los mismos, los sectores económicos y sociales acomodados. “El río es el mismo, aunque las aguas cambien”.

La guerra de referencia es impiadosa, aunque la idea central de exterminio no sea con la vida, aunque, si fuese necesario para el logro de su cometido, la vida de los perseguidos resultaría indiferente. (Ej. caso Timerman).

Ahora bien, el daño estructural es tan grave, que se expande a todo el esquema institucional. Un ejemplo de ello es, sin dudas, el hecho innegable de que, forzosa e inevitablemente, se sacrifican derechos fundamentales de la democracia. No olvidemos que estos derechos tienen una tortuosa historia de legitimación y que, aún siguen generando discusiones que cuestionan su vigencia.

En concreto referimos a las garantías constitucionales, en permanente crisis, producto del proceso de desinstitucionalización del estado de derecho.

En ese sentido, vale recordar que para avanzar sobre la investigación de los crímenes de la dictadura, el sistema judicial en su conjunto fue, durante mucho tiempo, funcional a la estrategia de los responsables del genocidio, a través de la cronicidad en la tramitación de las causas, cuya consecuencia, desde luego, no fue otra que la impunidad. Ello así, devino necesario crear en las diferentes agencias del sistema judicial, oficinas especia-

lizadas para monitorear el estado de las causas, de cuya morosidad daban cuenta el clamor de los organismos querellantes. Sin embargo, cuando se trata de persecuciones políticas de dirigentes opositores, fueron solícitos y rápidamente ordenaron las prisiones preventivas. Sin duda que no hay contradicción, hay coherencia.

De todos modos, tengamos en cuenta que, estamos hablando de una estructura totalmente divorciada de los intereses de la sociedad. De ahí su desprestigio. En rigor, es un fenómeno que recorre varios países de América Latina. Es pertinente recordar lo que el presidente de la Corte de Chile le dijo a Pinochet cuando le puso la banda presidencial: “dejo el poder judicial en sus manos”. En nuestro país, tiene más prosapia: empezó en el año treinta.

Respecto al “*lawfare*” en Argentina, en este tiempo histórico de la democracia, queda claro que es motorizado desde poderes reales que atraviesan todo el sistema judicial. Con medios de prensa que reconocieron que hacían “periodismo de guerra”, y que, asociados con el aparato judicial, construyeron un escenario agonal con dolorosas consecuencias. Como en el cuento de Horacio Quiroga “Si no mata estropea”.

Fue tan despiadada la persecución, que no podemos dejar de recordar, que allí perdió la vida un imputado que luego, post-mortem, fue declarado inocente por inexistencia de delito. Atroz. “Nada se parece tanto a la injusticia como la **justicia tardía**”. Vimos cómo se montaban causas con la clara estrategia de condenar, más allá de cualquier razonamiento jurídico/procesal.

Perfecto Ibáñez –Magistrado del Tribunal Supremo Español– en Tercero en Discordia describió ese mecanismo como “procesos a piñón fijo, porque estuvieron presididos, de principio a fin, por una sola hipótesis, destinada, por virtud del método, a convertirse en profecía de las que se auto confirman. A ese efecto, tomó un caso –Ranucci– que es la historia real de un joven guillotinado en el año 1976, en el marco de un proceso cuya investigación giró en torno a una sola hipótesis –la confesión del acusado– y que, terminó siendo por definición –como se dijo antes– una profecía autocumplida (Perfecto Ibáñez (2015) “Tercero en discordia, Jurisdicción y juez del estado constitucional. Estructuras y Procesos.” Ed. Trotta.).

Queda claro que el “*lawfare*” sólo se puede llevar a cabo en el marco de un desguace institucional, y esto solo es posible, si el estado de derecho es desplazado, si la democracia constitucional se debilita y, el centro de gravedad se ubica solo en la asimétrica relación de fuerzas que ya están instaladas en la sociedad. Es a su vez, un síntoma de tal ablación de la democracia el que posibilitó ese corrimiento del espacio público al privado.

En el caso argentino, vimos de qué modo el poder económico con los medios de información en sus manos, coincidió en un momento de la historia y definió un proyecto político hegemónico con el aparato judicial como instrumento. El teatro de operaciones

de la política se trasladó a los tribunales en una conjunción de intereses con un formato en el que el poder mediático es en definitiva un “Juez virtual”.

Ahora bien, ¿cómo se garantiza la no repetición de esa inmoralidad del aparato judicial puesto al servicio de los más abyectos intereses? Entendemos que una de las formas es cambiar paradigmas en los criterios de selección, que van desde la rigurosa evaluación de sus condiciones técnicas y, con el mismo rigor, su compromiso democrático. Este último requisito no es tan complicado ya que, sin perjuicio de revisar su historia personal, se debería analizar en las entrevistas respuestas concretas a valoraciones de orden moral y jurídico.

De todos modos, hay que tener en cuenta que, es una carga de la política y nada de eso será posible si no se cambian las relaciones de fuerza: es decir, volver al gobierno público de las instituciones. Ello sólo es posible fortaleciendo la democracia. Como expresa Ferrajoli:

“Depende de nosotros -de la política, de la legislación, jurisdicción y cultura jurídica, que ésta sea superada a través de una refundación garantista de la legislación penal y de las reglas del justo proceso.”

“La cultura antigarantista de los jueces se apoya siempre en una legislación antigarantista y en una cultura jurídica condescendiente o disminuida.”

Como corolario de lo dicho, debemos admitir que el objetivo del “*lawfare*” no es sólo la persecución política a opositores de turno, sino también, una demostración y un metamensaje que comunica dónde está el poder. Un claro desplazamiento de la política a los grupos económicos.

Referencias

- Ferrajoli, Luigi.** (2014) “La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político”. Editorial: Trotta. 2014.
- Perfecto Ibañez** (2015) “Tercero en discordia, Jurisdicción y juez del estado constitucional. Estructuras y Procesos.” Ed. Trotta.

JOAQUÍN TOMÁS RAÑA*

Análisis cuanti y cualitativo de las remociones de magistrados (y procesos de destitución) en el periodo 2015-2019

Introducción

Del funcionamiento general del Consejo de la Magistratura y de la Comisión de Disciplina y Acusación durante el periodo bajo estudio. De los procesos de remoción y sanciones disciplinarias

Conforme el art. 114 inc. 4 y 5 de la Constitución Nacional, y en consonancia con el cambio constitucional operado con la reforma de 1994, la Ley del Consejo de la Magistratura (24.937 y modificatorias) faculta al Plenario del cuerpo para decidir la apertura del procedimiento de remoción de jueces, previo dictamen de la Comisión de Disciplina y Acusación, así como para formular la acusación correspondiente ante el Jurado de Enjuiciamiento y ordenar, en su caso, la suspensión del magistrado. A tales fines se requerirá una mayoría absoluta del total de los miembros.

En cuanto a su composición⁽¹⁾, el Consejo de la Magistratura, conforme Ley N° 26.080, se encuentra integrado por trece miembros: tres jueces, tres representantes de la Cámara de Diputados; tres de la Cámara de Senadores; dos representantes de los abogados; un representante del ámbito académico y un representante del Poder Ejecutivo Nacional. Ello es, con una supremacía del sector político del Estado de un 53,85%.

A su vez, la Comisión de Disciplina y Acusación está conformada por nueve miembros: un representante de los abogados, dos senadores, dos diputados, dos jueces, el representante del ámbito académico y científico y el representante del PEN, nuevamente con una clara preponderancia de las ramas políticas del Estado, con un 55,56%.

(*) Abogado UNDMP. Mail: joaquintomasrana@gmail.com

(1) Ello durante el periodo bajo análisis. Nótese que dicha composición está, actualmente, en plena discusión. Ver <https://www.pagina12.com.ar/387577-el-gobierno-envia-un-proyecto-para-cambiar-la-composicion-de>

Con ello, decimos que resultan, tanto el Consejo de la Magistratura, como la Comisión de Disciplina y Acusación, aquellos instrumentos por los cuales se fiscaliza, limita y controla a un Poder Judicial que naturalmente no queda fuera del sistema de frenos y contrapesos propios del sistema republicano, ello recordando que “la fiscalización que cada uno de los órganos de gobierno ejerce con respecto a los otros es la característica distintiva del principio de división de poderes” (Hernández Maqueda, 2019).

Es decir, el Poder Judicial es y debe ser independiente, ello como valor instrumental a través del cual se persigue la imparcialidad de la “justicia”. Resulta ello medio, a su vez, para garantizar que los justiciables puedan hacer valer sus razones ante un tercero imparcial. Ahora bien, independiente no significa carente de controles y tal es el sentido del art. 114 C.N. La ciudadanía tiene el derecho de evaluar el desempeño y probidad de cada uno de los jueces. Hace ello a la legitimidad de la jurisdicción y al Estado de Derecho.

Si como muestra basta un botón, resulta que, a día de hoy, es el Poder Judicial la institución con menor credibilidad ante la sociedad. Según una reciente encuesta de Management & Fit (M&F), el 49,2% de la población tiene “nada” de confianza en “la justicia”; el 32,9% le tiene “poca confianza” a los jueces; el 15,2% manifiesta que tiene “algo de confianza” en la justicia y sólo un 2,3% dice tener “mucho confianza” en ella. Evidentemente, algo falla.⁽²⁾

Del trámite de las denuncias ante la Comisión

Adentrándonos ya en la materia propia del presente trabajo, resulta que ante el ingreso de una denuncia a la Comisión caben varias opciones, esto es, su acumulación a otra previa por el mismo hecho –o que tenga conexidad–; el rechazo in limine (desestimación sin adentrarse en el fondo) o la apertura de la investigación preliminar, asignándosele –por sorteo– a un Consejero Informante, notificándose al denunciado y abriéndose un periodo de prueba. Conforme art. 10 del Reglamento de la Comisión de Disciplina y Acusación, la Comisión podrá delegar la tramitación de una denuncia al tribunal de superintendencia correspondiente.

Adicionalmente, según el art. 11 del Reglamento de la Comisión, al notificarse al magistrado denunciado, éste podrá ejercer su defensa por escrito, designar defensor, ofrecer pruebas y expresar lo que corresponda a su derecho, por el plazo de 20 días.

Finalizado dicho periodo, el Consejero informante podrá proponer la desestimación de la denuncia o redactar una propuesta de dictamen, tras lo cual la Comisión deberá citar a audiencia al denunciado, efectuando una síntesis de los hechos imputados y fijando

(2) Ver https://www.clarin.com/politica/justicia-institucion-genera-menor-confianza_0_rJ7J0HJcW.html

la calificación legal provisional de su conducta como falta disciplinaria o causal de remoción, así como exponiendo las pruebas obrantes en el expediente (art. 20 del Reglamento de la Comisión).

Posteriormente, finalizadas las medidas de prueba y efectuado el descargo, el Consejero informante deberá redactar un proyecto de dictamen para proponer al plenario del Consejo la desestimación de la denuncia, la aplicación de una sanción disciplinaria o la apertura de un procedimiento de remoción ante el Jurado de Enjuiciamiento, así como, eventualmente, la suspensión del magistrado acusado (art. 22 del Reglamento).

En caso de renuncia del Magistrado, aceptada la misma, la Comisión declarará abstractas las actuaciones y recomendará su archivo (art. 23 del Reglamento).

Del procedimiento de remoción

Serán causales de remoción de los jueces el mal desempeño, la comisión de delitos en el ejercicio de sus funciones y los crímenes comunes.

En lo que hace al mal desempeño –no definido por la Constitución–, el art. 25 de la Ley 24.937 brinda algunas causales no taxativas, tales como desconocimiento inexcusable del derecho; incumplimiento reiterado de la Constitución Nacional, normas legales o reglamentarias; negligencia grave en el ejercicio del cargo; realización de actos de manifiesta arbitrariedad en el ejercicio de sus funciones; graves desórdenes de conducta personal; abandono de sus funciones; aplicación reiterada de sanciones disciplinarias; incapacidad física o psíquica sobreviniente para ejercer el cargo.-

Adicionalmente, según subraya Benente, resulta que, de numerosas sentencias del Jurado de Enjuiciamiento, se desprende que el mal desempeño tiene una estrecha vinculación con la mala conducta, que perjudica la investidura del Poder Judicial e impide el reconocimiento de derechos humanos (Benente, 2018: 33).

Así las cosas, aprobada la acusación del magistrado por parte del plenario del Consejo, será luego el Jurado de Enjuiciamiento el órgano encargado de confirmar o destituirlo. Dicho Jurado se compondrá, de acuerdo a la ley 26.080 con siete integrantes: 2 jueces de Cámara, uno del fuero federal del interior de la República y otro de la Capital Federal, dos senadores, dos diputados y un abogado; quienes serán elegidos por sorteo semestralmente a partir de las listas de representantes de cada uno de los sectores. En su caso, la destitución será aprobada con los dos tercios de los miembros del jurado. De no alcanzarse los dos tercios, el juez acusado será confirmado en su cargo.

Contra dicho pronunciamiento, conforme la jurisprudencia iniciada con “Graffigna Latino” (1986), “Nicosia” (1993) y particularmente “Brusa” (2003), se podrá deducir recurso de apelación ante la CSJN.

De la aplicación de sanciones disciplinarias

A su vez, como vimos, a propuesta de la Comisión de Disciplina y Acusación, el plenario del Consejo de la Magistratura se encuentra también facultado para aplicar sanciones a los magistrados del Poder Judicial de la Nación.

De acuerdo a la ley 24.937, será causal de sanción disciplinaria:

1. La infracción a las normas legales y reglamentarias vigentes en materia de incompatibilidades y prohibiciones, establecidas para la magistratura judicial.
2. Las faltas a la consideración y el respeto debido a otros magistrados, funcionarios y empleados judiciales.
3. El trato incorrecto a abogados, peritos, auxiliares de la justicia o litigantes.
4. Los actos ofensivos al decoro de la función judicial, el respeto a las instituciones democráticas y los derechos humanos o que comprometan la dignidad del cargo.
5. El incumplimiento reiterado de las normas procesales y reglamentarias.
6. La inasistencia reiterada a la sede del tribunal o el incumplimiento reiterado en su juzgado del horario de atención al público.
7. La falta o negligencia en el cumplimiento de sus deberes, así como de las obligaciones establecidas en el Reglamento para la Justicia Nacional.

Luego, las sanciones disciplinarias que pueden aplicarse a los magistrados son:

1. Advertencia.
2. Apercibimiento.
3. Multa de hasta un cincuenta por ciento (50%) de los haberes.

Las sanciones disciplinarias las decidirá el plenario del mismo Consejo de la Magistratura con mayoría absoluta de sus miembros presentes, luego del correspondiente dictamen de la Comisión de Disciplina y Acusación (Resol. N° 98/2007). La denuncia puede ser formulada por cualquier persona, pero el denunciante no será parte de las actuaciones y por tanto no puede impulsar la investigación.

De tal manera, sea para la aplicación de sanciones, como para la apertura del procedimiento de remoción, la actuación de la Comisión de Disciplina y Acusación, aconsejando al plenario del Cuerpo la aplicación de sanciones disciplinarias o la acusación de los magistrados a los efectos de su remoción (art. 14 Ley 24.937), resulta central.

De la actuación del Consejo de Disciplina y Acusación durante los años 2015 a 2019

A modo de previa aclaración metodológica, es de señalar que a continuación se analizará el trámite de las denuncias sustanciadas por ante el Consejo de Disciplina y Acusación partiendo de la base de las memorias anuales del Consejo, los dictámenes y

recomendaciones más importantes, así como de la información pública de libre acceso que publica el Consejo de la Magistratura de la Nación.⁽³⁾

Naturalmente, por elementales cuestiones de índole material, no se pretende abarcar todos y cada uno de los casos de manera particular sino, más bien, efectuar una brevísima síntesis de aquellos que han tramitado hacia el procedimiento de remoción o, en su caso, hacia sanciones disciplinarias.

a.- 2015.

Realizando un repaso de la actuación de la referida Comisión, resulta que durante el año 2015 **ingresaron 194 denuncias**, las que se sumaron a 298 que ya estaban en trámite al inicio del año. De ellas se resolvieron, en mismo año, 167.-

De los expedientes resueltos por la Comisión de Disciplina remitidos al plenario, fueron desestimadas 195 denuncias.

En 103 se recomendó al plenario la desestimación *in limine* (sin adentrarse en el fondo del asunto y sin fundamentación).

En 51 casos se propusieron desestimaciones de manera fundada.

En 4 se propuso que sean declaradas abstractas/archivadas por renuncia del magistrado denunciado. (art. 23 del Reglamento de la Comisión).

En 41 expedientes se procedió al archivo de las actuaciones por el vencimiento del art. 7 inc. 15 y 16 de la ley 24.937.

En 21 se procedió a la acumulación de denuncias.

Adicionalmente, se aprobaron 12 resoluciones citando a 13 magistrados en los términos del art. 20 del reglamento, para que efectúen el descargo que consideren pertinente.

En 4 casos, se procedió a la acusación de los magistrados denunciados ante el jurado de enjuiciamiento, remitiéndose los expedientes al Plenario para la prosecución de su trámite.

Así las cosas, finalizó el 2015 con 269 expedientes en trámite.

En lo que respecta a los 4 casos en los que la Comisión de Disciplina propuso al Plenario la acusación de los Magistrados denunciados ante el Jurado de Enjuiciamiento, los mismos fueron:

1. Expte. N° 239/2012 y acumulados, caratulado "*Patrignani José Dante c/ Dr. Montezanti Néstor Luis (Int. Cam. Federal de Apel. De Bahía Blanca)*", donde se propuso la acusación del **Dr. Néstor Luis Montezanti** (en Reunión de Comisión de fecha 03/09/15).

(3) <http://consejoabierto.pjn.gov.ar/> <https://consejomagistratura.gov.ar/>

2. Expte. N° 179/2012 y acumulados, caratulado “*Fuentes Marcelo y Moreno Carlos (Consejeros) c/ Dr. Luis Antonio Armella (Juez Fed. Quilmes)*”, donde se propuso la acusación del **Dr. Armella**.
3. Expte. N° 146/2013 y acumulados, caratulado “*Cam. Fed. Apel. Bahía Blanca s/ Comunica Present. cf Dr. José A. Charlín (Subr. Juz. Fed. Sta. Rosa)*”, donde se propuso la acusación del **Dr. Charlin**.
4. Expte. N° 121/2015, caratulado “*Mazzutti David Ramón c/ Dr. Reynoso Juan (Juez Federal de San Ramón de la Nueva Orán)*”, donde se propuso la acusación del **Dr. Reynoso**.

En los casos de Montezanti, Charlin y Reynoso se aprobó, por mayoría, el dictamen en Comisión y posteriormente se inició el proceso de Jurado de Enjuiciamiento. En el caso de Armella pese al dictamen de la Comisión de Disciplina, el proceso de remoción quedó trunco ante la falta de quorum en el plenario del Consejo.

Descendiendo sucintamente a las circunstancias de cada uno de los casos, resulta que:

Armella –*juez federal de Quilmes*– fue acusado de haber favorecido a empresas vinculadas a familiares suyos para la contratación de obras de limpieza de la cuenca en el marco de la causa Matanza Riachuelo, pese a lo cual, como referimos, el proceso de remoción quedó trunco ante la falta de quorum⁽⁴⁾.

Montezanti –*presidente de la Cámara Federal de Apelaciones de Bahía Blanca*– resultó acusado ante el Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados por la causal de mal desempeño en sus funciones (art. 53 y 114 inciso 5° de la Constitución Nacional, 7 inc. 15 de la ley 24937 y modificatorias), ello en tanto a que el mismo, según la acusación, habría pertenecido al destacamento de inteligencia n° 181 como personal civil de inteligencia durante el período 1976/1983, estando por aquel entonces, a su vez, investigado en una causa por delitos de lesa humanidad cometidos por la Triple A⁽⁵⁾.

Reynoso –*Juez federal de Salta*–, por su parte, resultó acusado de presunta connivencia con imputados de narcotráfico y de tramitar un expediente durante varios días desentendiéndose de los supuestos de excusación, así como de incurrir en abuso de autoridad y privación ilegítima de la libertad del Sr. Mazzutti, según éste último denunciara⁽⁶⁾.

Por su parte, **Charlín** –*Juez Federal de La Pampa*– fue acusado de haber exteriorizado presuntos “*comportamientos configurativos de acoso laboral y sexual*”; de desviar partidas presupuestarias destinadas como fondos electorales, de comportamiento hostil

(4) <https://chequeado.com/el-explicador/jueces-juzgados-cuales-son-los-antecedentes-de-los-casos-montezanti-y-armella/>

(5) <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-288784-2015-12-22.html>

(6) <https://www.diariojudicial.com/nota/74129>

ante personas ajenas a la relación de subordinación laboral directa, así como de haber dañado el mobiliario y las paredes del Juzgado Federal de Santa Rosa.

Vale decir, **los tres casos que pudieron proseguir hacía el proceso de remoción culminaron al año posterior –2016– mediante la renuncia de los magistrados denunciados antes del juicio, por lo que no se emitió pronunciamiento alguno más que el archivo de las actuaciones.**

Por otra parte, en lo que hace a la aplicación de **sanciones disciplinarias** durante el mismo período, de la totalidad de las denuncias resueltas en el 2015, **solo se aplicó una sanción –de advertencia–**, a la Dra. Olga Pura Arrabal –*Jueza Federal de Mendoza*–, quien había sido acusada de utilizar métodos clandestinos para su beneficio personal al realizar copias de un documento para posteriormente utilizarlo como prueba en una causa donde era parte actora.

Desde otro costado, si bien la acusación ante el Jurado de Enjuiciamiento contra el Juez Dr. Axel López –*titular del Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 3*– fue efectuada de manera previa al 2015, no abunda señalar que durante el 2015 se resolvió también su situación procesal, disponiéndose el rechazo de la destitución. Vale recordar, el nombrado había sido acusado de mal desempeño en sus funciones por haber dispuesto, pretensamente, diversas libertades condicionales apartándose de los dictámenes del Cuerpo Médico Forense y de la letra del art. 13 C.P.⁽⁷⁾

b.- 2016.

Al inicio del 2016, se registraban 269 expedientes en trámite ante la Comisión de Disciplina del Consejo, habiendo ingresado 372 durante el transcurso del año.

Durante todo el 2016, la Comisión resolvió 418 expedientes que fueron remitidos al plenario.

263 fueron propuestas de desestimación *in limine*.

76 se propuso la desestimación de manera fundada.

En 49 expedientes se propuso al plenario la declaración de abstracta de la denuncia o su archivo por renuncia del magistrado. (art. 23 del Reglamento).

En 30 expedientes se procedió al archivo de las actuaciones por vencimiento de las mismas (según art. 7 inc. 15 y 16 de la ley 24.937).

32 expedientes fueron acumulados.

(7) Sobre las particularidades del caso, resulta sumamente ilustrativo el alegato del Prof. Dr. Zaffaroni en el marco de dicho proceso (ver <http://www.pensamientopenal.com.ar/miscelaneas/40771-alegato-raul-zaffaroni-jury-axel-lopez>)

Adicionalmente, durante todo el 2016, fueron citados 71 magistrados en los términos del art. 11 y uno en los términos del art. 20 (Dr. Oyarbide⁽⁸⁾).

Resta mencionar, no hubo durante éste periodo ninguna apertura de procedimientos por remoción, ni ninguna recomendación de sanción.

Sin embargo, como fuera referido *ut supra*, durante el 2016 se iban a sustanciar los juicios políticos de los Dres. Reynoso, Charlín y Montezanti, quienes renunciaron antes de los mismos, lo que devino en el archivo de las actuaciones.

Al finalizar el año, había 205 expedientes en trámite.

c.- 2017.

Durante el año 2017 ingresaron 267 denuncias, que se sumaron a las que ya se encontraban en trámite.

De los expedientes resueltos por la comisión, se desestimaron 195 denuncias; 148 lo fueron in limine y 47 fueron fundadas. A su vez, 12 denuncias fueron declaradas abstractas ante la renuncia de los magistrados denunciados (según art. 23 del Reglamento de la Comisión).

En 17 expedientes, se procedió al archivo de las actuaciones por vencimiento de las mismas (art 7. Inc. 15 y 16 de la Ley 24.937).

Al finalizar el año, quedaban 261 expedientes en trámite.

En cuanto a las sanciones, durante el 2017 no se recomendó ni aplicó ninguna.

Por otra parte, se aprobaron 3 resoluciones citando a tres magistrados a efectos de que efectúen el descargo previsto por el art. 20 del Reglamento, citándose a los Dres. Freiler, Hergott y Rafecas.

Finalmente, vale decir, **solo en un expediente se propuso al Plenario del Consejo la acusación del magistrado denunciado ante el Jurado de Enjuiciamiento**, ello en el marco del expte. N° 253/2016 y acumulados, caratulado "*Colegio de Abogados de la Ciudad de Bs. As. –adjunta pub. Diario Clarín s/ Dr. Freiler E.*". En dicho marco, **se propuso la acusación del Dr. Freiler –Juez integrante de la Sala I de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal–** ello por la causal de mal desempeño de conformidad con lo

(8) Quien se encontraba acusado por mal desempeño en sus funciones al haber, pretensamente, suspendido, en el año 2013, un allanamiento a una financiera tras recibir un llamado telefónico del Sr. Luizzi. Tiempo después renunció y se acogió al beneficio de la jubilación, archivándose el expediente.

establecido por los arts. 110 y 115 en función del art. 53 de la Constitución Nacional y concordantes.

Freiler fue luego destituido del cargo por el Jurado de Enjuiciamiento, ello por pretensos incumplimientos de obligaciones fiscales, así como la presunta consignación de datos falsos en sus declaraciones de bienes y no poder justificar erogaciones que superaban sus ingresos, todo lo que a criterio del jurado encuadró como causal de mal desempeño.

Sin pretender ahondar en consideraciones y análisis que excederían ampliamente el acotado objeto de éste trabajo, preciso es señalar que la destitución del Dr. Freiler causó un notable revuelo público e institucional. A modo meramente ilustrativo es de señalar que, en primer lugar, la suspensión y apertura del procedimiento se edificó mediante una maniobra tildable de irregular –*al menos así lo fue por ciertos sectores de relevancia político institucional*–, en tanto se valió de una vacancia momentánea para formar una mayoría calificada de dos tercios de los miembros presentes que demanda la ley para aprobar la medida.

Dicha vacancia se generó por un fallo judicial que sostuvo la falta de idoneidad del Senador Ruperto Godoy para el cargo en virtud de no poseer título de abogado –*lo que ni la ley ni la Constitución demandan*–, ello un día antes del Plenario en el que se trataría la situación del Dr. Freiler. Así las cosas, la presidencia del Consejo requirió al Presidente de la CSJN tomara juramento al suplente nombrado por el Frente para la Victoria en el Senado, jura que se produjo recién luego de finalizada de la sesión, interín que generó una mayoría “*circunstancial*” que permitió abrir el procedimiento del Jurado de Enjuiciamiento.

Aunado a ello, lo que también merecería un análisis en mayor profundidad, el magistrado adujo fuertes persecuciones políticas a raíz de su aval para el cierre de la causa del Memorándum con Irán, así como por votar por el desplazamiento del Dr. Bonadio en la causa Hotesur.

Vale finalmente decir, en la causa penal por enriquecimiento ilícito –*que precisamente devino en la posterior remoción del magistrado en 2017*–, Freiler había sido sobreseído, pese a lo cual luego la causa fue reabierto mediante un planteo de cosa juzgada írrita. Finalmente, el 28/2/2020 la Cámara Federal porteña –*a instancias de la Cámara Federal de Casación Penal*– revocó la resolución que reabrió la investigación patrimonial, quedando con ello firme el sobreseimiento del Dr. Freiler.

d.- 2018.

Al inicio del 2018, la Comisión de Disciplina y Acusación tenía 261 expedientes en trámite, ingresando 229 denuncias durante el mismo periodo.

En 19 expedientes se propuso al Plenario se declaren abstractas las actuaciones por renuncia del magistrado (art. 23 del Reglamento de la Comisión).

En 145 expedientes se aconsejó al Plenario del Cuerpo la desestimación in limine de la denuncia.

En 75 expedientes se propuso la desestimación de la denuncia.

En 11 expedientes se procedió al archivo de las actuaciones por vencimiento del plazo del art. 7 incs. 15 y 16 de la ley 24.937.

En 23 expedientes se acumularon denuncias.

En cuanto a las sanciones, en el expediente 69/15 “Colombo Marcelo (Fiscal de la Proc. De trata y explotación de pers.) s/ act. Dr. Reynaldi Mario”, se propuso al Plenario, como dictamen de mayoría, la **acusación del Juez Dr. Reynaldi ante el Jurado de Enjuiciamiento**; lo que luego fue convertido por el Plenario del Consejo —vía Res. 176/18— **en la aplicación de una sanción de multa del 30% de sus haberes**.

En lo que hace al mentado magistrado –Juez del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santa Cruz-, la sanción que le fuera impuesta fue por “haberse interesado y gestionado, de modo indebido, asuntos de terceros”. La denuncia que originara las actuaciones fue presentada por el Dr. Marcelo Colombo (Fiscal de la PROTEX), ello a raíz de la pretensa **existencia de presuntos vínculos del magistrado con distintos imputados por el delito de trata de personas. Si bien el magistrado fue posteriormente absuelto por el delito de encubrimiento en sede judicial**⁽⁹⁾ lo cierto es que, a criterio del precitado Fiscal, del desarrollo de aquella investigación se acreditaron diversas situaciones relacionadas con el modo de actuar del Dr. Reynaldi.⁽¹⁰⁾

Sin embargo, como se señaló precedentemente, el Dr. Reynaldi fue solo sancionado por interesarse o gestionar asuntos de terceros, al involucrarse en el trámite de actuaciones vinculadas a un trámite de divorcio de un ex comisario imputado por el delito de trata de personas⁽¹¹⁾.

Adicionalmente, en el exp. 30/15 y acum., caratulado “Carrio Elisa María Avelina c/ Dr. Rafecas Daniel Eduardo (Juez Federal)” **se propuso la desestimación de la denuncia con respecto al Dr. Ercolini**, y la desestimación de las denuncias respecto a los hechos

(9) Causa nro. 2530 caratulada “Av. Pta. Comisión de delitos de acción pública” del registro del Juzgado Federal de Primera Instancia de Río Gallegos”.

(10) Llamadas y conversaciones que, siempre según la denuncia, ponían de relieve el conocimiento del magistrado de diversas actividades de explotación sexual y de trata de personas llevadas adelante por parte de contactos y amigos del nombrado, entre otras cuestiones de similar tenor.

(11) Ver <https://www.diariojudicial.com/nota/80699/noticias/el-juez-reynaldi-la-saco-barata.html> y Dictamen nro. 59/2018.-

referidos al Dr. Rafecas que estuvieran vinculados a su actividad jurisdiccional, aunque se propuso, por otro lado, la aplicación de una multa equivalente al 50% de sus haberes en relación a hechos ajenos a su actividad jurisdiccional. El Plenario, mediante res. 49/2018, impuso al magistrado la sanción de una multa del 50% de sus haberes, la que fue luego reducida por la CSJN –el 8/10/18– a un 25% de los mismos.

En lo que hace a la aplicación de la sanción de multa al Dr. Rafecas, la misma fue por considerar el Consejo de la Magistratura que el Magistrado incurrió en “**falta de decoro**” en su desempeño en el marco de la denuncia efectuada por el Dr. Nisman por el pretenso encubrimiento de los autores del atentado a la AMIA mediante la firma del Memorándum con Irán y que tuviera por imputados a la Dra. Cristina Fernández de Kirchner y al Ex Canciller Héctor Timerman, entre otros. Dicha falta de decoro, a entender del Consejo, fue a raíz de haber llamado el Magistrado al Diputado Waldo Wolff después de que éste cuestionara públicamente su fallo, así como por haber convocado a dirigentes de la DAIA a la sede del Tribunal para anticiparles que no reabrirla el precitado expediente. **Posteriormente, la CJSN mantuvo la multa solo en relación a la reunión con los dirigentes de la DAIA.**

A su vez, durante el periodo bajo análisis se procedió a citar a cinco magistrados en los términos del art. 20 para que efectúen el descargo que estimen corresponder (Dres. Mario Reynaldi, Daniel H. Obligado; Marta Gastaldi, Liliana Rodríguez Fernández y Carlos Soto Dávila).

e.- 2019.

Finalmente, al iniciar el año 2019, se encontraban en trámite ante la Comisión de Disciplina y Acusación 211 expedientes, ingresando 200 denuncias a lo largo del mismo periodo.

Expedientes resueltos por la Comisión de Disciplina y remitidos al Plenario hubo 148, de los cuales 63 fueron con propuestas de desestimación; 72 con propuestas de desestimación *in limine*; 12 aconsejando se declaren abstractas las actuaciones (según art. 23 del Reglamento) y uno proponiendo una sanción disciplinaria.⁽¹²⁾

Fueron archivados 26 expedientes por vencimiento del plazo del art. 7 inc. 15 y 16 de la ley 24.937, mientras que 15 fueron acumulados y 1 desacumulado.

Durante el mismo periodo, se citó a un solo magistrado a tenor de lo prescripto por el art. 20 del Reglamento, citándose al Dr. Juan Carlos Gemignani en el marco del expte. 226/16.

Así las cosas, **durante el 2019 no hubo pedidos de remoción y solo se aplicó una sanción de multa del 35% de sus haberes al Dr. Gemignani.** Si bien inicialmente la Comisión

(12) Al Dr. Gemignani, integrante de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal y, por entonces, su presidente.

de Disciplina y Acusación aprobó un dictamen que proponía el apercibimiento, luego el Plenario aprobó la sanción de la referida multa. Sucintamente, la denuncia al entonces presidente de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal fue por un hecho acaecido el 28 de julio de 2016, al ordenar la detención e incomunicación de la prosecretaria de Cámara interina de la Sala Primera de la Cámara Federal de Casación Penal, María Amelia Expucci, quien se encontraba prestando funciones como Secretaria de feria.

Con ello, manifestó el denunciante en su escrito que la detención fue *“claramente indebida e ilegítima”*, que el comportamiento del magistrado revestía extrema gravedad, además de constituir un acto de violencia laboral contra una funcionaria judicial de menor jerarquía, y ponía de manifiesto, a criterio del denunciante, una *“matriz medieval de ejercicio del poder”* intolerable en un sistema democrático.

Concretamente, según se desprende de la denuncia en cuestión, el Dr. Gemignani habría *“advertido”* a distintos funcionarios y empleados de que, de entorpecer o interponerse en unas actuaciones administrativas que pretendía llevar a cabo *–inventario de cajas a efectos de vaciar una sala para videoconferencia–* serían detenidos. Así, la negativa y distintos planteos de la Dra. Expucci, siempre según la denuncia, *“provocaron un estallido de ira en el magistrado”*, quien consideró que se trataba de una negativa a cumplir una orden y ordenó a los dos efectivos de la policía federal que los acompañaban, la detención de la nombrada.

Al recuperar su libertad *–una hora y media después–* la Dra. Expucci denunció al Dr. Gemignani por privación ilegítima de la libertad agravada, causa en la que la fiscal interviniente *–Dra. Paloma Ochoa–* habría formulado requerimiento de instrucción contra el Dr. Gemignani, solicitando también su indagatoria.

Finalmente, luego de distintas posturas en minoría, **el Plenario del Consejo de la Magistratura consensuó y resolvió la aplicación de una multa del 35% de los haberes**, por única vez, por encontrar la conducta del magistrado inmersa en las faltas disciplinarias previstas en la ley 24.937, esto es, *“faltas a la consideración y el respeto debido a otros magistrados, funcionarios y empleados judiciales”* y *“actos ofensivos al decoro de la función judicial, el respeto a las instituciones democráticas y los derechos humanos o que comprometan la dignidad del cargo, en razón de haber dispuesto la detención de la Dra. Expucci en las circunstancias de modo, tiempo y lugar detalladas, constituyendo dicha conducta un claro acto de violencia contra la mujer en el cuadro de la ley N° 26.485 y de la Convención de Belem Do Para”*.

Algunas breves consideraciones finales

Visto el sucinto repaso que precede, llama la atención, en primer lugar, la cantidad de denuncias desestimadas in limine **durante el periodo bajo análisis. Para ser precisos, durante el periodo 2015-2019, fueron rechazadas in limine 731 denuncias.**

Si bien cada una de aquellas denuncias con propuesta de desestimación ameritaría un análisis detallado que excede ampliamente el objeto del presente trabajo, lo cierto es que el asunto reviste una gravedad institucional inusitada; esto así en tanto a que los mentados rechazos, desde que no son fundamentados ni se adentran en el análisis fondeal del asunto, privan a la ciudadanía de las razones por las cuales no se profundiza la investigación. Claro que no puede desconocerse el hecho de que indudablemente muchas de aquellas denuncias pueden obedecer a motivos infundados o la disconformidad con decisiones jurisdiccionales. Sin embargo ello no quita gravedad a la cuestión; lo delicado de la administración de justicia, *–máxime al tratarse del fuero federal con notoria trascendencia en la vida pública y política de la Nación–*, la permanencia prácticamente ilimitada en sus cargos que la ley garantiza a los jueces y el innegable poder que detentan sobre el patrimonio, la libertad y la vida de las personas, indudablemente requiere un análisis más detenido y profundo de las situaciones que originan cada uno de los expedientes.

Más llamativo aún resulta el mecanismo establecido por el art. 23 del Reglamento de la Comisión de Disciplina y Acusación, que prescribe que *“En caso que a un magistrado denunciado se le acepte la renuncia al cargo, tanto en condición de juez titular como de subrogante, convocado o como juez ad hoc, la Comisión, mediante dictamen circunstanciado, declarará abstractas las actuaciones y recomendará su archivo”*. Con esta previsión normativa se recomendó el archivo, según los datos aportados por la Comisión de Disciplina y Acusación durante el período estudiado, de 96 expedientes.

Si bien dicha cifra no diferencia entre estadios del trámite, el asunto marca algo muy claro: aquellos magistrados que se vean ante un panorama “difícil”, pueden sencillamente renunciar, no dar explicaciones y, peor aún, acogerse al beneficio jubilatorio.

Similarmente, aunque ya en virtud del art. 5 del Reglamento del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados de la Nación *–que prescribe idéntica solución–*, fue ello lo que sucedió en los casos de los Dres. Reynoso, Charlín y Montezanti, quienes tenían procesos de remoción ante el Jurado de Enjuiciamiento abiertos, todos los que quedaron frustrados con sus renunciaciones.

Desde otro costado, tampoco resulta menor la limitación del art. 7 inc. 15 la Ley 24.937, el cual fija un plazo máximo de tres años desde la denuncia dentro del cual debe resolverse la apertura del procedimiento de remoción. Si bien seguidamente la norma aclara que cumplido el plazo indicado sin haberse tratado el expediente por la comisión, éste pasará al plenario para su inmediata consideración *–lo que abre la puerta a distintas interpretaciones–*, lo cierto es que las estadísticas e información pública de las memorias anuales del Consejo identifican que, **vencido el plazo de 3 años, se recomienda el archivo bajo el amparo del citado precepto**. Lo mismo sucede respecto a los procedimientos por sanciones disciplinarias (conf. art. 7 inc. 16).

Teniendo en cuenta que durante el período que abarca del 2015 al 2019 la Comisión de Disciplina procedió al archivo de 99 expedientes por vencimiento de las actuaciones.

nes, lo exiguo del plazo resulta elocuente. En aquellos casos, tal como en el de las desestimaciones in limine, la ciudadanía resulta privada de conocer si el Magistrado en cuestión verdaderamente incurrió, o no, en alguna causal que amerite sanción y/o la apertura del procedimiento de remoción. **Huelga decir, cotejado con la duración habitual de los procesos judiciales en el fuero federal –del que no hay estadísticas actuales, pero que nadie puede desconocer resulta hartamente mayor– el plazo máximo de tres años resulta aún más irrazonable.**

Así las cosas, el asunto parece claro, ni la Comisión de Disciplina y Acusación, ni el Plenario del Consejo de la Magistratura están dando respuestas ante una sociedad que demanda cada vez mayor transparencia. Los procesos de remoción-disciplinarios naufragando víctimas de presiones político-económico-mediáticas y **se terminan por desentender del rol de contralor republicano que su real naturaleza les impone.**

Para no dar lugar a equívocos: durante el lapso temporal analizado ingresaron 1262 denuncias contra magistrados ante la Comisión de Disciplina y Acusación del Consejo; de ellas, solo 9 merecieron algún tipo de reproche (el 0,71%) y solo 5 obtuvieron un pronunciamiento sobre el fondo (el 0,4%).

En definitiva, el número de denuncias que son efectivamente tratadas es un porcentaje menos que marginal; las multas resultan a todas luces insuficientes y desvinculadas de la real gravedad de los hechos y, finalmente, la culminación de los procesos de remoción queda prácticamente a merced del magistrado que puede renunciar y acogerse luego al beneficio jubilatorio. Salvo honrosas excepciones, no se rinden cuentas, no se dan explicaciones.

Entonces, cabe preguntarse, si los jueces controlan la aplicación de la ley, ¿quién controla a los jueces?

Referencias

Benente, Administración del Poder Judicial: programa de estudios sobre poder judicial. - 1a ed. - José C. Paz : Edunpaz, 2018.

Dictámenes Comisión de Disciplina y Acusación años 2015-2019.

Ravegna Sánchez, Miguel., 'Función Jurisdiccional y Control Político. ¿Hacia una Responsabilidad Política del Juez?' Revista Española de Derecho Constitucional. Año 10. Núm. 29. Mayo - Agosto 1990.

Revista Pensamiento Penal, Marzo de 2018 (Alegato Dr. Zaffaroni en Jury al Juez Axel López).

Hernández Maqueda, Gregorio. Revista de Derecho Procesal y Litigación de Córdoba - Número 3 - Octubre de 2019.

Información pública disponible en sitio web consejoabierto.pjn.gov.ar referente a Expedientes culminados de denuncias a magistrados; Estado de expedientes en trámite de denuncias a magistrados; Juicios políticos finalizados y vigentes.

Memorias anuales del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación (años 2015 a 2019).

MARIO ALBERTO PORTELA*

Causales de remoción de jueces y fiscales

El tema en cuestión es harto complejo porque sólo se lo piensa en función de cuestiones políticas. Pero atento el enorme desprestigio que ostenta la judicatura nacional, desprestigio que tiene que ver con la política para sólo una mínima cantidad de usuarios, y que se relaciona con la poca eficacia para la resolución de casos (aún los mas simples) que hacen a la vida cotidiana de la gente, las soluciones deberían ser otras. La poca eficacia tiene que ver entre otras cuestiones con la paquidérmica lentitud de todo el sistema que en muchos temas suele demorar décadas hasta obtener una primera solución. Tipeo estas líneas cuando acaba de dictarse una sentencia, en un proceso contra una ex funcionaria ambiental que duró...¡¡catorce años!!.. Y aún falta que se expida la Casación y eventualmente la Corte Suprema lo que augura, con suerte, unos diez años mas de proceso. Sin entrar a las peculiaridades del caso, que ignoro, es cierto que hay causas de esta demora que son exógenas a la actuación de jueces y fiscales: me refiero sustancialmente a códigos procesales que son de otra época, que admiten recursos insólitos y que no facilitan la celeridad necesaria para terminar antes los juicios, sino que por el contrario habilitan un laberinto de cuestiones casi siempre inconducentes . Este tema es competencia de los legisladores y del PEN que deben adecuar las leyes vetustas a los tiempos actuales.

Pero aun así hay otra parte de las demoras que es interna del Poder Judicial y que se refiere a los términos que cada una de las partes y el decisor se toman para cumplir con sus funciones. Así con excusas varias, que en general se refieren a la complejidad de los casos a investigar –me refiero en especial a los procesos penales-, los sumarios y las investigaciones son eternas, los pedidos de informes son recurrentes, las pericias son de enorme dificultad para que se concreten, las declaraciones testimoniales son mil veces postergadas y así la causa demora mas tiempo que el reglado en ser elevada a juicio. Todo ello, además, con apelaciones varias, pedidos de nulidades intempestivos y peripecias de todo tipo. Y cuando la causa llega al Tribunal Oral hay que revisar la instrucción (trámite que puede ser muy largo) y de acuerdo con la agenda de los magistrados fijar una fecha de debate que siempre es provisoria y que suele postergarse.

(*) Profesor emérito UNMar del Plata, Juez de Cámara del TOF de Mar del Plata, jubilado.

Un intento de solución para esta cuestión consiste en un control estricto de cada uno de los términos procesales por parte de los organismos disciplinarios del consejo de la magistratura y sus homólogos de la fiscalía y de la defensa (pública y privada). Este control es fácilmente realizable con instrumentos informáticos, aún los del vetusto y desactualizado sistema Lex 100, sin necesidad de incorporar mas personal ni fatigar a los decisores con envíos de planillas estadísticas que resultan un engorro y un dispendio de tiempo para el personal judicial que debería preocuparse por tramitar las causas y no por cumplir órdenes burocráticas, y que nadie consulta ya que se archivan prolijamente y quedan olvidadas.

Con ayuda informática se tendría así una perfecta radiografía de las demoras existentes de cada uno de los actores procesales y sólo restaría establecer cuántas y cuáles de ellas serían menester para abrir un sumario administrativo a los efectos de garantizar la adecuada explicación acerca de los motivos de la mora. Y de acuerdo con la calidad de esos motivos deberían existir sanciones que sean de menor a mayor intensidad, desde el apercibimiento hasta la suspensión. La reiteración de sanciones provocaría la apertura del proceso de remoción del órgano cuestionado.

El mismo procedimiento automático debería existir en los casos de resoluciones revocadas por los órganos revisores. Si bien es válido apartarse de decisiones anteriores, hay que observar –y eso ocurriría en el descargo– cuales han sido los fundamentos de tal disenso y cuantos son los pronunciamientos revocados.

Estos dos mecanismos para analizar tanto las demoras como la corrección –diríamos *formal*– de las resoluciones serían mecanismos muy rápidos y eficientes para comenzar a acabar con las demoras indebidas.

Estos dos mecanismos habilitarán automáticamente el proceso de enjuiciamiento para el magistrado sin perjuicio de la existencia de otras causales que investiguen la mala conducta de los involucrados. No hay contradicción alguna en esta cuestión ya que las demoras injustificadas y las malas resoluciones por revocaciones múltiples configuran de por sí la causal de “*mala conducta*”.

Abierta así la instancia del jury, creo que éste debería integrarse sin políticos y con un solo Juez que debería presidir el Tribunal, sin derecho a voto, salvo caso de empate. Los miembros deberían ser en partes iguales ciudadanos elegidos al azar del padrón electoral e igual número de abogados en ejercicio de la matrícula y especializados en la misma rama del derecho que motivara el juicio político.

Con una integración de esa suerte quedarían eliminados dos vicios recurrentes de los juries de enjuiciamiento: el primero la protección “*inter pares*” que suele obnubilar el ánimo de los jueces cuando se trata de sancionar a colegas; el segundo la intervención de los políticos y el consecuente “*quid pro quo*” que suele producirse cuando la política entra a los Tribunales de justicia. Ciudadanos empadronados y abogados matriculados darían una perspectiva diversa y mas eficiente a la resolución de los juicios políticos, bajo la dirección procesal de un magistrado sin derecho a voto, salvo caso de empate, ya que tampoco se requerirían mayorías especiales ni para destituir ni para desestimar la imputación.

LINA MARTINS REZENDE* - OSMAR PIRES MARTINS JUNIOR**

O instituto do juiz das garantias como mecanismo de combate ao *lawfare* e proteção de direitos humanos

Considerações iniciais

Os direitos humanos alcançam as mais variadas áreas da vida do indivíduo que, muitas vezes, nem imaginamos que exista, sendo a interdisciplinaridade a sua essência.

Contudo, as discussões inerentes aos estudos do Direito são inevitáveis, uma vez que é possível verificar a determinação explícita dos direitos humanos nas legislações e em nossa Constituição Federal a partir dos princípios e garantias fundamentais positivados. Dentro desse ramo de estudo, as questões voltadas ao direito penal e processo penal encabeçam as violações de direitos humanos mais graves por serem palco da restrição do maior bem jurídico que existe, depois da vida, que é o direito de ir e vir.

A essência deste artigo, portanto, objetiva trazer algumas discussões vinculadas ao sistema jurídico processual-penal acerca de três elementos fundamentais: direitos humanos, juiz das garantias e *lawfare*.

(*) Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Goiás. Bacharela em Direito pela Universidade de Rio Verde. Bolsista com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES). Advogada. linarezende@discente.ufg.br.

(**) Pós-doutor em Direitos Humanos no Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos da Universidade Federal de Goiás. Doutor em Ciências Ambientais pela Universidade Federal de Goiás. Mestre em Ecologia pela Universidade Federal de Goiás. Bacharel em Direito, Biologia e Agronomia pela Universidade Federal de Goiás. E-mail: osmarpires21@yahoo.com.br.

Os direitos humanos são um dos fundamentos principais do Estado Democrático de Direito e da consolidação da redemocratização que, infelizmente, é necessária sua reafirmação diária.

O juiz das garantias como essência do garantismo e, neste caso, do garantismo penal, tem como premissa a efetivação dos direitos constitucionais no âmbito do direito e processo penal, retirando do juiz uma participação ativa na fase investigativa e com o devido respeito à imparcialidade, com estrito cuidado aos atos processuais que permitem decisões de ofício.

E, por fim, o *lawfare*, instituto este que fora protagonista da Operação Lava Jato como demonstra os estudos apresentados em análise ao caso e que se tornou uma grande estratégia ao utilizar a própria lei como arma política para satisfazer interesses políticos, caracterizado por um punitivismo autoritário, coordenado e politizado.

Desta forma, embasados por essas análises críticas e no objetivo de realizar uma correlação entre os saberes, o presente artigo traz o seguinte questionamento: o instituto do juiz das garantias poderia ser um mecanismo de combate ao *lawfare* e de proteção de direitos humanos em sede de investigação criminal?

Logo, a hipótese perpassa a ideia de que o instituto do juiz das garantias poderia aperfeiçoar a prestação jurisdicional, pois estabelece a distinção do magistrado na persecução penal e na fase de conhecimento.

De acordo com a doutrina majoritária, não há ampla defesa e contraditório propriamente ditos na fase inquisitorial, considerando o aspecto meramente informativo e procedimental. Daí se afirma o caráter predominantemente inquisitivo dessa fase.

Espera-se que a atuação do magistrado, coberto pelo manto das garantias, como o próprio termo já expressa, efetivaria uma prestação jurisdicional mais eficiente e eficaz, cumprindo a função do Estado-Juiz que é promover a pacificação social.

Nutre-se ainda a expectativa de que o instituto do juiz das garantias possibilitaria verificar com maior sensibilidade eventuais investigações maculadas pelo (ab)uso da legislação como método de alcançar objetivos políticos ilegítimos.

Para tanto, a metodologia utilizada quanto à natureza das fontes será a pesquisa bibliográfica a partir das contribuições dos autores sob viés analítico de suas obras. Quanto aos objetivos de pesquisa, utilizaremos a pesquisa explicativa para entendermos os institutos apresentados, suas causas e incidências.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES).

O juiz das garantias: pela humanização do processo penal

A vinculação entre os três institutos aqui apresentados são, essencialmente, o que definem – e o que definirá – o tortuoso caminho do processo penal no Brasil pós- Operação Lava Jato. Os tantos atos investigativos, procedimentos, denúncias, manifestações, decisões e por fim, manipulação do processo penal dentro da operação, levou à análise da incidência do *lawfare*, à promulgação do juiz das garantias, ao abuso de autoridade e à uma ampla discussão sobre os direitos humanos, sob a perspectiva do direito processual penal.

O envolvimento dos três temas origina-se em um único objetivo e que, muito embora pareça simplista, na prática, é uma árdua tarefa: a efetiva democratização da utilização dos mecanismos de justiça. Nosso ordenamento jurídico, extremamente prolixo e explicativo, apresenta-nos um estruturado sistema democrático, ao qual o Estado deve se fundar. Entretanto, pouco mais de 30 anos de redemocratização, é certo que vivemos sob forte incidência de corrupção, manipulação da lei em favor desta corrupção e à caça de supostos “corruptos” a todo o custo.

Ressaltamos ainda que, uma das características essenciais da democracia é a promulgação de leis e mecanismos que sejam oponíveis ao próprio Estado, exatamente para coibir violações e autoritarismos e, mais atualmente, à vedação da utilização da democracia como guerra política. E nesta ideia, se funde o juiz das garantias como propósito primordial de proteção dos direitos e garantias fundamentais na fase inquisitorial, vedado ainda, qualquer decisão ou ato de ofício do juiz.

O instituto das garantias foi criado no denominado Pacote Anticrime pela Lei nº. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Referido instituto atribui a um magistrado a função de conduzir a fase pré-processual e o inquérito policial, de caráter investigativo, garantir o respeito aos direitos dos investigados e dos réus na adoção de medidas cautelares concretas como prisão preventiva, quebra de sigilos bancário e telefônico, bloqueio de bens, busca e apreensão e outros procedimentos necessários para a elucidação e conclusão da investigação.

Concluída a fase inquisitorial do procedimento, o Ministério Público, detentor do poder acusatório, apresenta a denúncia para o Poder Judiciário que instaura a fase processual sob a presidência de um juiz de instrução e julgamento, responsável pela condução da prova judicial, apreciação dos fatos e promulgação da sentença

Assim, o Pacote Anticrime estabelece que a persecução penal será conduzida por dois magistrados com funções diferentes: o juiz das garantias, na fase pré- processual ou na persecução penal e o juiz de instrução e julgamento, na fase processual ou de conhecimento (BRASIL, 2019a).

Importa frisar que a nova lei institui o sistema acusatório na organização judiciária e o impedimento de o juiz funcionar durante a investigação criminal de forma ativa, in verbis: “[...] Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação [...]” (BRASIL, 2019a, n.p.).

Contudo, há uma dificuldade no pleno respeito ao sistema acusatório – especialmente em processos de grande clamor social – que é o cerne da redemocratização, como preceitua Santos (2008, p. 102):

[...] De fato, o Direito não é “mera ilusão” na sociedade capitalista, mas a forma em que as relações sociais são realmente reproduzidas: assim, o sujeito jurídico é o indivíduo portador de direitos e deveres, pessoalmente responsável pela conduta, em processo regido pelo contraditório e pela ampla defesa do modelo acusatório, como forma superior ao procedimento inquisitorial etc. [...]

Em continuidade das disposições sobre o juiz das garantias, o art. 3º-F, do Pacote Anticrime, nos remete diretamente às disposições da Lei do Abuso de Autoridade⁽¹⁾ que, igualmente, traz vedações expressas contra o sensacionalismo de pessoas presas e o conluio com a imprensa e que, ambas as leis – Lei de Abuso de Autoridade e Pacote Anticrime – muito embora haja diversas inconsistências, é possível verificar uma resposta direta às violações da Operação Lava Jato e uma conseqüente tentativa de supressão ao *lawfare*, como se vê:

[...] Art. 3º-F. O juiz das garantias deverá assegurar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal [...] (BRASIL, 2019a, n.p.).

Certos da vedação no que se refere aos atos de ofício como decretação de prisão e medidas cautelares⁽²⁾, seja no curso da persecução penal ou do processo penal, alteradas pelo Pacote Anticrime, o juiz das garantias se insere em uma posição estritamente de garantidor, inclusive, evitando a segregação desnecessária.

(1) Art. 13. Constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a: I - exibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública; II - submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei; III - produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, sem prejuízo da pena cominada à violência (BRASIL, 2019b, n.p.).

(2) Art. 282, § 2º. As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. [...] Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (BRASIL, 2019a, n.p.).

A título de exemplificação a partir do estudo de caso da Operação Lava Jato, o estudo apresentado pela juíza federal Fabiana Rodrigues (2019) demonstra um alto número na quantidade de mandados expedidos nos núcleos de Curitiba, Rio de Janeiro e Brasília em relação às medidas constritivas como busca e apreensão, prisão temporária e preventiva e condução coercitiva.

Em análise, foram mais de mil mandados de busca e apreensão em Curitiba, sendo 19,8 a média em cada uma das 57 fases, somente neste núcleo (RODRIGUES, 2019, p. 166), além de mais de 260 prisões temporárias e preventivas neste núcleo. No núcleo do Rio de Janeiro, a média por fase é ostensivamente maior para prisão preventiva determinada, de 5,8 por fase.

Estes dados demonstram a utilização desmedida dos mecanismos punitivistas na fase investigativa, analisando três jurisdições diferentes e a atuação descoordenada dos núcleos entre os membros da Polícia Federal e do Ministério Público Federal (RODRIGUES, 2019).

Com isso, há algumas ressalvas quanto à atuação dos membros do Ministério Público. Estes, partes incisivas no processo penal como um todo – instituição que consolida o sistema acusatório – que, a partir das experiências da Operação Lava Jato, especificamente, demonstraram que o Ministério Público, além do Poder Judiciário, utilizou de uma relação de conchavo para se beneficiar, como bem expõe criticamente Martins Junior (2020, p. 255), verbis:

[...] Quer dizer, há uma tríplice aliança entre agentes estatais do sistema judicial – Polícia, Ministério Público, Magistratura – que se desenrola em lugares distantes dos espaços públicos das audiências, à revelia da parte adversa. [...]

As consequências dessas suspeitas relações que violam/violaram a nossa estrutura constitucional são uma crescente desmoralização e descrédito das instituições que deveriam ser a essência de proteção de direitos humanos de modo geral e específico, como salienta Silvério Júnior (2020, p. 158):

[...] Membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, animados pela espetacularização da vida hipermoderna, têm extrapolado os limites jurídicos de suas atuações e se valido de motivações diversas para interferir indevidamente no funcionamento das instituições democráticas [...].

Neste contexto, é possível que o juiz das garantias contribua para que a prestação jurisdicional seja conduzida sob o viés de imparcialidade e atuando numa posição de equidistância em relação às partes e com independência funcional (BRASIL, 2019a).

Ainda que haja manifestações problemáticas a partir de um senso punitivista, esta figura garantidora desempenha função cujo objetivo se pautará também na necessidade de

controlar, parametrizar e definir os limites de atuação das partes envolvidas em busca da humanização e democratização do processo penal.

Os direitos humanos, desta forma, solidificam-se pelos próprios objetivos do juiz das garantias ao se fundamentar a partir dos princípios protegidos pelos tratados internacionais que se resumem na imparcialidade do juiz, evitando que haja um estado ou tribunal de exceção; no devido processo legal, respeitando a sequência natural do processo, seus prazos, teses e atos; na ampla defesa e no contraditório pelo controle do punitivismo irracional; na fundamentação das decisões judiciais, evitando arbitrariedade e, por fim, no respeito à dignidade da pessoa humana e na presunção de inocência, evitando a humilhação pública e o linchamento moral do cidadão arrolado no polo passivo da persecução penal diante da sociedade.

A lei como guerra: a violação de direitos humanos que sustenta a hegemonia estatal

O combate à corrupção é uma luta essencialmente legítima que busca eliminar ou reduzir um fator que causa danos em diversos, senão em todos, segmentos da vida humana e que aumenta as mazelas e desigualdades sociais. É necessário que haja a proteção dos direitos humanos, vinculados ao mínimo existencial, a partir de um combate à corrupção rigorosamente submetido aos limites da lei.

O combate à corrupção encabeçado pelos entes públicos competentes, não pode se valer da ideia de guerra, corromper as normas e convertê-las em armas ilegítimas manejadas a qualquer custo e sob qualquer circunstância para fins estratégicos de perseguição, conforme assevera Silvério Júnior (2020, p. 158), verbis:

[...] Se observa uma tendência preocupante em relação ao que se pode denominar de violação da lei e da Constituição sob a justificativa de se atingir meios legítimos, sobretudo quando está em jogo o combate à corrupção [...].

O *lawfare*, portanto, se manifesta sob esta perspectiva de corromper a lei – ironicamente – e em direta violação de direitos constitucionais para se alcançar um resultado dentro dos objetivos envolvidos, especificamente no contexto processual que, no caso in concreto aqui discutido da Operação Lava Jato, busca a eliminação do inimigo político, sustentado por diversos outros atores, determinados mais adiante, que apoiam e legitimam os atos violadores.

A literatura especializada apresenta diversas construções conceituais acerca do que seria o *lawfare* propriamente dito, conduzindo a uma definição complexa, extensa e que neste artigo, tentaremos esboçar a partir dos conhecimentos produzidos em uma

síntese genuína sobre o conceito do juiz das garantias e os direitos humanos. Com a palavra, Colucci (2020, pp. 114-115):

[...] O *lawfare* nasce da contração das palavras *law* (lei, Direito) e *warfare* (guerra), e significa originalmente uma disputa política travada no campo jurídico como substituição de um conflito armado. Com as implicações decorridas das complexidades da (pós-) modernidade, o termo adquiriu contornos mais latentes e passou-se a se utilizar da legislação como arma contra os inimigos políticos selecionados. As armas são as distorções das leis e os efeitos destrutivos que resultam de interpretações escusas sobre princípios, procedimentos e categorias. [...]

O sujeito, então, que busca utilizar a lei como guerra, atua diretamente no sistema judiciário e provoca uma ampla participação de vários outros atores que controlam diversos segmentos da sociedade como o foro processual, as vítimas a quem se pretende atingir e é claro, a lei. E vai além, influenciando a sociedade a partir da alienação das massas e controle da informação pela imprensa. Cria-se um ambiente de confronto aos moldes da Guerra Fria que, até certo ponto, possui interessantes características similares e um forte intuito econômico, como explica Oliveira (2020, p. 81):

[...] Pelo uso extenso de mecanismos jurídicos para a prática do cerceamento tecnológico com finalidades estratégicas, a fim de negar o acesso a tecnologias sensíveis de emprego militar [em busca do enfraquecimento do centro socialista], verifica-se uma compatibilidade dessa prática [isolamento econômico da Guerra Fria] com o conceito de *lawfare*. [...]

Assim como a Guerra Fria, o *lawfare* busca estratégias específicas como a legislação, controle geográfico e alta propaganda e, se analisarmos bem, também terá resultados econômicos a partir da manipulação da estrutura política.

Interessante ainda a definição dos instrumentos do *lawfare* por Martins Junior (2020, p. 33): “[...] A geografia (escolha da jurisdição), o armamento (escolha da lei) e as externalidades (manipulação da informação) [...]”.

O *lawfare* buscará, por meio das violações de direitos humanos e prerrogativas constitucionais, manter a hegemonia estatal pelo processo, muitas vezes penal, e podendo abranger qualquer domínio das áreas jurídicas, legislativas e do Poder Público como um todo, a partir dos objetivos de seus agentes como forma de guerra política.

Especificamente, Rodrigues (2019) nos apresenta diversas estatísticas a partir de estudos aprofundados sobre a Operação Lava Jato⁽³⁾. A autora nos apresenta um rol de atos

(3) É importante citar que, como em todo corpo do trabalho, a Operação Lava Jato é citada como o principal processo – como é de fato – que a incidência do *lawfare* é intimamente perceptível e ressurgiu como amplo debate jurídico-político, principalmente porque, Cristiano Zanin e sua equipe responsável pela defesa do ex-presidente Lula, estruturou uma doutrina que conceitua e nos apresenta importantes debates sobre o sistema de justiça brasileiro à luz do *lawfare* (ZANIN; MARTINS; VALIN, 2019).

e medidas judiciais determinadas nos processos penais que se sucederam durante a referida operação, além da velocidade destes atos, senão, vejamos:

[...] Os dados indicam que a estratégia segue um fluxo que passa da investigação, tem seu ápice na deflagração da fase ostensiva, muitas vezes com prisão preventiva de alguns investigados, seguida do ajuizamento da ação criminal depois de aproximadamente 30 dias que correspondente ao prazo para conclusão do inquérito policial nos casos de investigado preso na justiça federal. [...] (RODRIGUES, 2019, p. 151)

Silvério Júnior (2020, p. 158) esboça alguns desses atos e a violação de garantias:

[...] Juízes têm determinado medidas sem previsão legal, como é o caso de conduções coercitivas fora das hipóteses de não comparecimento injustificado de testemunhas e réus devidamente intimados, bem como a utilização de prisões processuais como forma de coação para a obtenção de acordos de delação premiada. Garantias de inviolabilidade da intimidade também estão sendo violadas, ferindo-se claramente princípios constitucionais e regras claras previstas na lei de interceptações telefônicas, como se tanto a lei quanto a Constituição fossem meras sugestões aos órgãos estatais de execução do direito. [...].

No caso da operação Lava Jato, se considerarmos, por exemplo, que seu objetivo primordial seria a retirada do ex-presidente Lula da corrida presidencial em troca do favorecimento político de alguns dos principais agentes da operação pelo presidente eleito Jair Bolsonaro, com a consequente nomeação da celebridade da operação, ex-Juiz Sérgio Moro, Fabiana Rodrigues (2019) demonstra cabalmente que houve sucesso no caminho delineado pelo *lawfare*.

A autora supra apresenta ainda questões relacionadas à ação estratégica na justiça como opressão sofrida pelos investigados em sede de interrogatório e audiência de instrução; a dificuldade da construção das teses e fatos ocasionados exatamente pela velocidade anormal das denúncias e andamento dos processos contra investigados específicos, caracterizando, assim, a Lava Jato como uma operação típica de *lawfare* no Brasil.

A exemplo, se compararmos o lapso temporal do processo em estatística feita por Fabiana Rodrigues (2019), em relação às apelações julgadas pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), a apelação do ex-presidente Lula durou menos de 200 dias para ser julgada no tribunal, enquanto as apelações da construtora OAS e da Odebrecht – réus no mesmo processo – foram julgadas num prazo de 400 dias e quase 800 dias, respectivamente.

Segundo Zanin, Martins e Valim (2019, p. 20), a Operação Lava Jato instrumentalizou o Direito, isto é, fez uso estratégico do sistema de justiça para deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo, na figura do ex-presidente Lula: “[...] havia método e propósito claros em todo aquele conjunto de atos processuais e extraprocessuais do Estado, a

revelar uma inaudita instrumentalização do Direito para destruir uma pessoa considerada inimiga [...]”.

E todo o contexto de campanha anticorrupção e de manipulação do aparato da persecução penal resultaram numa intensa violação de direitos humanos. Esse viés constitui uma mácula do sistema de justiça, da própria democracia, além do autoritarismo empregado.

Ressaltamos que, muito embora o objetivo deste trabalho não seja a análise dos entendimentos jurisprudenciais que resultam numa espécie [fracassada] de common law, em detrimento do civil law, o polêmico protagonismo do judiciário ou ativismo judicial na sua via de mão-dupla da judicialização da política e da politização da justiça, exercem, é certo, influência na forma da aplicabilidade das interpretações a depender de quem usa e da forma como usa –evitados de objetivos políticos–, podendo ser convertidos em armas de guerra, contribuindo igualmente para o *lawfare*.

Considerações finais

A ideia do *lawfare* se adentra em todo o ordenamento jurídico e na sociedade e que, a partir de uma gama de orientações, hermenêutica jurídica e alienação social, resultam em diversas interpretações, podendo ser maculadas no objetivo de consolidação de um Estado com vieses de disputa política extremista e eleitoreira.

Em relação à pergunta que dá início a este trabalho, concluímos que o juiz das garantias tem, em tese, poderes suficientes determinados até certo ponto para, de fato, garantir os direitos humanos nas fases pré-processuais de investigação da persecução penal, controlando atos iniciais com aspectos autoritários. Aliás, o ideal do juiz das garantias propõe exatamente a garantia de direitos fundamentais essenciais para o processo penal democrático.

Aliado à isso, a Supremo Corte brasileira julgou os atos praticados pelo ex-juiz Sérgio Moro no contexto da Operação Lava Jato recentemente e, entendeu que houve imparcialidade, reconhecendo o *lawfare* em desfavor do ex-presidente Lula, resultando na anulação de todos os atos praticados pelo ex-juiz, o que demonstra uma vitória em relação ao próprio Poder Judiciário em verificar a violação de direitos e garantias dentro do processo.

Contudo, é necessária cautela, principalmente porque, o Supremo Tribunal Federal suspendeu a eficácia do juiz das garantias, sem data para reanalisar o caso, o que deixa boa parte das análises sobre o juiz das garantias, até certo ponto, abstratas, se considerarmos a reinante sensação de insegurança jurídica.

A cautela é necessária ainda em relação à organização judiciária que pode problematizar a devida atuação do juiz das garantias, seja por rodízio indevido de juízes, seja pela argumentação de ausência orçamentária para não obedecer a lei. O juiz das garantias precisará ainda ter conhecimento e expertise suficientes para evitar a violação de direitos humanos e perceber, com mínima eficácia, a possível incidência do *lawfare* no sistema político-jurídico.

A questão da mídia e manipulação social talvez seja um dos pontos mais sensíveis do *lawfare* uma vez que, todo poder emana pelo povo – ou assim, deveria ser. Logo, o manejo de informações tendenciosas para problematizar, controlar e formar o subconsciente coletivo de culpabilidade da pessoa alvo da investigação, pode nos induzir ao erro de criticar o ideal democrático como fundamento do Estado.

A realidade que encontramos é em uma sociedade que endossa os atos violadores da Operação Lava Jato, endeusa seus agentes, descredibiliza a proteção aos direitos humanos para, ao final, termos lamentáveis resultados nas urnas.

Referências

Brasil. Lei nº. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, 30 abr. 2021a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3. Acesso em: 14. jul. 2021.

Brasil. Lei nº. 13.869, de 5 de setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Brasília, 27 set. 2019b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em: 14. jul. 2021.

Colucci, Pedro Henrique do Prado Haram. As Dimensões do *Lawfare* e a Insegurança Jurídica: A Normalização de um Estado Kafkiano. Cadernos de Relações Internacionais, Rio de Janeiro, v. 2, nov. 2020. p. 112-130. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/50210/50210.PDF>. Acesso em: 14. jul. 2021.

Martins Junior, Osmar Pires. *Lawfare* em debate. Goiânia: Kelps, 2020. 480 p. Oliveira, Guilherme Tadeu Berriel da Silva. "Lawfare" e Cerceamento Tecnológico: o caso do acordo de salvaguardas tecnológicas. Revista da Escolha de Guerra Naval, Rio de Janeiro, v. 26, n. 1, p. 65-100, 2020. Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/114339/1/Lawfare_e_cerceamento_tecnologico_R_EGN_26_1_2020.pdf. Acesso em: 15. jul. 2021.

Rodrigues, Fabiana Alves. Operação Lava Jato: aprendizado institucional e ação estratégica. Orientador: Rogério Bastos Arantes. 2019. 267 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/>

disponiveis/8/8131/tde-14022020-163817/publico/2019_FabianaAlvesRodrigues_VCorr.pdf. Acesso em: 8. jul. 2021.

Santos, Juarez Cirino dos. A criminologia radical. 3. ed. Curitiba: ICPC: Lwmen Juris, 2008. 139p.

Silvério Júnior, João Porto. A fraternidade como antídoto contra a paranoia do poder na sociedade do espetáculo. In: Dos Reis, Helena Esser; Zezza, Michele Beniamino (org.). Lutas por direitos humanos e crise de efetividade. Goiânia: Cegraf, 2020. p. 155-169. ISBN 978-65-86422-70-2. Disponível em: https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/688/o/Luta_pelos_Direitos_Humanos_e_Crise_d_e_Efetividade_Final.pdf. Acesso em: 8. jul. 2021.

Zanin, Cristiano; Martins, Valeska; Valim, Rafael. *Lawfare*: uma introdução. São Paulo: Contracorrente, 2019.

Mesa 9

Reformas imprescindibles para mejorar la administración de justicia

José Schulman

Christian Jose Fabio

José Massoni

Ricardo Sasson

JOSÉ SCHULMAN

La reversión del *lawfare* como punto de partida imprescindible para cualquier reforma judicial

En los últimos años se constituyó un espacio de acción entre la Liga Argentina por los Derechos Humanos (la Liga), el Foro por la Democracia y la Libertad de lxs Presxs Politicxs (el Foro), Justicia Legítima, la Asociación Americana de Jurista, la Comisión de DDHH del Parlasur y algunos juristas como Eduardo Barcesat, Maximiliano Rusconi o Alessandra Minnicelli. Quiero decir que las propuestas que elevamos en su momento al Parlasur, de tipificación del *lawfare*, de reversión del *lawfare* por revisión de convencionalidad, estas y otras propuestas han sido elaboradas en común. Y en el marco de la lucha real contra la expresión más contundente del *Lawfare* que son las y los presos políticos.

A esta altura del seminario es indiscutible que el *Lawfare* existió.

Se lo puede explicar de varias maneras, es la utilización del poder judicial con objetivos políticos de persecución, dominación. Hay algunos que dicen que el *lawfare* es el Plan Cóndor de nuestros días, en relación a que existió un ciclo de golpes de estado en los '70 cuya característica principal se simboliza en este edificio, la Escuela de Mecánica de la Armada, este edificio que era asiento de los grupos de tareas que salían a secuestrar, a asesinar, o traían prisioneros para interrogar, para torturar y someter a formas brutales de esclavismo...

Y alguna vez dijimos en la puerta de Comodoro Py, en verdad en diciembre de 2019, que así como la ESMA era el símbolo del terrorismo de estado, o sea de la dominación por medios terroristas, Comodoro Py era y es el símbolo de la dominación por medios judiciales.

Creo que incluso el *Lawfare* se explica mejor haciendo una mirada histórica

Si nosotros miramos al pasado hubo un ciclo de golpes de estado en América latina: 1954 empezó en Guatemala y Paraguay, 1964 Brasil, 1972 Uruguay, 1973 Chile, 1975 Perú y en 1976 el que sufrimos en Argentina.

Puede que se me haya perdido algún golpe por ahí pero para finales de los 70 toda América Latina estaba bajo la bota militar. Eso no duró para siempre: para los 80' se caen las dictaduras militares pero su peso es tal que sobreviene un ciclo de dominación neoliberal con forma "democrática": el menemismo en Argentina, Collor de Mello en Brasil, Salinas Gortari en México y eso termina explotando para finales del siglo XX por efecto de las luchas y comienza un ciclo de gobiernos progresistas en la primera década del siglo XXI.

Ahí es donde el poder imperial (el poder real haya gobiernos electos o dictaduras) reflexiona –lo hace siempre– y decide no repetir el ciclo de dominación por medios terroristas justamente por el desgaste de los gobiernos militares, por la construcción de memoria verdad y justicia en muchos países, por el desprestigio de los militares.

Decide actuar apelando a uno de los poderes permanentes no electivos que ellos siempre han considerado. Saben ustedes que en los años 80 del siglo pasado, los think tanks de los yankees elaboran los documentos estratégicos llamados Santa Fe 1, 2, 3, 4; allí decían que se podía perder el gobierno pero que siempre iban a conservar el poder judicial, el poder mediático, el poder comunicacional, y eso es así.

Creo que el doctor Massoni ha sido muy claro: ese *lawfare* no actúa sobre un poder judicial democrático, transparente, igualitario, equitativo, sino sobre un poder judicial oligárquico, elitista, sexista, patriarcal, racista, xenófobo, clasista, así fue desde el comienzo de las repúblicas, un poder judicial oligárquico casi intocado con contadas y meritorias excepciones.

Siguiendo con esa reflexión histórica llegamos a final de 2019 y por medio de las luchas, de las iniciativas políticas, la articulación electoral, se consigue derrotar a Macri en la elección y se abre un nuevo proceso en el cual se depositaron tantas esperanzas.

Ahí vamos a una cuestión clave que ya fue planteada acá: ¿de qué manera?, ¿cómo se explica que el gobierno de los Fernández no actúa en este momento revirtiendo el *lawfare*?

Bueno, sobre todo en el discurso del presidente una y otra vez ha defendido lo que se considera la teoría del "continuismo jurídico", que fue sancionada por primera vez en Argentina con respecto del golpe de Estado de 1930 cuando tenían que decir qué hacer con un golpe de Estado, que era el primero que ocurría formalmente.

Es decir, la Corte Suprema tenía dos teorías ante sí: una era la del continuismo jurídico, la Corte Suprema dice bueno, este gobierno será lo que será pero tiene el control, la administración de la cosa pública y sus actos por lo tanto se imponen de hecho.

Pero tenía otra teoría a su servicio, aclaro que no soy abogado ni fui a ninguna facultad de Derecho, pero era la teoría del "fruto podrido" que es una teoría jurídica inspirada en la Biblia. Básicamente la Biblia dice por el fruto los conoceréis y desde el punto de vista jurídico es más sencillo todavía, muy fácil de entender para los que no somos abogados:

nada legal puede surgir de un acto ilegal. Si yo le robo el celular a Susi, no puedo decir tengo el celular, se lo robaste! Así de sencillo.

Entonces si venimos a la Argentina de 2019 el gobierno tenía otra opción a la nada que era justamente la teoría del fruto podrido: por lo tanto, la Corte Suprema ilegalmente constituida, el Consejo de la Magistratura que sufrió uno de los bochornos más increíbles de la historia, aprovecharon que uno fue al baño para votar.

Todo eso fue documentado, un conjunto de organizaciones denunciamos todo eso ante la ONU e incluso fue aceptado por el relator García Sayán en un dictamen muy importante en noviembre de 2019 donde está descripta la persecución a Alejandra Gils Carbó, la Corte Suprema, el Consejo de la Magistratura, la persecución a los jueces probos como Rozansky, como Freire, como otros, el ascenso de los amanuenses.

Yo estoy tratando de mostrar las cuestiones teóricas que están por debajo de decisiones políticas aparentemente incomprensibles, todo el tiempo el Presidente Fernández, quien era el Jefe del Gabinete Cafiero, han apelado a la idea de la autocorrección del poder judicial.

Me parece a mí que en esto podemos asumir las enseñanzas de uno de los políticos más importantes de la Argentina que era Juan Domingo Perón que decía que en definitiva la única verdad es la realidad: si después de dos años siguen diciendo que esta Corte Suprema se va a corregir, bueno... es poco serio.

¿Por qué habría que revertir, que cambiar la Corte Suprema, el Consejo de la Magistratura?

En primer lugar por razones éticas. Por un problema de reparación moral, porque eso hace a la superioridad moral del movimiento popular, sin la cual ningún movimiento popular puede aspirar a la victoria. Nosotros podemos perder TODO, y de hecho la noche del 24 de marzo del 76 habíamos perdido todo. Pero no perdimos la superioridad moral, por eso pudimos resistir.

Si se pierde la superioridad moral, si no se repara la injusticia, si no se defiende a los compañeros, el movimiento empieza a perder la superioridad moral. Es evidente que hay un desánimo en el movimiento popular argentino, que hay un desaliento, que hay una contradicción evidente entre la organización y las acciones.

Pero nadie está obligado a creer en la ética, y personalmente no creo yo que Fernández se preocupe mucho por la ética, no es un hombre en cuya vida haya demostrado que esté preocupado por la ética, ha estado con unos con otros...

No estoy juzgando, es un hombre que la cuestión ética no le preocupa mucho, de hecho hablaba a todo el mundo que se cuide y hace una fiesta ostentosa en su casa.

Pero debería tener algún sentido táctico, se supone que es un político inteligente, está promocionado como un gran táctico.

¿Cuál es el problema táctico?

Que este poder judicial es el que apañó el saqueo, defiende el saqueo, y es el que apadrina a la derecha que quiere ir contra el gobierno. La falta de acción es un problema ético y es una muestra de grave error político táctico.

Ha transformado la victoria electoral de noviembre de 2019 en una derrota electoral estruendosa en noviembre de 2021, que si no se revierte no solo se lo llevara puesto a Fernández y nos van a llevar puestos a todos.

¿Cuáles eran las opciones que tenía el gobierno?

Se las hemos propuesto de todas las maneras posibles. Por ejemplo, en diciembre de 2019 la senadora María Eugenia Catalfamo, senadora nacional por San Luis, presentó un proyecto de revisión de las causas por falta de convencionalidad.

Incluso recuerdo, fue la primera vez que un gobernador tocó timbre en la Liga y era el gobernador de San Luis. Nos vino a pedir que le permitamos presentar el proyecto a los organismos de derechos humanos, así lo hicimos. Tuvo una entrevista con la entonces ministra de Justicia pero el proyecto duerme el sueño de los justos en un cajón.

Se nos decía, ni aun así se resuelve el problema de Milagro Sala: bueno, se presentó un proyecto de intervención del Poder Judicial por parte de un senador nacional de Jujuy, el senador nacional Guillermo Snopek.

El proyecto duerme el mismo sueño, no sé si juntos pero...

Cuando vimos que había tantos problemas en el gobierno actual, cuando el compañero Luis Delia solicitó el indulto y se produjo el debate, se elaboró una propuesta bastante sofisticada que comenzó siendo una idea de Maximiliano Rusconi que le dimos vuelta entre todos, que era proponer al gobierno una Comisión de la Verdad sobre lo ocurrido durante el macrismo, una comisión de hombres y mujeres probos, un procedimiento que ya se había hecho muchas veces en Argentina: una comisión que pueda elaborar un informe en relación a los informes ya presentados ante las Naciones Unidas, ante la CIDH, ante la corte penal internacional.

Esa comisión hubiera permitido entonces que el Presidente dictara indultos no como perdón sino como reparación, que no es lo mismo, era mucho más fácil.

Hubiera permitido que el Congreso de la Nación discuta las leyes imprescindibles, mínimas, una de las cuales era la que presentó a la senadora de San Luis.

Pero el gobierno nacional y la fuerza política que gobierna se mantuvieron imperturbables, obcecados en no hacer nada. A lo máximo hacer algún comentario en twitter....

Nosotros siempre hemos tenido objetivos más elevados, puede ser más ambiciosos: en el ámbito del espacio que discutió durante años la propuesta de Reforma Constitucional

cuando terminó el macrismo se llegó a un acuerdo de proponer la puesta en comisión de los jueces federales pero estuvimos dispuestos a acompañar las iniciativas más mínimas siempre que vayan en un sentido de reversión del *Lawfare*..

Lamentablemente se mostró que la no reversión del *lawfare* no le dio al gobierno la bondad de la derecha o el apoyo de la derecha, sino que le hizo restar el apoyo popular, se mantienen sanciones increíbles como que Amado Boudou de por vida no puede ser candidato ni a consejero escolar, para no nombrar que Milagro Sala sigue presa y que aumentan los presos.

Somos el único organismo que lleva la lista de los presos políticos y en estos días han pasado de 37 a 38. Las últimas detenciones son muy dolorosas: Facundo Molares detenido por el gobierno nacional a petición de un fiscal de Colombia. Ya ahí está todo invalidado, los fiscales no pueden pedir una detención internacional, tiene que ser un juez pero además no es automática la activación de las alertas rojas, fue una decisión del gobierno esto, una de las cosas más incomprensibles de este gobierno.

Este gobierno que mandó un avión sanitario para rescatar a Facundo Molares de Bolivia, ahora lo mete preso en una cárcel de máxima seguridad. Es el mismo Molares, no cambió nada de Bolivia hasta acá. No podemos entender, pero posiblemente tenga que ver con aceptar las campañas antiterroristas del gobierno de los Estados Unidos, que tampoco lo perdonará por eso.

El gobierno de los EEUU ha convocado para los días 9 y 10 de diciembre una cumbre democrática en donde los más prestigiosos "demócratas" de América Latina van a hablar.

El primer demócrata va a ser el señor Guaidó, que como todos saben es una de las personas más democráticas de América Latina autoproclamado presidente y que sigue siendo autopresidente aun cuando el grueso de la derecha venezolana participó en las elecciones. Y habrá otros como Duque, el carnicero de Colombia, o Bolsonaro el genocida de Brasil

Creo que hay una intención de algunas y algunos de presentar el *lawfare* como un desvío, como una cosa que ocurrió, como si hubiéramos tenido antes un poder judicial democrático.

Y a mí me molesta mucho cuando se habla de *lawfare* como persecución a los funcionarios.

Es un discurso elitista muy lamentable. Ese discurso deja afuera a la izquierda que pelea con piedras en la calle y que también sufrió el *lawfare* y cuando termina la persecución a funcionarios a los que siguen persiguiendo es a los que tiran piedras.

Nosotros hemos defendido a todos, y no veo la misma convicción en defender a Facundo Molares, en defender a los mapuches, en pronunciarse contra el asesinato de Elías Garay.

Quiero decir que el defensor del asesino de Elías Garay es el apoderado del partido Justicialista de la provincia de Río Negro, asesor del ministro que ayer inauguró este seminario con lo cual no puedo dejar de decir que tengo una sensación extraña.

El ministro que dos veces nos recibió y que dijo que no podía hacer nada por los presos políticos, que desde que asumió no hizo nada, y viene a hablar de *Lawfare*.

Tenemos una diferencia profunda en lo que es la ética de la coherencia: yo creo que no se puede decir cualquier cosa en la vida y hacer otra, pero es una convicción mía, me doy cuenta que hay muchas personas que creen que pueden decir cualquier cosa y hacer todo lo contrario.

Terminar con el *lawfare* como se ve no es un problema para resolver las causas de los funcionarios que ya están libres sino efectivamente es terminar con un modelo de dominación, que en primer lugar afecta a los que luchan pero que después termina llevándose puestos a los que no luchan pero que incomodan también al Imperio.

Y vamos a una navidad que es incompatible con la idea de que en la Argentina hay respeto a los derechos humanos.

Vamos a una navidad con ajuste del FMI y con 38 presos políticos.

Todo lo demás son palabras, y es muy difícil contrarrestar por eso supongo yo que la secretaría de derechos humanos de la Nación no tiene un link sobre los presos políticos.

Hay mucha plata para muchas cosas pero no alcanza para hacer un listado de los presos políticos.

O Pagina 12 que ni siquiera publica la declaración de los organismos de ddhh encabezado por Abuelas y Madres, denunciando lo de Molares. Si el gobierno, que manipula Pagina 12 como si fuera un boletín oficial se atreve a manipular la opinión de los organismos de derechos humanos el nivel de autoritarismo que hay ya en este gobierno es alto.

Por lo tanto, efectivamente la reversión del *lawfare* es indispensable para la recuperación de un Estado de Derecho porque sí, recuerdo que todos dijimos –y espero que nadie haya cambiado de opinión– que con presos políticos no hay democracia.

Por eso posiblemente traten de ocultar a los presos políticos pero bueno, tirando la basura debajo de la alfombra no se resuelve nada.

En algún momento los presos políticos sacan la cabeza del agua y se ven.

Y entonces todos se darán cuenta que el Rey está desnudo.

CHRISTIAN JOSÉ FABIO*

Justicia para la gente

Experiencias de una investigación criminal mediante el abordaje en la comunidad.

A partir del trabajo cotidiano y la experiencia que día tras día vamos adquiriendo en la función como integrante y Titular de la Unidad Fiscal de Instrucción y Juicio de la Ciudad de Escobar; departamento judicial Zárate-Campana; especializada en delitos intrafamiliares, abuso sexual y violencia de Género desde el año 2014, hemos implementado un abanico de prácticas novedosas en cuanto al abordaje de estos casos.

En primer lugar es dable destacar que el primer abordaje que realizamos es para identificar cual es la problemática mas común en los distintas localidades que componen la jurisdicción. Una vez identificada la misma poder comenzar a dar respuesta a esos ciudadanos y ciudadanas que se encuentran por afuera del sistema.

Un sector amplio de la población no ha podido acceder por distintas causas al servicio de justicia. Otro sector no se encuentra en condiciones de afrontar un largo proceso penal y en algunos casos encontrándose en una situación de riesgo tal que si no se adoptan medidas urgentes el resultado puede llegar a ser de catastrofe.

Existe una noción clásica de acceso a la justicia –ingreso sin restricciones al sistema–; pero según la experiencia recogida estamos en condiciones de afirmar que de esa construcción semántica de acceso a la justicia debemos pasar a la acción.

Esa acción lo es a través de una invetsigación (fiscalia) cercana a la comunidad a los fines de que aquéllos que no han logrado ya sea por limitaciones sociales, económicas o culturales tener ese acceso; seamos los encargados de utilizar ciertos mecanismos para que esa sector vulnerable pueda hacer valer y ejercer sus derechos. Esta práctica si bien nos puede resultar ser novedosa para nuestro sector; cierto es que desde hace

(*) Agente Fiscal a cargo de la UFLYJ nro. 4 Belén de Escobar. Departamento Judicial Zárate-Campana. Abogado. Presidente del Colegio de Magistrados y Funcionarios Depto. Judicial Zárate-Campana.

tiempo existen experiencias de este tipo en otras comunidades ; como también lo hay en nuestro país con ejemplos de acercamiento de herramientas para ese sector de población vulnerable con iniciativas muy novedosas pero que en nuestro ámbito todavía no se han generalizado. Por ahí dentro de un plano teórico si, pero cuesta de alguna manera llegar a ejecutarlo e implementarlo como manual de buena práctica.

En la práctica cotidiana, notamos que no existe respuesta muchas veces. Sostengo y después profundizaremos en el tema; que no alcanza por instalar oficinas estaticas si ello no se complementa con una buena politica pública que visibilice dicha intervención. Tampoco alcanza si ese funcionario se encuentra dentro de una oficina en un escritorio esperando que suene el timbre o golpee la puerta. Es necesario empezar a construir , formar y sobre todo capacitar a funcionarios que puedan salir de esa estandarización a la cual estamos acostumbrados los abogados e instalar esas oficinas de manera itinerante dotada de experiencia comunitaria y sobre todo con un gran sentido de vocación y dispuestos a cambiar ese paradigma.

Hoy en día el estado de vulnerabilidad social de alguna manera nos excede desde el punto de vista jurídico y es allí la importancia de poder articular con distintos actores de la sociedad civil, generando vínculos y espacios fortalecidos en pos de una investigación criminal eficiente y de alguna manera lo que pretendemos en este mensaje acercar a los colegas.

Actualmente llevamos adelante e integramos en nuestro territorio **la mesa interseccional contra las violencias**. Durante la participación en la mesa de trabajo quiénes la llevamos adelante implementamos distintas acciones de manera integral, conjunta y con un marcado compromiso para que los casos que ya estan judicializados puedan tener un resultado eficaz y que aquellos que aún no lo están poder irlos a buscar.

Este trabajo no resulta instantáneo; sino que por el contrario es todo un proceso. En primer lugar que los integrantes de esa mesa conozcamos el territorio, la idiosincracia de cada barrio y sus conflictos y no menos importante también la empatía del operador para con aquéllos y aquellas ciudadanas que resultan víctimas y que en algunos casos no se encuentran empoderados para llevar y soportar el proceso como consecuencia de lo que ha sufrido.

Implica un proceso de aprendizaje para el operador y un esfuerzo muy grande para llevar adelante estos encuentros de la mesa interseccional donde en varias oportunidades de la misma surge algún caso que el sistema no ha podido dar respuesta o peor aún que el sistema no advirtio el conflicto. Estamos convencidos de salir de esa estructura estanca como lo ha sido por muchos años en que el operador judicial estaba a la espera de la llegada del caso.

Por supuesto que para este abordaje se necesita de un desarrollo importante de logística y puesta en marcha. Múltiples tareas y actividades necesarias para poner en marcha y sostener el dispositivo a través del tiempo.

En este sentido; cuando nos propusimos abordar esta modalidad de trabajo hicimos base en los tan conocido desde lo teórico “**los postulados de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas mas vulnerables**”; es decir aquéllas personas que por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. (art. 3ero.)

En líneas generales los que conocemos como la adopción de medidas para evitar retrasos en la tramitación de las causas; coordinación interinstitucional, capacitación del personal que integra la planta, equipos interdisciplinarios, adopción de medidas de acercamiento del servicio de justicia a los grupos mas alejados geográficamente como así también con especiales dificultades para el acceso.-

En definitiva, estamos convencidos que había que explorar alternativas de carácter preventivo que fomentaran diferentes formas de relacionarnos con la comunidad y que complementaran la manera clásica de persecución criminal desde **la fiscalía** y en ese entonces es que en coordinación con el **Colegio de Magistrados y Funcionarios** pudimos encontrar la manera de poder capacitar por ejemplo en algunos municipios a “referentes barriales” en materia de sensibilización en perspectiva de género.

Allá por el año 2015 en coordinación con los municipios que integran el Departamento Judicial Zárate-Campana, cientos y cientos de referentes barriales fueron sensibilizadas y capacitadas para poder trasladar esa sensibilización a su territorio. Dichos eventos han marcado un antes y un después en la relación por lo menos desde lo local entre el Poder Judicial y la comunidad.-

Y como consecuencia de dicha experiencia como así también la presencia del **Colegio de Magistrados y Funcionarios**; las fiscalías y otros operadores en la mesa interseccional contra las violencias hemos logrado un vinculo tan grande con las fuerzas vivas del territorio tratando de dar respuesta, prevenir y además intervenir en muchos casos que de no haberlo estructurado de esta manera hubiera sido de imposible cumplimiento.

Esta dinámica lo que permite en definitiva, es el acceso rápido y muy sencillo a los derechos y garantías de ciudadano@s y de una manera efectiva.

Hemos logrado instalarnos. Tender redes para identificar y luego remover las trabas en los canales de ingreso a los procedimientos propios del sistema judicial, mejorando el estándar de actuación del Ministerio Público Fiscal a partir del acercamiento efectivo a la realidad en la que hoy estan inmersos los sectores vulnerables. Con el tiempo, esta forma de trabajo ha logrado instalarse de manera positiva en el territorio, como una herramienta mas para facilitar el acceso de las ciudadanas y ciudadanos a la justicia.-

Una de las misiones mas importantes en esta tarea es la de generar y fortalecer vínculos entre la sociedad civil y el Poder Judicial y es por este motivo que se mantienen y se

proponen espacios de diálogos a través de la mesa interseccional con actores sociales que representan a esos sectores vulnerables y que presentan dificultades para acceder a la justicia.

Cada presencia en el Barrio donde el referente previamente se ha enlazado con la fiscalía garantizando que su población tenga esa relación con el Fiscal o bien con parte del equipo de la fiscalía se ha logrado la reorientación y derivación responsable, de ese ciudadano o ciudadana de una problemática que no han sabido como canalizarla y que espera del Estado una resolución y de esa manera nos constituimos en una puerta de atención del sector.-

Este proceso lo iniciamos en un primer momento identificando los sectores mas vulnerables. Muchas veces nos hemos establecidos en clubes del barrio , donde estos clubes se han constituidos como una especie de sede descentralizadas de la fiscalía en el territorio. De esa manera a través del vínculo generado entre los directivos de esos clubes y la fiscalía se logra identificar primero la problemática y despues lograr dar respuesta a quiénes también han acudido a solicitar ayuda a ese lugar de acercamiento como lo constituye un club o una sociedad de fomento.-

La intervención de este programa ha logrado también de manera conjunta entre los referentes barriales y la fiscalía articular una estrategia conjunta para dar con el paradero del agresor; victimario que sin perjuicio de encontrarse bajo una orden judicial de detención el mismo continúa en la clandestinidad muchas veces en el mismo barrio donde la fuerza de seguridad no ha podido acceder para lograr dicha medida y que gracias a la ayuda de la comunidad inmediatamente se implementa una estrategia logrando en muchos casos dar con el paradero y proceder a la detención del agresor.-

Como lo he querido transmitir a través de este trabajo , hay multiplicidad de acciones que se generan a medida que se comienza a articular y poner en practica estas acciones mediante esta modalidad de trabajo. Y precisamente a través de estas prácticas es que surgen nuevas iniciativas y nuevas estrategias para ayudar en el esclarecimiento de un caso mediante estrategias novedosas y prácticas.

Para finalizar, quiero concluir que estas prácticas, experiencias que son transmitidas a traves de estas palabras sea el mensaje que con creatividad aprovechando todos los espacios y sobre todo con las ganas de querer acercar a los sectores más vulnerables a que puedan ejercer esos derechos, es posible y para eso debemos estar nosotr@s.

JOSÉ MASSONI*

Reforma en la Corte Suprema de Justicia de la Nación

El trabajo del tribunal supremo de la Argentina es inaceptable; la cabeza de uno de los poderes no sólo no funciona, lo que produce tampoco responde a una forma ni lejanamente republicana. No estamos considerando el contenido de sus fallos, sino por su modo de producción por completo alejada de una razonabilidad mínima, con lo que, obviamente, el resultado es insitamente no republicano ni democrático.

No son necesarios demasiados argumentos ante el hecho notorio de que solo tres personas son las encargadas de resolver en última instancia y de modo definitivo cualquier litigio, de cualquier índole, que se produzca a lo largo y ancho del país, sea entre particulares, de ellos con los estados provinciales o el nacional, o entre éstos, así como el control del cumplimiento de tratados internacionales. Cualquier asunto, cualquiera, que sea relativo a convencionalidad sobre derechos humanos, constitucional, civil, comercial, penal, laboral, administrativo, tributario, que involucren a partes individuales o colectivas, pueden tener como última palabra santa e inapelable la decisión de esas tres personas, que a su vez son inamovibles hasta sus 75 años de edad (en un caso de los tres de por vida mediante una trampa procesal que le permitió violar un precepto constitucional específico).

No es ya un funcionario, es la cabeza de un poder de la república el que no funciona, es imposible que funcione aunque lo quisiera.

El problema radica en que la Corte debe realizar el control de constitucionalidad y de convencionalidad –ambos le corresponden por mandato de la carta magna– pero ade-

(*) José Massoni, Abogado por la UBA, juez de sentencia en lo penal, juez de cámara en lo penal, juez de tribunal oral nacional, titular de la Oficina Anticorrupción. Libros sobre Poder Judicial, corrupción e historia.

más sumó por vía pretoriana el recurso extraordinario por sentencia arbitraria, el cual abrió la puerta para que absolutamente toda decisión judicial de un juez argentino, nacional o provincial, pueda terminar en la Corte Suprema. El resulta no puede ser otro que el que ocurre: muchos miles de casos llegan a la máxima instancia.

Es notorio que tal cúmulo de expedientes no puede ser visto, estudiado ni resuelto por los cinco ministros de la Corte, aunque hagan falta solo tres que hagan mayoría o basten para una decisión. Las repuestas han sido variadas. La primera, un ejército de secretarios, algunos con categoría jueces de cámara y una multitud con la de juez de primera instancia, abordan los litigios que arriban. La última y más eficaz, “el 280”. Este el número de artículo del Código Procesal Civil y Comercial por el cual la Corte, según su sana discreción, y *con la sola invocación de esta norma*, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia. Lo que se materializa en una “plancha” preimpresa con la que se da fin al asunto...y que conforma el 95% de los “fallos” del supremo tribunal de la nación. Ningún juez que firma esas sentencias finales e inapelables tiene por sí mismo ni la más remota idea de las arbitrariedades, violaciones de derechos que puedan haberse cometido, ni siquiera si son cuestiones relevantes o no. Cada juez del tribunal firma unas 250 resoluciones por semana, por lo que, naturalmente, no pueden conocer lo que firman. Cuando su responsabilidad sigue vigente lo más que pueden hacer es preguntar a sus colaboradores si, a juicio de ellos, entre lo signado hubo algo trascendente.

Algunas veces sí lo saben, pero “el 280” también es un cómodo –o hipócrita– subterfugio. Por dar un único ejemplo, hace poco tiempo debieron resolver una causa que por la trascendencia popular que tuvo nadie ignoraba: el ex vicepresidente Amado Boudou había sido condenado basándose en un solo testimonio que la defensa no pudo controlar y ese testigo de cargo, protegido, había sido premiado por el ministerio de justicia con un hotel en la zona turística cordillerana. La Corte estimó que los extremos del famoso artículo estaban dados, no trató la cuestión y dejó firme esa condena. “Casualmente” convalidando uno de los casos de *lawfare* más escandalosos perpetrados durante el gobierno que desplazara a la fuerza política del procesado.

¿Qué solución viable existe para el despropósito institucional de estar todos nosotros, en literal última instancia, al arbitrio tres personas que –dado el tiempo que llevan en funciones– casi nadie eligió?

Aumentar el número de miembros de la CSJN y modificar su funcionamiento.

El esquema sería el siguiente: composición por 15 miembros –esto es, habría que nombrar 10 nuevos ministros que se sumaran a los actuales–; la división del tribunal

en cinco salas (compuestas por especialistas en derechos civil y comercial, administrativo, penal, laboral y tributario y financiero). Ello permitiría a una quinta parte el concreto abordaje de los asuntos que llegan por recursos extraordinarios, pero sobremanera importante sería lo harían reconocidos conocedores de la materia profesionalmente interesados en producir fallos de valía jurídica que fueran construyendo una jurisprudencia específica sobre las materias a las que dedicaron sus estudios académicos.

El recurso de constitucionalidad (y por consecuencia, el de convencionalidad) de resolverse de acuerdo a la CN por "una" corte, esto es, no puede hacerlo una sala.

¿Cómo se resolvería este obstáculo?

En primer lugar, los recursos de inconstitucionalidad no son numerosos, son los que resuelve sin problema alguno la corte suprema federal en Estados Unidos con nueve miembros, nuestro precedente, pero donde no sumaron los recursos por sentencia arbitraria. Y en cuanto al mecanismo para un tribunal de quince miembros para cada ocasión se designarían dos ministros que propondrían los argumentos encontrados sostenes de la constitucionalidad o no en discusión y con ellos como base de estudio todos los jueces ("una" corte) decidirían la cuestión.

De importancia suma es la viabilidad política de esta propuesta.

En primer lugar, no es necesaria la actualmente imposible reforma de la Constitución Nacional.

Pero es de singular importancia que para una reforma como la propuesta solo es necesaria mayoría simple en cada cámara del Congreso Nacional.

Se aducirá que para la designación de los nuevos ministros se necesitan dos tercios de senadores presentes pero ello, creemos, en modo alguno es un obstáculo importante para un acuerdo de esa cantidad de representantes de las provincias en punto a designar a relevantes juristas ajenos a militancias políticas partidistas invalidantes. (Raul Zaffaroni, año 2018)

JOSÉ MASSONI*

Reforma del Consejo de la Magistratura

Cuando se enumeran las falencias del poder judicial, en todos sus aspectos, aparece nítida la necesidad de una reforma constitucional fuerte para abordar una solución superadora de la crisis en la que está inmersa.

Pero es imposible, en términos políticos, encarar el problema desde esa perspectiva: no hay condiciones para una reforma constitucional.

Hay que transitar, entonces, caminos secundarios. Yo apuntaría al Consejo de la Magistratura, al Ministerio Público Fiscal y a la labor de la comisión parlamentaria bicameral que propuso el Presidente para control del Poder Judicial.

Consejo de la Magistratura

1.-En el tema tenemos la ley sancionada en 2013, declarada inconstitucional por la CSJN. Yo tengo un análisis del fallo Rizzo en el que así resolvió, en el que creo demostrar que lo único inconstitucional de todo ese proceso es, justamente, el fallo de la Corte. El punto crucial que no quisieron, entre comillas, tragar es el de la elección popular en las elecciones generales de los miembros del Consejo de la Magistratura y para eso maniobraron con falacias. También se cuenta, en abono de la constitucionalidad, con el dictamen de Gils Carbó y el voto en minoría de Zaffaroni.

Creo que podríamos tomar como base la ley que tumbaron, efectuarle algunos cambios menores para que sea más potable a los reticentes y, por ejemplo, establecer que la elección coincida con las de medio término y no con las generales de elección presiden-

(*) José Massoni, Abogado por la UBA, juez de sentencia en lo penal, juez de cámara en lo penal, juez de tribunal oral nacional, titular de la Oficina Anticorrupción. Libros sobre Poder Judicial, corrupción e historia.

cial, que quedan muy sujetas a la figura que disputa la titularidad del PEN. Con ese anteproyecto, ir para adelante nuevamente. Se vería si contamos con apoyo del ministerio, o de la bancada, o ninguno. Pero puede ser bandera de todos modos. Si se sancionara nuevamente como ley, cuando llegue a la Corte puede que no sea ya la misma en su totalidad (creo que al menos Highton no estaría) pero no importa, lo importante es la lucha esclarecedora que acompañaría el proceso.

2.- Un objetivo menos ambicioso, si es que no es posible o muy arduo el anterior, es la modificación de la ley Cafiero. Tengo un análisis del art. 114 de la CN en el que creo demostrar que es adecuado a ella, más aún, cumpliría su mandato, si se ampliara significativamente el número de las otras personas del ámbito académico y científico a las que se refiere en el final del primer párrafo. Ello permitiría que el Consejo se integrara con un espectro más amplio, abarcativo de saberes del conjunto de la sociedad mediado por intelectuales de las más diversos conocimientos, rompiendo con la concentración en un colectivo exclusivamente forense como hasta ahora. Obviamente, habría que aspirar que fueran elegidos por voto popular, podrían ser presentados por los partidos políticos que deberían acudir a las propuestas de las academias, no sé, las variantes son múltiples. De una u otra manera se agrandaría la representatividad fracturando la corporación judicial.

El Ministerio Público Fiscal

Una vía reformadora potente del poder judicial -al menos en su cara más visible, el fuero penal- sería la entrada en vigencia del Código de Procedimientos en lo Penal Nacional, o algo así, que es ley sancionada por el Congreso en 2015 y cuya vigencia fondeó el macrismo. Existe un programa de aplicación paulatina, para ir viendo su funcionamiento, pero hasta ahora no pasó de Salta y -creo- Jujuy federal, claro, si no Milagro estaría libre-. La ley prevé el funcionamiento de una bicameral de seguimiento. Días atrás escuché una reunión por zoom de esa comisión -me sospecho que debe haber sido la primera desde 2015- a la que convocaron a operadores salteños. Por lo que expresaron, estaban maravillados. Espero hayan sido sinceros, de todos modos, en mi opinión como práctico de la administración de justicia penal, cuando se sancionó y lo leí, reitero 2015, incorporé la fuerte sospecha de que era el mejor código procesal penal del mundo. Es formidable.

Su sistema es el acusatorio a full y ello lleva de la mano al tema del MPF. Habrá que nombrar numerosos fiscales y reducir el número de jueces, lo que por cierto se da de frente con el proyecto de Alberto de reforma judicial que mandó al Congreso para licuar Comodoro Py -que creo que sería su resultado principal, o casi único-.

Como es natural, será clave la figura del Procurador General y debe ocupar el cargo alguien como Rafecas o similar en calidades personales y técnicas. Como saben, para lograrlo está en curso el intento de que no sean necesarios dos tercios para nombrarlo, lo que es totalmente legítimo.

Hay que seguir todo este tema y militarlo desde sus diversos ángulos. En especial nos es factible la lucha por la vigencia del código que ya es ley mediante, p.ej., una fundada declaración de JL.

Comisión Bicameral del Congreso

Esta comisión bicameral la preside Massa, lo que significa, a mi entender, que funcionaría sólo si nuestros diputados y senadores impulsan su funcionamiento. Sobre ellos deberíamos trabajar elaborando algún plan que los ayude, además de nuestro apoyo. Hasta ahora es lo que se me ocurre (poco ¿no?). Intercambié algunos whatsapp con Tahilade, quien se mostró en total acuerdo, pero no pasamos de ahí porque en esos momentos se estaba produciendo el traspaso de Losardo a Soria y era prudente esperar la llegada de éste.

Hablado del ministro, creo que la dirección de JL debería tratar de concertar una reunión, o más que eso una relación fluida, para poder hablar con él las veces que sea necesario, informalmente mejora aún, sobre todos estos temas y conocer sus opiniones y las prioridades que tiene. NO para seguir las poniéndonos a su servicio, sino para conocerlas y mejor trazar las estrategias nuestras.

Bueno, hasta aquí llegué por hoy. Espero sirva de disparador para comenzar el diálogo y aumentar el contenido con los aportes que ustedes seguramente harán.

RICARDO SASSON*

La democratización del Poder Judicial

Necesidad de Apertura a la Sociedad y Resistencias del Sistema - El fallo en la causa Rizzo de la CSJN

Encuentro Regional de Resistencia al *Lawfare*

El Presidente Alberto Fernández en el acto de asunción del mando formuló una opinión muy crítica sobre el funcionamiento de la justicia penal federal y anunció cambios para enmendar las groseras violaciones a las reglas del debido proceso, del derecho a la defensa y a los derechos humanos violentados por una concertación espuria entre jueces, la agencia de inteligencia, espías privados y grandes medios de difusión.

Sin perjuicio de toda la razón que le asiste, sus falencias son de magnitud tal que ameritan una reforma constitucional, necesaria también por otros motivos, pero que no debe eludir esta cuestión básica del funcionamiento democrático.

Admitido es que en las circunstancias de arrasamiento económico social que dejó el neoliberalismo durante los cuatro años del gobierno de Macri no dejan espacio político para ocuparse de inmediato de esa reforma, pues será tarea a encarar cuando se remedie el hambre, la pobreza, la desocupación y la destrucción del aparato industrial que nos legó, y de alguna manera logremos afrontar la descomunal deuda en dólares que le hizo contraer al Estado para no construir nada y destruir mucho, a excepción del enriquecimiento obsceno de una ínfima minoría.

(*) Ricardo Ernesto Sasson Egresado el 10 de diciembre de 1993 de la Carrera de Abogacía y Procuración de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Postgrado FLACSO "Gestión y Control de Políticas Públicas" -La agenda de la reconstrucción-, Año 2004. -Procedimiento Laboral -Asociación de Abogados de Buenos Aires, año 1994.- Especialización en Derecho Penal -Instituto para la Praxis Penal, año 1998.-Taller teórico práctico: "Las pruebas sobre el imputado y sus consecuencias en el juicio penal" Departamento de Postgrado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Año 2005.-Curso "Principios de Criminología", del Departamento de postgrado en Derecho Penal -Facultad de Derecho -Universidad de Buenos Aires. Año 2006. Julio de 2008 al presente. Asesor Jurídico Legal de la Federación de Tierra y Vivienda. Promoción de la problemática del derecho al acceso a la vivienda y el hábitat popular, difusión de las herramientas jurídicas para el acceso a la tierra y la vivienda dignas. Difusión y promoción de los derechos constitucionales y legales a la vivienda digna. Realización de acciones concretas legales en relación con la problemática antes mencionada, articulaciones multidisciplinares para la resolución de casos localizados.

También afirmamos que dada la inconveniencia política actual de abocarse al llamamiento a una Convención Constituyente, un remedio parcial pero eficaz sería establecer un nuevo diseño para el Consejo de la Magistratura, el organismo que debe cuidar de la independencia del Poder Judicial, administrarlo, dictar sus reglamentos, elegir a los postulantes a jueces por ternas para cada vacante entre cuyos miembros el Poder Ejecutivo, seleccionar a quien postule para presentarlo al Senado para su acuerdo, y decidir cuando corresponda la apertura del procedimiento de remoción de los magistrados que no sean los miembros de la Corte Suprema. Así lo estableció la Convención Constituyente de 1994, que luego de señalar los lineamientos generales de la nueva institución, delegó la arquitectura del mismo a la ley, por lo que introducir modificaciones en las formas y contenidos de su composición está –dentro de los marcos que puso el constituyente– no requiere una reforma constitucional de la carta magna.

El art. 114 de la Constitución, con su letra clara pero con amplios espacios sin cubrir para la determinación puntual de elementos del Consejo, ha sido motivo de interpretaciones encontradas, tanto como que la última sanción reformativa del Congreso fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema. El examen de los considerandos del fallo del alto tribunal cuando lo hizo (causa "Rizzo, s/amparo, etc.) permite analizar en profundidad los verdaderos alcances de la norma constitucional y los que pueden ser motivo de la ley reglamentaria que la misma carta magna prevé.

Los convencionales plasmaron que se trata de una ley de interés general superior y por ello la calificaron de "especial" y establecieron la exigencia de sanción por mayoría calificada, constituida por la mitad más uno de la totalidad de los miembros de cada cámara: son necesarios esa cantidad de votos dentro del íntegro número de diputados y senadores, lo que impide la incidencia de ausencias de cualquier causa que pudieran ocasionar la aprobación de un texto que tuviera apoyos de menor cuantía; debe haber coincidencia de inequívoca superioridad entre los representantes del pueblo.

La interpretación sistemática de la Constitución muestra la motivación natural lógica de que así sea, porque lo que está resolviendo en el artículo 114 atañe a la estructura jurídica del Poder Judicial, con lo que está dando caminos para el modo de funcionamiento de uno de los tres poderes de la república. Bien se ha dicho que los convencionales de 1994 se apartaron del modelo de sus antecesores de 1853 cuando aquellos dictaron en forma precisa, clara y meticulosa la estructura y atribuciones de las cámaras legislativas. Pero lo cierto es que nunca se pueden aducir tradiciones como hechos vinculantes o influyentes con fuerza para ningún legislador –como lo hizo la Corte en "Rizzo"– tanto menos para un convencional constituyente que está en plan de reformas, pero en nuestro caso ni siquiera existía esa supuesta manda de la historia, en primer lugar porque en el siglo XIX muy poco se estableció sobre la estructura del poder judicial y durante el siglo y medio siguiente en el plano constitucional nada se había cambiado ni añadido sobre el punto, y era conducente que en 1994 los convencionales atendieran a la realidad que los circundaba, hartamente distinta a la que contenía a los supremos legisladores de 1853.

La diferencia era tanta como la existente entre un país predominantemente feudal emergiendo de la dispersión política que duraba décadas dentro de un mundo dominado por un capitalismo creciente, creativo y pujante, y otro que a mediados de la década de 1990 contaba, no ya con algo más de un millón y medio de habitantes sino con treinta y cinco millones, con un producto bruto interno con fuente mayoritariamente industrial e inmerso en un mundo cambiado al punto de que ya campeaba una forma de capitalismo muy distinto, comandado por las finanzas globales y grandes corporaciones transnacionales.

Sobre el punto del funcionamiento del Poder Judicial específicamente, acosaban evidencias de un funcionamiento obsoleto que no respondía a las nuevas necesidades económicas y sociales y se sumaba que había consolidado un sentido de existencia corporativo, elitista, con fuertes rasgos de nepotismo de “familias judiciales” pertenecientes a las elites conservadoras.

Por condicionamientos económicos, políticos y culturales, al pueblo llano le resultaba en extremo dificultoso acceder al servicio judicial y éste, más allá de la conciencia que tuvieran la mayor parte de sus integrantes, casi de manera invariable gestionaban los expedientes y fallaban a su final favoreciendo a los poderes reales, provinieran de la economía nacional o externa, las fuerzas mediáticas o las políticas.

Es más, la observación desde el lado estrictamente político hacía evidente que el acuerdo de la oposición radical alfonsinista a la realización de la reforma que impulsaba el presidente Menem tras su objetivo de habilitar su reelección, tuvo como uno de sus precios la creación del Consejo de la Magistratura. La razón no era otra que encontrar una vía de escape, o al menos un paliativo, a la completa apropiación del Poder Judicial por el partido oficialista, que había logrado conformar una Corte Suprema que convalidaba todas las medidas del Poder Ejecutivo de manera automática (se la conocía como la Corte “sicarlista” por su genuflexión ante Carlos Menem). Ese escenario antirrepublicano lo era también de destrucción del Estado, pernicioso para el país y en especial para los sectores populares de manera en extremo eficaz, en primer lugar porque la estructura de la corporación judicial hacía que la Corte ejerciera un control vertical sobre toda la judicatura, y en segundo término –y más importante– ese tribunal máximo había convalidado –con la consiguiente proyección hacia “abajo” del aparato judicial– todas las medidas de gobierno neoliberal, entre otras las que permitieron el saqueo del patrimonio estatal argentino, por las cuales se privatizaron a mansalva las empresas públicas nacionales en beneficio de corporaciones transnacionales y sus socios grandes capitalistas argentinos, cumpliendo a rajatabla con los mandatos del Consenso de Washington, la carta magna del capitalismo globalizado financiarizado que en esa ciudad, en 1989, redactaron el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y el Departamento del Tesoro de los EEUU para su cumplimiento por los países subdesarrollados.

[Una nota de color: el sicarismo absolvió a Franco y Mauricio Macri en la causa donde fueran condenados por contrabando agravado en todas las instancias anteriores; los

fundamentos de esa resolución –más bien la total carencia de ellos– fueron años después uno de los motivos de la remoción mediante juicio político del ministro de la corte que no había renunciado antes].

Sobre si la Constitución debía fijar la composición del Consejo se discutió en la convención entre quienes postulaban que estableciera el número de integrantes total y el de cada estamento, y los que en definitiva primaron, aprobándose la redacción que rige, que deliberadamente dejó espacios para que los legisladores –siempre con la restricción de aquella mencionada mayoría especial en ambas cámaras– pudieran diseñar en detalle la integración de un Consejo que, dentro de una estructura de base concursal seleccionaría a los candidatos a jueces “inferiores” para proponer ternas al Poder Ejecutivo, quien conservaba la incumbencia de la elección final con el acuerdo del Senado; también decidir la apertura del juicio de remoción y acusar al magistrado cuestionado ante el jurado de enjuiciamiento; ejercer facultades disciplinarias sobre los magistrados; administrar los recursos del poder judicial y, por si quedara alguna duda, finaliza el artículo 114 con la aserción de que será objetivo del Consejo de la Magistratura “dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios judiciales”.

Es hermenéuticamente seguro que los constituyentes deliberadamente dejaron espacio cómodo para que una mayoría calificada de representantes del pueblo, si lo estimaba necesario, pudiera establecer las particularidades de la integración de los cuatro estamentos que sí, claramente, imponían: representantes de los legisladores y del poder ejecutivo, jueces, abogados de la matrícula federal y personas del ámbito académico y científico.

Esta interpretación responde, en primer lugar, a la literalidad de la norma. Es de pacífica aplicación que el primer signo de sentido de la norma es su texto y, obviamente, hay que atender a lo que dice. Y el texto del art. 114 de la CN es meridianamente claro en punto a que, con condiciones especiales, delegó en el legislador el diseño destinado a procurar el equilibrio entre la representación de los representantes de los poderes políticos, los jueces y los abogados. Cabe aquí resaltar dos cuestiones. La primera, que el artículo dice “procurar” el “equilibrio” y bien se ha señalado que procurar no es lo mismo que “deber” ni equilibrio similar a “igualdad”. No es admisible imaginar siquiera que los convencionales no sabían el idioma castellano y en realidad quisieron decir “deberá haber igualdad” entre los tres estamentos señalados. Destaco muy especialmente que el laxo mandato de “procurar equilibrio” sólo se refiere a representantes políticos, jueces y abogados, porque luego de fijar ese relajado parámetro hay un punto y finaliza la oración. De seguido a ese inequívoco corte gramatical el convencional recién aborda, claramente por separado, la integración del estamento de los académicos y científicos que compondrán el Consejo, dictando en fórmula más distendida aún que se compondrá con “el número y la forma que indique la ley”. Ni una palabra ni seña sobre equilibrios ni precauciones de calibre constitucional para atender por el Congreso, de los que se había ocupado expresamente en la oración anterior, y es textual puro que la cantidad y el modo de selección de es-

tos ciudadanos destacados por méritos profesionales de cualquier materia será asunto de la legislación especial, constituyendo un estamento de perfil distinto a los político-forenses, hasta entonces patronos exclusivos de la selección y remoción de los jueces más el manejo de las reglamentaciones, disciplina y administración del Poder Judicial. La finalidad de abrir el gobierno del Poder Judicial a la participación a ciudadanos personas de calidad relevante, pero de origen ajeno a la representación política y al mundo profesional jurídico, es notoria e incontrovertible.

Esta inteligencia de la novedad constitucional se apoya así en la literalidad del precepto y también en la voluntad de los convencionales que discutieron sobre el tema y decidieron de este modo escribiendo lo que escribieron. Pero además se inscribe sistemáticamente en la finalidad de la reforma, motivada por las razones que ya mentamos de política general que habían llevado a la obsolescencia el servicio de justicia en términos democráticos, y las de política coyuntural que mellaron su condición republicana. El texto, como los constituyentes remarcan al final del art. 114, en su entendimiento apunta a asegurar las condiciones para la independencia de los jueces y la eficaz prestación del servicio de justicia, y el modo de cumplir la manda es el que explicitan en lo escrito en él. Esa es la manera que la Constitución entiende que es el camino para llegar a esos fines y con lenguaje cuidadosamente elegido elude trazarlo de manera rígida e inmutable, que exija una dificultosa reforma constitucional para modificar su trayecto, sino que, precisamente porque se trata de una institución novedosa que empieza a jugar dentro de un mundo que ha cambiado y muestra signos de continuar modificándose con frecuencia, quiere que los representantes del pueblo sean los que deban –bien que con mayoría especial- cambiar la estructura del Consejo cuantas veces sea necesario para lograr el objetivo que la ley fundamental coloca presidiendo todo el ordenamiento del poder: jueces independientes con arquitectura y administración que les permita cumplir con eficacia el Poder Judicial. Exégesis que fluye cómodamente, reiteramos, desde la literalidad, la interpretación histórica y la teleología de la norma.

Los convencionales de 1994 mostraron con la misma evidencia su voluntad de establecer un instrumento de gestión, control y dirección del Poder Judicial –haciendo excepción solo con la Corte Suprema– con lineamientos esenciales propios de una constitución rígida y formas y detalles de integración naturales de una constitución flexible. Ninguna otra conclusión puede desprenderse del hecho que –de modo deliberado, ya lo fundamentamos– luego de fijar sin dejar dudas las procedencias de los integrantes, no establecieron el tiempo de la duración de las representaciones político-forenses (“integrado periódicamente” sólo marca, descartando con claridad cualquier semejanza con la inamovilidad de los jueces en el tiempo), mucho menos el del estamento de académicos y científicos sobre los que nada impone. Pero se suma con significación singular la ausencia de indicación alguna sobre el modo de elección de mandatarios de ninguno de los cuatro estamentos que así queda, por literalidad del precepto, para la decisión por la ley especial.

La “ley especial” prevista por la reforma constitucional de 1994 tuvo un trabajoso y prolongado proceso de elaboración, tanto así que el Congreso, tras una movilización importante de ciudadanos abogados, magistrados e intelectuales vinculados a la política progresista y al mundo forense recién la sancionó en diciembre de 1997, bajo el N° 24.937. El motivo principal de la tardanza fue la renuencia de la mayoría de legisladores oficialistas porque, como señalamos, la consideración de creación del Consejo en el llamado a la convención había sido una concesión del gobierno al radicalismo alfonsinista, pues su interés único era habilitar la reelección del presidente Menem. Hubo una modificación en febrero de 2006 por ley 26.080 estableciendo que la representación de científicos y académicos se limitaría a una persona profesor regular de cátedra universitaria de facultades de derecho nacionales y contar con una reconocida trayectoria y prestigio.

Por estas normas y reglamentaciones accesorias los consejeros son designados por elecciones directas organizadas por el mismo Consejo entre los jueces por una parte y los abogados de la matrícula federal por la otra; las juntas electorales las forman la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia nacional para la votación de jueces y el Consejo Directivo del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y la Asociación Argentina de Colegio de Abogados, para los abogados. El Comité Ejecutivo del Consejo Interuniversitario Nacional organiza entre todos los profesores de derecho de las facultades y escuelas nacionales la elección del profesor que menta la ley 26.080. Los diputados son dos por la mayoría y uno por la primera minoría, e igual proporción guardan los senadores. El Poder Ejecutivo designa un consejero en su representación.

Es notorio que el Consejo así integrado muy lejos estuvo de cumplir con las expectativas sociales que había generado, ni en la tramitación de selección de jueces, ni de procedimientos eficaces de disciplina, control y agilización de su remoción.

Comenzado el año 2013 se conocía por la página web del Consejo que durante 2012 sólo se habían realizado doce reuniones de la comisión de selección de jueces, se convocaron seis concursos y se remitieron dos ternas al Poder Ejecutivo para que nominación de dos magistrados. A su vez, durante ese mismo año la comisión de acusación se reunió once veces y no acusó a nadie. Esos datos no constituían un excepcionalidad, ese era el ritmo permanente de gestión del Consejo y los consecuentes muy pobres resultados que producía, insuficientes de modo patente mientras el servicio de justicia empeoraba sin cesar, con numerosas vacantes, cubiertas mediante subrogación por otros jueces en ejercicio, que de ese modo cubrían –inevitablemente de manera deficiente- dos cargos en vez de uno.

En esas circunstancias la presidenta Cristina Fernández de Kirchner envió al Congreso proyectos de ley de reformas en el poder judicial, con del declarado propósito de propender a su democratización y a mejorar el servicio de justicia. En lo referente al Consejo de la Magistratura dio lugar a la sanción de la ley 26.855 del 8 de mayo de 2013. Los puntos esenciales cambiados fueron la elevación del número de integrantes (aumento de 13 a

19 en total; resultado de pasar de 2 a 3 en abogados, y de 1 a 6 en académicos y científicos de cualquier disciplina universitaria oficialmente reconocida y no sólo profesores de derecho) y, con contenido político más profundo, el establecimiento de la elección por voto popular, emitido en ocasión de las elecciones presidenciales, de los consejeros jueces, abogados y académicos, que serían propuestos en las listas de los partidos que presentaran candidatos a Presidente.

Apenas un mes después la Corte Suprema de Justicia declaró la inconstitucionalidad de esa ley en la causa "Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/acción de amparo c. Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar (Expte. N° 3034/2013)".

Adelantamos que el análisis del fallo lleva a concluir que lleva razón el solitario voto de la minoría, que deja muy claro que si existe una infracción a la Constitución –aunque no haya modo de enmendarla– es la consumada por el voto de la mayoría de la Corte.

Como sugiere el voto minoritario –a cuyo autor, aclara, la ley no le agrada– la posición que adoptó la mayoría responde a una firme opinión preconcebida sobre la forma de estructurar el Poder Judicial y sobre ella se apilaron aserciones de lenguaje jurídico que concluyeron con la caída de la ley. El primer gran problema es que una opinión sobre el tema del diseño de un órgano de gobierno era y es política, no jurídica, e incumbencia de los poderes legislativo y ejecutivo que habían sancionado y promulgado la ley en cumplimiento de la manda del art. 114 de la Constitución Nacional; estaba fuera del control judicial y terminó ocurriendo, bajo ese paraguas sin tela, que el Poder Judicial terminó legislando sobre sí mismo en el punto de arquitectura constitucional que versa sobre el modo de elección de los miembros del Consejo de la Magistratura, que debe establecer el modo de seleccionar y remover a los magistrados "inferiores" que integran esa rama del poder del Estado. Atributo ciudadano elemental. Repitamos: se trata de elegir a quienes seleccionarán a los candidatos a jueces, no a éstos, para que el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado los designe. No se trata de que elijan a los jueces, sólo se trata del modo de seleccionar a los candidatos. Destaco el punto porque en reiteradas oportunidades se confunde la cuestión eleccionaria de consejeros del Consejo con la independencia de los jueces. No se trata de la elección de los jueces, se trata de los miembros del cuerpo que seleccionan a quienes pueden ser candidatos; es cuestión que no tiene la más mínima relación con la independencia de los magistrados, cuyo aseguramiento es la manda especialmente encargada y motivo de la nueva institución creada por los constituyentes.

Vamos a las razones de lo expuesto

En el considerando noveno la mayoría enuncia una larga lista de casos en los que declaró inconstitucionales leyes del Congreso. Repásense uno a uno y se comprobará que los temas que esas leyes trataban no guardan analogía alguna con números en la integración, o con formas de elección, cuando de lo que se trata es del diseño de un esquema de gestión cuyos lineamientos, precisamente, el convencional constituyente explícitamente

había delegado en los legisladores. De seguido, en el considerando décimo, se manifiesta didácticamente el principio indiscutible de que la carta magna ha establecido al pueblo como último titular del poder político pero, destaca “reveladoramente” que puso acento en los procedimientos habilitados para explicitar la voluntad popular, dando nacimiento al principio de representación. Aquí emerge una falacia de dos caras. Una, se sugiere que el principio de representación es de superior o imprescindible guarda para el ejercicio de la voluntad del pueblo; la otra, más molesta al buen sentido jurídico, es que pasa de largo el detalle esencial que la ley bajo examen justamente organiza un sistema de elegir representantes. De seguido se mezclan verdades de Perogrullo con omisiones sutiles pero objetivamente funcionales a descalificar la ley. Por ejemplo, que la Constitución establece un sistema cuya esencia es la limitación de los poderes, pero refiriéndola hacia los del legislativo y olvidándose de la contención en sus potestades que debe guardar el judicial. O reclamando que para atribuciones del Congreso más extensas o supresión de sus limitaciones es necesario que se acuda al mecanismo del art. 30 sobre reforma constitucional, que justamente fue el que se aplicó en todos sus pormenores para que la ciudadanía, mediante ley del Congreso, convocara a la constituyente de 1994 que, precisamente en ese nivel normativo máximo –la Convención de 1994– con clara literalidad le asignó autoridad a los legisladores para que mediante una ley especial dieran forma en detalle al Consejo de la Magistratura cuyas piezas fundamentales estableció. Este argumento de la Corte es francamente circular y falaz. Es dificultoso creer que se trata de un error hermenéutico, más cómodo surge el calificativo de hipócrita.

Los considerandos siguientes reproducen los conceptos generales esenciales e indiscutidos sobre la división de poderes y el control de constitucionalidad de las leyes por el Poder Judicial. En el decimoctavo se afirma dogmáticamente que “las personas que integran el Consejo lo hacen en nombre y por mandato de cada uno de los estamentos indicados [es decir, los representantes políticos, jueces, abogados y académicos -n. a.-] lo que supone inexorablemente su elección por los integrantes de esos sectores. En consecuencia, deducen, el precepto no contempla la posibilidad de que los consejeros puedan ser elegidos por el voto popular ya que, si así ocurriera, dejarían de ser representantes del sector para convertirse en representantes del cuerpo electoral”.

¿Por qué decimos que es una afirmación dogmática? Porque el art. 114 de la Constitución no establece que “inexorablemente” los jueces, abogados y académicos sean elegidos por jueces, abogados y académicos; por el contrario, deliberadamente se cuidó de no decir nada al respecto, en línea con la decisión de establecer una delegación hacia las mayorías especiales de legisladores para que determinaran lo que entendieran la mejor manera de componer el Consejo –dentro de los parámetros que fijó– para las circunstancias culturales, sociales y políticas que se atravesaran y basados en ellas impusieran las correcciones que fueran menester. Tampoco es verdad que si, por ejemplo, no fueran jueces quienes eligieran a los consejeros jueces, estos magistrados, en sus funciones como consejeros del Consejo, dejarían de representar a los jueces. ¿De qué

razonamiento se deriva esa conclusión que se presenta como notoria e indiscutible? ¿Se supone acaso que los consejeros jueces elegidos de otro modo que no sea por los afiliados a la mutual de jueces y a una persona jurídica que asocia federaciones voluntariamente no interpretarán con la mirada de su pertenencia a la magistratura, como magistrados que son? Más bien parece lo contrario, pues los consejeros elegidos (como ahora) por los propios jueces en funciones, más allá de sus intenciones, pueden cargar con el peso de sus prácticas y concepciones corporativistas, estas sí bien notorias para todo quien tenga contacto efectivo con la organización y administración de justicia (y así ha ocurrido si se repasan los sus votos en los plenarios y comisiones a lo largo de ya más de veinte años de funcionamiento).

Luego de la afirmación farisea de que el control de constitucionalidad “tampoco permite que el poder Judicial ingrese en el control de las razones de oportunidad, mérito o conveniencia tenidas en cuenta por los otros poderes del Estado al adoptar las decisiones que les son propias”, para perpetrar exactamente lo contrario y seguir cimentando la decisión –con evidencia ya tomada *ab initio*– de voltear la ley 23.855 que estableciera la elección popular de los consejeros del Consejo, la mayoría de la Corte eleva a condición de llave maestra de su hermenéutica que si no son los propios jueces –o en su caso abogados– quienes eligen a sus representantes se estarían violando el sentido de la figura del contrato de mandato. Este es un argumento que, tras su apariencia, jurídicamente es flojo en extremo y no supera la calidad de vía de escape (chicana parece irrespetuoso). Si nos hallamos inmersos en un tema de diseño de arquitectura de uno de los tres poderes del Estado, con índole de derecho público de máxima jerarquía, el constitucional, no es admisible incidencia de un contrato de derecho privado con categoría de elemento interpretativo esencial, para colmo asentado en normas de tercer rango –reglamentos– emanadas del mismo Consejo. Si nada menos que de un poder del Estado se trata, no cabe duda que la inteligencia del concepto “representación” debe surgir del derecho público, en su máxima expresión, el derecho constitucional.

Y desde la perspectiva de este último, el incuestionable eje de nuestra Constitución es la organización jurídica del poder sobre el principio de la soberanía popular, ejercida por todo el pueblo por sí mismo o sus representantes elegidos por sufragio universal (preámbulo, arts. 1, 16, 22, 37 de la Constitución Nacional y arts. 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 20 de la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre y 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, bien citados en el dictamen de la Procuración General de la Nación en la causa “Rizzo” ya mencionada). La Constitución no deja espacio a dudas en cuanto a que la regla de la representación es la popular pero, contra ella, la mayoría de la Corte privilegia una interpretación de derecho privado contractual para eliminar una representación con sostén electivo popular, piedra basal de una democracia que aspira y necesita la constante incrementación de variadas formas de participación ciudadana.

La mayoría incurre en raciocinios sesgados, falaces, varias veces. Uno de varios cuando afirma que en cuanto al art. 114 CN “la redacción es clara en cuanto relaciona con la elección popular a solo uno de los sectores que integra el Consejo, el de los representantes de los órganos políticos. Por su parte prevé que el órgano también se integra con los representantes del estamento de los jueces de todas las instancias y del estamento de los abogados de la matrícula federal, cuya participación en el cuerpo no aparece justificada en su origen electivo, sino en el carácter técnico de los sectores a los que representan”.

A nadie se le puede ocurrir, ni ocurrió antes de esta causa, que la expresión “órganos políticos resultantes de la elección popular” no significara que, además de los diputados y senadores, también habría representación del poder ejecutivo. Los demás (jueces, abogados, académicos) no podían ser así mencionados conjuntamente porque en la letra de la Constitución no surgían como emergentes del sufragio. Por ello, una interpretación literal, auténtica pero sobremanera sistemática, lleva naturalmente a concluir que con la deliberada y fundamentada amplitud del texto los convencionales del 94 dejaron a las mayorías especiales de representantes del pueblo la posibilidad de paliar, de la manera que entendieran más conveniente, la falta de representación popular de los estamentos en los que la ciudadanía no tenía ninguna participación y constituían un ingrediente elitista, no republicano ni democrático, en la construcción de las instituciones del poder, que es su fundamento según el andamiaje de la Constitución entera. También es absurdo sostener que el carácter técnico de los jueces y abogados consejeros dependa del modo de elegirlos; otra manera de seleccionarlos distinta a la que gustaba a la mayoría de la Corte en 2013 en nada afectaría “el carácter técnico” de los sectores que representarían: los consejeros jueces y abogados, respectivamente, elegidos por elección popular, no dejarían de contar con esas cualidades, no sería posible extirpárselas ¿cómo podría fundamentarse alguna duda?

En el considerando decimonoveno hay otra demostración de fariseísmo

Dice la mayoría: “Que corresponde ahora analizar la segunda parte del segundo párrafo del artículo 114 de la Constitución que establece que el Consejo de la Magistratura estará integrado ‘asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley’. Más allá de la delegación que el Constituyente hace a favor del Congreso en cuanto al número y forma en que los académicos y científicos deben integrar el órgano, [dice la mayoría que] tal disposición debe interpretarse de modo de no contradecir la letra de la primera parte del mencionado párrafo segundo.” ¡Fantástico! La norma constitucional dice taxativamente “...en el número y la forma que indique la ley”. Pero no. Arrasando con lo admitido antes –y por toda la historia de las reglas de interpretación legal- lo que literalmente dice el convencional en un párrafo aparte, separado por un punto gramatical, no vale: esa expresión precisa, clara, especial, debe descifrarse de la letra del párrafo anterior, que trata de estamentos distintos.

No paran de tergiversar. “Si bien es cierto que la Constitución Nacional les ha dado a aquéllos una participación en el Consejo” –admiten sin otra posibilidad– añaden de su cosecha (claramente legislativa) que la Constitución “no les ha asignado un rol central” porque “este sector no está en el centro de la escena”, inferencia que extraen de “la literalidad de la norma, donde académicos y científicos aparecen en una segunda parte del párrafo, a modo de complemento.” ¡Ahora sí les resulta importante una literalidad! Por añadidura, en rigor tampoco es tal, sino que la derivan vía sedicente sintaxis de la ubicación de la oración dentro de un párrafo. Oración que, vale recordar, está luego de un punto, gramaticalmente apartada de la anterior (ya que de literalidades hablamos).

A los ministros los preocupó sobremanera que la ley 26.855 aumentara a seis el número de académicos o científicos. Para cuestionar la ley y sumar a su pretendida inconstitucionalidad, formulan un argumento antológico. Escribieron: “En este sentido, no debe perderse de vista la terminología utilizada. El adverbio ‘asimismo’, según el Diccionario de la Real Academia Española, significa ‘también’, como afirmación de igualdad, semejanza, conformidad o relación de una cosa con otra ya nombrada, lo cual da la idea de que debe mantenerse el equilibrio y el sistema de representación de la primera parte”. Quien lea castellano sin dobleces entenderá sin hesitar, en la oración final del segundo párrafo, que el “asimismo” -o el sinónimo “también”, ilustran los ministros- se refiere a que el Consejo, “además” de los representantes de las cámaras, jueces y abogados, será compuesto por personas del ámbito científico y académico “en el número y la forma que indique la ley”, así prescripto letra por letra. ¿Cómo hacen para lograr que una cantidad más elevada que antes de académicos y científicos constituya un ladrillo más en el edificio de la inconstitucionalidad de la ley, porque los elevaba a seis? Pues otorgándole al vocablo “asimismo” el significado de “equilibrio”, porque está mencionado en la oración precedente como criterio de integración de los otros estamentos, claramente no de los académicos y científicos, para los que establece un directiva distinta librándola al criterio de los legisladores. Se consuma así, lisa y llanamente, darle a la letra del artículo de la Constitución el sentido exactamente contrario al que claramente tiene.

La mayoría acude a la voluntad del convencional, trayendo supuestamente en provecho de su postura expresiones del miembro informante en la Convención, Enrique Paixao, y reproduce: “se ha buscado un modelo intermedio en que los poderes democráticos retengan una importante injerencia en el proceso de designación de los jueces, pero en el que simultáneamente –por participación de los propios jueces en el gobierno de la magistratura y por participación de estamentos vinculados con la actividad forense u otras personas– el sistema judicial esté gobernado con pluralismo aunque sin transferir a quienes no tienen la representación popular la totalidad de los poderes propios distintos de los que le son específicamente propios del sistema judicial, que son los de dictar sentencias, esto es, resolver casos contenciosos” (Ministerio de Justicia – Centro de Estudios Constitucionales y Políticas).

No hay en esa descripción del Consejo efectuada por el constituyente lo que se pretende alegar. No transferir a quienes no tienen representación popular poderes distintos a los específicos –que son los de resolver casos contenciosos– de ningún modo quiere decir que los consejeros representantes de los jueces elegidos por sufragio ciudadano asuman representación popular, puesto que como consejeros seguirán siendo jueces con la misión de representar a éstos, con el cometido de participar como tales del gobierno del Poder Judicial, de modos que seguirán teniendo la característica técnica y profesional específica y propia de haber sido designados magistrados por el muy indirecto sistema que los mantiene apartados de la elección por el pueblo. Por lo demás estarán por completo ajenos a resolver casos contenciosos, incumbencia de los jueces con jurisdicción, miembros del Poder Judicial. Varias veces la Corte cae o se deja caer en esa confusión: la ley que fulminaron de inconstitucional establecía el equilibrio en número entre los consejeros congresistas, jueces y abogados, no la calidad ni sujeción de los magistrados que ejercen la jurisdicción a nadie más que no fuera su propia conciencia –como siempre– sin menoscabo alguno a su independencia sino, por el contrario, buscando incrementar la participación popular en el proceso de elegirlos y removerlos, único antídoto contra las presiones económicas, de los medios de comunicación o de las necesidades coyunturales de los poderes políticos. Como queda claro en las palabras del convencional que citaron, el problema era –como para la Corte– la influencia de los jueces en las designaciones futuras: no tuvo palabras alusivas a las funciones de los abogados o de los científicos/académicos.

Otro motivo con el que se militó contra la constitucionalidad de la ley 23.855 fue la aserción sobre la supuesta pérdida de independencia de los consejeros jueces, afectada por la elección popular de aquéllos. Otra vez la confusión de prosapia elitista: no se elige a magistrados que cumplen funciones judiciales, sino a integrantes de un órgano de gobierno, en el caso, del Poder Judicial. Que sean elegidos por medio de los partidos políticos no puede equipararse a que sean partidistas, porque pueden ser no afiliados y no desempeñar cargo alguno en el partido. Tampoco esas condiciones impiden actuar con independencia y ecuanimidad. En cualquier caso, y dada la evidencia de que no existe ser humano sin ideología, que el consejero juez o abogado se haya presentado en determinada lista da a la ciudadanía una pista de cuál puede ser su inclinación política, cultural o filosófica, cuestiones inescrutables ahora y que dejan fuera del control ciudadano las bases de las decisiones que los consejeros magistrados o abogados toman. Insistimos, estamos tratando sobre jueces miembros del órgano de gobierno de la rama judicial del poder de la república, para nada se puede siquiera rozar la independencia de los jueces en su función de resolver los asuntos en litigio aplicando la ley, cometido absolutamente distinto que está a cargo de magistrados con jurisdicción, miembros del Poder Judicial sobre cuya ingeniería de gobierno estamos tratando y que son los encargados de aplicar la ley en los juicios civiles (en sentido amplio), administrativos o penales.

Por último, dado el carácter del Consejo de la Magistratura de órgano de gobierno dentro del conjunto de los que conforman el gobierno de la Nación, lo constitucionalmente pertinente es que la representación ciudadana surja de la actividad de los partidos

políticos, porque de modo inequívoco el artículo 38 de la Constitución los reconoce y proclama como las agrupaciones intermedias ineludibles, esenciales, entre el pueblo y los representantes en el ámbito de la democracia representativa. Fallos de la CSJN lo han reconocido así pacíficamente y sin solución de continuidad.

Para finalizar, una palabra sobre el supuesto desequilibrio que provocaría el aumento a seis de los consejeros académicos y científicos. Ya vimos que ese “desequilibrio” no le interesa a la Constitución, que lo reservó para la relación entre los representantes de las cámaras legislativas, el poder ejecutivo, los jueces y los abogados. Pero aun si mal se aceptara la postura contraria, por aplicación de la ley 13.855 ningún estamento tenía posibilidades de imponerse sobre los demás. Y la Corte no aludió siquiera una vez a que en todos ellos habría miembros por mayoría y minoría, con lo que la posibilidad de un concierto totalitario es tan remota que raya con lo imposible y sería sólo probable en una construcción paranoica psicótica.

En definitiva y categóricamente, la ley eje de la democratización de la justicia sancionada por el Congreso en 2013 a instancias de la presidente Cristina Fernández de Kirchner no era inconstitucional como la Corte Suprema la declaró.

No estamos, en modo alguno, de sostener que fue perfecta y debería retomarse el sendero de su sanción como ley. Pero creemos con firmeza que debe encararse la cuestión, sobre las mismas bases conceptuales aunque con las mejoras que surjan de las discusiones ciudadanas, académicas y parlamentarias, cuando salgamos de la emergencia integral en la que ha dejado el neoliberalismo a toda la sociedad, con problemas de hambre y pobreza en microeconomía y con una deuda impagable a nivel macro.

Por señalar un punto, es probable que no sea la elección presidencial el mejor momento para votar consejeros para el Consejo. En ellas el fervor partidario –plausible– se concentra en las fórmulas para Presidente y Vicepresidente y la selección de consejeros quedaría en un lugar apartado de la observación popular. Más conveniente parece que fuera en las elecciones de medio término que se diriman las preferencias populares, con menos ruido y mejor observación puntual.

Tal vez sea conveniente establecer que la representación de los científicos y académicos incluya de origen económico, salud, educación, medio ambiente y ciencias duras.

Tenemos la convicción de que un rol muy importante deben jugar quienes, vinculados a la administración de justicia e inclusive perteneciendo a ella, desde hace años, incluyendo el sufrimiento de una persecución mediática estigmatizante y con efectiva eficacia destructiva del período neoliberal de Cambiemos, han continuado con constantes aportes constructivos tras una democratización de la administración de justicia, como es el caso de Justicia Legítima.

Pero decenas de propuestas mejoradoras son posibles. Lo crucial es convocar desde ya al debate, con amplia participación popular, porque de lo que se trata es de cumplir con la Constitución y ensanchar la democracia del pueblo, por el pueblo y para el pueblo.

Mesa 10

***Lawfare* y sindicalismo. Los trabajadores y las trabajadoras como actores/as necesarios/as para detener el *lawfare* en Latinoamérica**

Itati Cruciani

María Eugenia Cassani

María Tránsito Urueña Russo

Andrés Murad - Federico Adler

ITATI CRUCIANI

La acción sindical y el pleno ejercicio de los derechos laborales de las trabajadoras y los trabajadores del Poder Judicial, Ministerio Público Fiscal y Ministerio Público de la Defensa de la Nación como condición indispensable para desarticular la Guerra por la Vía Judicial (*Lawfare*) en el Poder Judicial de la Nación

El *lawfare*, o guerra por la vía judicial, aquí es desplegada por una organización para-institucional de entramado complejo, conservadora del poder oligárquico que opera en Argentina, con fines estrictamente antidemocráticos.

Esta organización, está compuesta por grupos económicos concentrados vinculados a capitales financieros que son transnacionales (y operan por medio de *Task Force* o grupos de tareas *lobbistas*), medios de comunicación corporativos, y una parte del poder judicial nacional principalmente.

El accionar de esta organización tiene graves consecuencias en la Argentina, fundamentalmente en el ejercicio de los derechos sociales, económicos y políticos de los ciudadanos y las ciudadanas, debido a que una de las características estructurales de esta organización es utilizar métodos por fuera de la ley y francamente contrarios a la legalidad, que atacan directamente libertades y patrimonios como actos de disciplinamiento, asemejándose al ejercicio de una Doctrina de la Seguridad Nacional Renovada.

Parte de los métodos utilizados por esta organización, son los que se engloban en lo que se conoce como “judicialización de la política”, protagonizados tanto por actores vinculados a una estructura judicial conservadora del poder oligárquico, junto a

periodistas, comunicadores, líderes de opinión pública, fuerzas de seguridad, embajadas y agentes de inteligencia locales y extranjeros.

Además de ello, abusan de prisiones preventivas, las declaraciones premiadas o de arrepentidos (incluso coaccionadas), la violación de las garantías del debido proceso, el acoso mediático, y condena mediática sin condena judicial.

Se presenta una evidente sincronización entre sucesos que ocurren o están por ocurrir en estrados judiciales, con el actuar de los grupos mediáticos corporativos. Muchas veces en Argentina, se ordenan y efectivizan allanamientos, imputaciones, procesamientos y prisiones preventivas transmitidas en vivo y en directo a días de que se celebren comicios electorales.

Además de los ejemplos nombrados, también hemos atestiguado allanamientos ilegales de locales político/partidarios o domicilios de militantes, persecución, amenazas; y criminalización de la protesta social y de la militancia política, a través de multas y procesos penales iniciados a dirigentes sindicales, por ejemplo, en el marco de protestas ante suba de tarifas.

Entonces cómo se manifiesta el *lawfare*? Con constantes violaciones a los más elementales derechos humanos por medio de la utilización de herramientas judiciales y jurídicas que no fueron diseñadas con esas finalidades, constituyéndose la Guerra por la Vía Judicial en uno de los instrumentos más elegidos actualmente por los grupos concentrados de poder para desgastar, degradar, horadar, el Estado de derecho, debido a que el pleno imperio del Estado de Derecho obstaculiza la creciente concentración de riqueza.

Además de las consecuencias que recaen sobre la ciudadanía y dirigentes que luchan por el pleno ejercicio de los derechos sociales, **también tiene graves consecuencias hacia el interior del Poder Judicial de la Nación, principalmente para sus trabajadores y trabajadoras que padecen cotidianamente prácticas medievales desplegadas y sostenidas jerárquicamente, por carecer de los instrumentos legales mínimos y adecuados que consagren sus derechos laborales.**

En este sentido, el factor determinante que permite hacia adentro el funcionamiento y ejercicio de estas estructuras de poder fuertemente antidemocráticas, es el hecho de que a los trabajadores del Poder Judicial Nacional les es imposible paritar libre y democráticamente sus salarios y condiciones de trabajo con sus empleadores (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Procuración General de la Nación y Defensoría General de la Nación).

Ello implica que nuestros salarios y condiciones laborales dependan exclusivamente de la voluntad de dichas cabezas de organismos, ya que además carecemos de Convenio Colectivo de Trabajo, siéndonos aplicable el Reglamento Para la Justicia Nacional del año 1953, que organiza la justicia pero NO CONSAGRA DERECHOS NI CONDICIONES

LABORALES, ni siquiera los pisos mínimos previstos en las leyes y decretos del empleo público.

De esta manera, en caso de que pretendamos que se nos reconozca judicialmente algún derecho conculcado, debemos litigar ante lo contencioso administrativo federal, siendo nuestros propios empleadores (magistrades) quienes decidirán en la contienda.

Esta misma carencia de reglamentación laboral genera que no haya capacidad de ascenso en muchas jurisdicciones, las cuales quedan completamente estancadas dependiendo de la voluntad que tengan o no cada una de las cabezas que ocupe circunstancialmente cada organismo, de aplicar una política racional de Recursos Humanos que responda a criterios objetivos. Y por racional me refiero a no alienante.

Del mismo modo, en el **ejercicio del poder disciplinario** se observan prácticas antidemocráticas y discrecionales, donde generalmente no se instruyen sumarios en los que les trabajadores tengan la posibilidad de defensa sino que se aplican sanciones arreglamentarias, siendo la más común de ellas, el traslado a dependencias menospreciadas por las jefaturas, recordándonos al ostracismo de la antigua Grecia. O sea, aplican penas que se utilizaban en el siglo V antes de cristo.

Del mismo modo, para evaluar la conducta y trabajo de les dependientes, aplican similares criterios discrecionales quedando como única vía para lograr evaluaciones favorables **adecuar la conducta personal de modo tal que logre ingresar en los círculos de confianza de les magistrades**, no bastando con la realización de un buen y dedicado trabajo.

En los órganos que integran el Poder Judicial de la Nación reina la discrecionalidad en una multiplicidad de órdenes que a su vez genera gran desigualdad entre las distintas jurisdicciones en la aplicación de criterios que orienten la actuación de les magistrades, empleades, y de estos con la comunidad de todos aquellos que acudan a la justicia (políticas diferenciales de víctimas, de testigos, de atención al público, etc.).

Estas son las características del Poder Judicial de la Nación que lo erigen en perfecto caldo de cultivo para que se desarrolle la Guerra Por Vía Judicial en la Argentina.

Consideramos que la acción de les trabajadores judiciales organizados en sus sindicatos y el ejercicio pleno de los derechos laborales que nos corresponden, son elementos fundamentales para desarticular a través de la acción política y democrática este entramado ilegal que opera en nuestro país, que también se expresa en la férrea resistencia de parte del poder judicial a cualquier tipo de modificación democrática que intente realizarse.

Es la forma de romper las estructuras y lógicas internas de poder conservador, para que el poder que ostenten quienes ocupan los cargos jerárquicos de este poder del estado, sea democrático. Si se reduce el ámbito de discrecionalidad irracional que hoy poseen,

se ampliará el ámbito de libertad y dignidad de los trabajadores, repercutiendo de manera directa en el servicio de justicia que ofrecemos a la ciudadanía.

El Poder Judicial y los Ministerios Públicos Nacionales, serán más democráticos si tenemos **convenio colectivo de trabajo en el sector para poder discutir con los “titulares” del poder y así distribuirlo hacia adentro**, transparentando mecanismos efectivos que rompan el corporativismo.

En el mismo sentido, lograr el cumplimiento inmediato de las leyes que prevén **el ingreso democrático e igualitario al Poder Judicial de la Nación**, permite una integración de los poderes judiciales, con mayor diversidad socioeconómica, étnica, de género. Permite un sistema más participativo, diverso y con criterio federal.

Lograr la **federalización de los concursos públicos en los diferentes escalafones** llevaría también a que por ejemplo las jerarquías de las jurisdicciones que funcionan en las provincias, no sean ocupados en su mayoría por personas que provienen de la Ciudad de Buenos Aires, donde se concentra casi la totalidad de la oferta de posgrado del país a la cual desde las provincias solo podemos acceder cuando gozamos de un muy alto poder adquisitivo.

Estas y otras iniciativas pueden y deben discutirse a la hora de diseñar e implementar mecanismos que permitan identificar y sancionar prácticas reñidas con el Estado de Derecho como las que mencioné.

Lo importante es que no nos quedemos en la hipótesis, sino que nos demos la tarea de pensar y diseñar un plan de acción con estos objetivos estratégicos, pero fundamentalmente desarrollar cuales serán los aquellos objetivos tácticos que debemos construir para impulsar con toda la fuerza política posible las transformaciones en este poder del estado.

Es tiempo de entablar una etapa de un amplio y profundo diálogo social para decidir que Poder Judicial de la Nación queremos, y cuáles son los principios y valores que deben sustentarlo, en el marco de nuestro Estado Democrático de Derecho.

No hay soluciones mágicas, pero proponemos que **cualquier discusión al respecto cuente con la imprescindible participación de los trabajadores de la justicia**, que ven desde adentro los procedimientos más antidemocráticos, pero también somos quienes desde adentro más luchamos por transformarlo.

MARÍA EUGENIA CASSANI*

Reforma judicial feminista para detener el *lawfare*

En los últimos años, dos grandes temas irresueltos surgen en agenda cuando se habla de “poder judicial” en la Argentina. Por un lado, el *lawfare*. Por el otro, la necesidad de una reforma judicial, a la que se agrega que debe ser de carácter feminista. Ahora bien, ¿se puede relacionar la lucha contra el *lawfare* con el proyecto de una “reforma judicial feminista”? ¿Los avances en materia de equidad de género podrían impactar positivamente en el refuerzo de los derechos humanos y las garantías constitucionales, tan vapuleadas por el “terrorismo” judicial-mediático?

Para intentar una respuesta a estas preguntas, o al menos algunos ejes para pensar el asunto, en primer lugar se debe definir, aunque sea a grandes rasgos sin pretensión de completitud, qué se entiende por cada concepto.

Así, el *lawfare* es un mecanismo de falsedad y persecución que opera en Latinoamérica mediante la coordinación de tres factores: los grupos económicos transnacionales, los medios de comunicación corporativos y una parte del poder judicial.

Este entramado complejo de relaciones permite, por un lado, la judicialización de la política y, por otro, el protagonismo de actores vinculados al aparato judicial, así como también “periodistas”, “comunicadores”, líderes de opinión pública, fuerzas de seguridad, embajadas y agentes de inteligencia locales y extranjeros que buscan debilitar a líderes populares.

Como manifestaciones características puede mencionarse el abuso de prisiones preventivas, las declaraciones premiadas o de arrepentidos, la violación de las garantías del debido proceso, acoso mediático, condena mediática aun sin condena judicial, allanamientos ilegales de locales político-partidarios o domicilios de militantes, persecución, amenazas a allegados, exilios, criminalización de la protesta social y de la militancia política, entre

(*) Trabajadora del Ministerio Público de la Defensa de la Nación. Lista azul y blanca, SITRAJU RA. Abogada (UBA). Maestranda en DDHH (UNLa). Ayudante de 2da de “Elementos de Derecho Penal y Procesal Penal”, Cátedra Alagia, Facultad de Derecho, UBA.

otras⁽¹⁾. Es decir, constantes violaciones a los más elementales derechos humanos. Esto porque, en cualquier caso, la finalidad última del *lawfare* no es otra que la de “destruir el Estado de derecho, porque obstaculiza la creciente concentración de riqueza”⁽²⁾.

El *lawfare* no es más, ni menos, que la herramienta utilizada por los “poderes fácticos” para eliminar adversarios/as que presentan y representan alternativas populares y democráticas de redistribución progresiva de la riqueza y ampliación de derechos.

Al respecto, no debe perderse de vista que, si bien es un tema del que apenas en los últimos años se habla más fluidamente –y sólo en algunos sectores–, el *lawfare* acompaña todo el desarrollo de nuestra historia⁽³⁾.

Sin embargo, actualmente, las nuevas tecnologías de la comunicación, la facilidad para la difusión de “fake news” –noticias falsas– y la capacidad de penetración en grandes audiencias, sumado al fracaso de las intervenciones armadas, hacen del *lawfare* el método más elegido por los grupos concentrados de poder para horadar el Estado de derecho⁽⁴⁾. Así, en el presente, podemos pensar en los casos de “operaciones” de resistencia anti-democrática –muchas veces destituyente y golpista– de los sectores concentrados de poder frente a gobiernos y líderes/as populares que han avanzado en la conquista de derechos y la consecuente quita de privilegios para dichos sectores. A modo de enumeración solamente, los casos contra Dilma Ruseff y Lula en Brasil, contra Lugo en Paraguay, contra Correa en Ecuador, y en nuestro país contra Cristina, Milagro Sala y otras integrantes de la Tupac Amaru, contra Zannini, D’Elia, Larroque, Kicillof, Boudou, Timerman y otros.

La característica fundamental de este “proceso” de *lawfare* que nos interesa aquí es el rol de uno de los tres poderes del Estado: el Poder Judicial, los poderes judiciales, más bien, que se erigen como brazo ejecutor de la referida persecución, afectando la división de poderes republicana y la democracia, generando profunda incertidumbre y desconfianza, además, en la población en general, que deja de ver en el poder judicial el lugar donde hacer valer sus derechos⁽⁵⁾.

(1) Ver <https://www.celag.org/observatorio-lawfare/>.

(2) Zaffaroni, E. Raúl, Prólogo en ROMANO, Silvina M. (comp) (2019), *Lawfare*, guerra judicial y neoliberalismo en América Latina, Celag, Editores Mármol Izquierdo.

(3) Un ejemplo claro se ve el libro de BIELSA y PERETTI (2019), citado en la bibliografía. También puede recordarse lo ocurrido a Yrigoyen, las denuncias contra Perón, y los múltiples casos “anónimos” –y no tanto– de dirigentes perseguidos /as y encarcelados/as por su activismo con el aval del poder judicial.

(4) Bielsa, Rafael y PERETTI, Pedro (2019).

(5) Ver conclusiones de <http://proyectogenerar.com/wp-content/uploads/2021/07/Conclusiones-Foro-1.pdf>, un encuentro que, en su gran mayoría, hizo foco en como la sociedad entiende y percibe al poder judicial en general, de manera amplia y sin adentrarse en las complejidades de éste y en lo falaz de hacer un análisis homogeneizante de los poderes judiciales y de sus integrantes. Pero, a modo de ejemplo: “[m]uchxs participantes expresaron la idea que la justicia ‘representa a los ricos en nuestro país y en toda Latinoamérica’, ‘el *lawfare* deslegitima toda acción de justicia, constituyendo una forma de persecución’, ‘La investidura, de la que gozan magistrados y magistradas, ha sido desnaturalizada, y utilizada a lo largo de los años para que funcione como impermeable al dolor, a las desigualdades

La pregunta entonces es: ¿cómo se detiene esta práctica? Sabemos que no todos los actores dentro de los poderes judiciales son permeables al *lawfare*. Pero sí lo son muchos de ellos y, sobre todo, quienes detentan mayor poder de decisión. Nuevamente una pregunta, entonces: ¿quiénes son los que ocupan los cargos más altos?

Al responder esta pregunta, chocamos en la realidad con un patrón de evidente desigualdad distribución del poder por razones de género. En su enorme mayoría, quienes detentan los cargos más altos en las diversas estructuras de los poderes judiciales, son varones, si bien la mayoría de las personas que trabajan en dichos ámbitos son mujeres y también las más calificadas⁽⁶⁾.

Estas personas, que no pocas veces llegan a su cargo por el único mérito de ser varones en una sociedad patriarcal, son quienes dictarán resoluciones y tendrán prácticas persecutorias ilegales por mandato mediático de los poderes económicos concentrados.

Ahora bien, ¿cómo se democratiza el acceso a los lugares de poder de modo que el poder judicial no se comporte como una corporación representante de intereses alejados de las demandas y necesidades populares? Esta pregunta nos lleva al otro concepto de esta presentación: la reforma judicial feminista. ¿Podría la equidad de género dentro del poder judicial ser una de las soluciones para transparentar los mecanismos efectivos de poder dentro de la institución estatal en cuestión?

Primero, tenemos que saber a qué nos referimos cuando hablamos de “reforma judicial feminista”. Es un concepto muy amplio que se utiliza socialmente sin conseguir hasta ahora darle un marco o contenido coherente, heterogéneo pero con ejes rectores. Y esto es un problema para avanzar en reivindicaciones y transformaciones: porque no se sabe muy bien qué es reforma judicial, sólo se sabe que es algo distinto a lo que existe. Y el concepto se “rellena” con todo y todo, entonces, es también nada.

Sin embargo, la complejidad del tema no es obstáculo para las Mujeres Judiciales sindicalizadas para definir los problemas y proponer soluciones intra poderes judiciales que redundan no sólo en beneficios para sus representadas y representados, sino para la relación del poder judicial con la sociedad toda. Así, han señalado que “...nos pronunciamos por los necesarios cambios que el sistema judicial requiere en clave Feminista. Desde hace años las trabajadoras judiciales y nuestras organizaciones sindicales

estructurales y necesidades de lxs justiciables. La burocracia judicial y los tiempos lentos de la justicia actual afectan a causas relacionadas con las mujeres, y diversidades, incurriendo por parte del poder judicial en la violencia institucional, sin perjuicio del periplo que padecen cuando acuden al poder judicial en búsqueda de justicia”. En general, también en los planteos que pueden observarse en manifestaciones sociales varias y en documentos, existe una gran desconfianza en los poderes judiciales y estos se encuentran profundamente deslegitimados.

(6) -A modo de ejemplo, se pueden ver los siguientes mapas de género de la Oficina de la Mujer (OM) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN): https://om.csjn.gov.ar/mapagenero/login/mostrar-Login.html?jsessionid=tni0q-N-OzdU0D40SYu4cYgOUWVfpTvN8URx7omKZrDvU_AOPGtR!446669541 y <https://www.csjn.gov.ar/om/mgr/index.html>.

venimos estableciendo como agenda propia mejorar la calidad en el servicio de justicia, a través de una mirada igualitaria de género, aunando voluntades y estableciendo propuestas concretas que tiendan a su realización. Sabemos que también es una demanda urgente de la sociedad y principalmente del movimiento feminista que lucha por una vida con igualdad de derechos y condiciones entre todas las personas, que se establezca como prioridad dar respuesta a la población más vulnerable. Nosotras formamos parte del sistema judicial y nos hemos dado la tarea de hacer hasta lo imposible por intentar cambiarlo. Somos trabajadoras y trabajadores de distintos poderes judiciales y/o ministerios públicos de nuestro país que conocemos y, muchas veces, padecemos desde dentro la cultura conservadora, patriarcal, rígida, sin rendición de cuentas a nuestro Pueblo, con prejuicios de género y de clase. Denunciamos día a día las discriminaciones, violencias y el avance en la precarización de nuestras condiciones laborales y luchamos por sortear los obstáculos dispuestos en el acceso a la justicia para las mujeres y las [diversidades] [...] Son muchos años de consolidación de este sistema y, por ello, entendemos que no hay día D ni soluciones mágicas para las profundas transformaciones que requiere uno de los poderes del Estado, el menos democrático y el más alejado de la gente, y con una enorme crisis de legitimidad social. Es tiempo de discutir las reformas que queremos. Porque siempre es tiempo de discutir los principios y valores de los cuales no puede apartarse ningún poder público, en un Estado Democrático de Derecho. Creemos fervientemente que es necesaria y urgente la incorporación en los Poderes Judiciales Federales, Provinciales y de CABA de la perspectiva de género y de derechos humanos, siendo hoy día muy dispares los avances en este sentido. Consideramos que hacia dentro de los Poderes Judiciales deben producirse cambios sustantivos incorporando a lxs trabajadorxs a ámbitos de decisión, creando espacios de negociación colectiva y discusión paritaria. Es urgente que se interpele a la institución, también en su carácter de empleadora, para el cumplimiento de los derechos laborales básicos [...]. Estamos convencidas [de] que con una organización sindical fortalecida se mejoran ampliamente las condiciones de trabajo y por ende, se mejora la calidad de la administración de justicia que se brinda. [...] Debemos bregar por una estructura organizacional en los poderes judiciales que propicie la igualdad de género y que achique la brecha existente hoy, donde los cargos jerárquicos superiores son ocupados en su mayoría por hombres, siendo el sistema de justicia uno de los poderes en donde más se evidencia el indeseado techo de cristal. [...] [N]os encontramos ante una coyuntura histórica pocas veces vista: el poder judicial se muestra claramente como herramienta del poder conservador, racista y clasista de nuestro país. Su deslegitimación producto de algunos 'operadores' exponentes internos y externos, las corporaciones enquistadas y su falta de respuesta a los problemas reales y cotidianos de la población, han dañado su institucionalidad y ello reviste de un peligro enorme para toda nuestra democracia..."⁽⁷⁾.

(7) Documento de Mujeres Judiciales para el Ni Una Menos del 3 de junio del 2021.

En el último párrafo se pone de manifiesto como ciertos exponentes de este poder conservador y patriarcal se desvían de las funciones que la Constitución les impone en pro de los espurios intereses de sectores privilegiados del país, sin dar respuesta a las necesidades y reclamos de la sociedad, dándole la espalda y deslegitimándose con ella.

Y la propuesta de las trabajadoras es buscar una distribución más equitativa del poder entre los géneros en los poderes judiciales de modo tal que se traduzca en una relación más equitativa entre el poder judicial y la sociedad, particularmente entre el poder judicial y las mujeres que se acercan a éste para hacer valer sus derechos.

Aquí es dónde la lucha contra el *lawfare* y la búsqueda de un poder judicial con equidad de género se encuentran. Así como desde el feminismo –intra y extra poder judicial– se lucha por una distribución más equitativa del poder entre los géneros, el avance del *lawfare* también implica una disputa por el poder, que se desarrolla en el ámbito judicial como campo de batalla. Para detener las prácticas antidemocráticas de *lawfare* se requiere una democratización, precisamente, del poder judicial. Lo contrario al *lawfare* es un poder judicial democrático y respetuoso del Estado de Derecho y la pugna por una distribución equitativa del poder dentro de estos poderes del estado no es más que una manera de democratizarlo y, con ello, hacerlo compatible con el respeto de los derechos humanos.

Entonces, para cuestionar las estructuras de poder y su distribución interna dentro del Poder Judicial son indispensables los avances en materia de equidad de género, que permitan redistribuir el poder y escuchar otras voces y prácticas.

La “reforma judicial feminista” será, por tanto, uno de los ejes a trabajar para democratizar el poder judicial y ponerle un freno a las prácticas autoritarias, antidemocráticas y patriarcales, cuyo gran ejemplo visible es el *lawfare*. Ahora bien, esta reforma no se dará, al menos no necesariamente, con una ley marco integral modificatoria de ciertas prácticas, sino con los pequeños triunfos obtenidos, particularmente, con la lucha de las trabajadoras organizadas. Así, se pueden enumerar varias conquistas sindicales que allanan el camino para una mayor equidad: licencias por violencia de género, licencias únicas por nacimiento, inclusión laboral travesti-trans, lactarios, juicios por jurados, exámenes de ingreso y carrera judicial, capacitaciones obligatorias en género, entre otros. La “reforma judicial feminista” son estos pequeños pasos que, al darse, cuestionan estructuras de poder y, entonces, también ponen en jaque una estructura que habilita a los enquistados perpetradores del *lawfare*.

Por ejemplo, el reconocer la potestad a las trabajadoras que sufren violencia –porque en su mayoría son mujeres– de denunciarla cuando es interna o de gozar de una licencia cuando la sufre en otros ámbitos⁽⁸⁾ permite no sólo un avance en el reconocimiento del

(8) Deuda pendiente en el ámbito del poder judicial nacional, no así el MPD y MPF. Sitraju RA ha hecho el pedido para que se reconozca dicha licencia, que aún no ha obtenido respuesta.

derecho individual de la persona en cuestión, sino también el “empoderamiento” de quienes trabajan en el poder judicial: el reconocimiento de la desigualdad generalizada y de que, frente a ella, existe un derecho y posibilidad de reclamo, podrá implicar contar con operadoras cuya mayor concientización, conocimiento y empatía con las situaciones de violencia de género redunde en un accionar más operativo en la búsqueda de romper barreras para garantizar el verdadero acceso a la justicia y el otorgamiento de respuestas oportunas ante la violación de derechos de otras tantas mujeres que se acercan al sistema de administración de justicia. Un sistema de justicia que reconoce internamente la existencia de la violencia de género y las consecuencias discriminatorias de ésta es más permeable a ofrecer un mejor acceso a la justicia para todas esas mujeres y diversidades que se acercan a en busca de ayuda, contención y solución a sus propios padecimientos de violencia de género⁽⁹⁾.

Y así, es mayor el respeto por los derechos humanos y se genera una ampliación democrática, que pone en jaque la distribución en pocas manos del poder real dentro de los poderes judiciales, recortando así la permeabilidad de sus actores a prácticas ilegales e ilegítimas como el *lawfare*.

Como un avance sustancial, se puede hacer referencia a un logro reciente en el marco del Poder Judicial de la Nación: la creación de un Registro Público de denuncias presentadas contra magistrados/as por situaciones vinculadas a violencia de género⁽¹⁰⁾. Por resolución 8/2021⁽¹¹⁾ del Plenario del Consejo de la Magistratura, se creó el mencionado registro, en el cual la primera denuncia, de fecha 23/3/2021, fue presentada por SITRAJU RA⁽¹²⁾, es decir, por los propios trabajadores y trabajadoras judiciales, cuestionando las prácticas internas del poder en el que se desempeñan. Se discute la legitimidad de ciertos personajes para continuar ocupando su cargo, se discute su permanencia, se exigen límites, se controla internamente y se habilita el control público más amplio y abierto.

En una esfera donde el poder circula sólo entre unos pocos, en su mayoría hombres, no es sorprendente entonces que sean éstos tanto quienes perpetran el *lawfare* como las peores prácticas patriarcales dentro de la institución estatal. Se mezclan las prácticas ilegítimas. Frente al avance de derechos populares (movimientos nacionales y populares), el *lawfare*. Frente al avance de derechos populares (feminismo), las prácticas machistas exacerbadas. No dejar pasar estas prácticas y denunciar es una forma de limitarlas, de bregar por otro tipo de distribución del poder y por otras personas, nuevas, comprometidas con los derechos humanos, en cargos jerárquicos.

(9) Cassani, María Eugenia (2020).

(10) <https://consejomagistratura.gov.ar/index.php/registro-publico-de-denuncias-presentadas-contra-magistrados-y-magistradas-por-situaciones-vinculadas-a-violencia-de-genero/>

(11) <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/241646/20210310>

(12) <https://registro-res-cm-8-2021.pjn.gov.ar/>

¿Podría acaso, tomando el ejemplo mencionado, pensarse también en un Registro Público de denuncias contra magistrados/as que perpetren prácticas de persecución judicial ilegal? Estas y otras iniciativas pueden y deben discutirse a la hora de pensar una reforma del sistema de administración de justicia que resulte verdaderamente respetuoso de los derechos humanos y permita identificar y sancionar prácticas reñidas con el Estado de Derecho como lo es el *lawfare*.

Este pequeño desarrollo trae más interrogantes que respuestas para erradicar las prácticas de *lawfare*. Sin duda su multicausalidad también amerita múltiples ejes para ponerle un freno. Muchos de ellos, relacionados con la necesidad de profundas transformaciones internas y estructurales del poder judicial y en la formación de sus actores/as. Una de estas, la necesidad de avances en términos de equidad de género, que al democratizar los poderes judiciales son, consecuentemente, una herramienta para enfrentar el desarrollo del *lawfare* y para construir un poder judicial respetuoso de los derechos humanos y al servicio del pueblo, que es quién más lo necesita.

Sabemos, entonces, que los avances en materia de equidad de género dentro de los poderes judiciales están implicando un cimbronazo para las estructuras y personajes enquistados en sus cargos, sordos a los reclamos de la sociedad que necesita poderes judiciales que menos se ocupen de perseguir ilegalmente y más de garantizar derechos. El camino no es del todo cierto y es claro que falta un largo trecho para conseguir el Poder Judicial, los poderes judiciales, que nuestra Constitución misma manda. Pero la voz de las trabajadoras y trabajadores organizados, que en su labor diaria trabajan por brindar un servicio de justicia respetuoso de los derechos humanos enfrentándose a los vastos sectores que promueven el *lawfare* y hacen sus mejores esfuerzos por evitar una reforma judicial que democratice sus prácticas, debe ser escuchada cuando se trata de discutir las prácticas dentro del poder judicial, la relación de este poder con los demás poderes y con la sociedad en general.

Son los sindicatos quienes tienen el rol de organizar esa voz, convertirla en acciones que transformen la realidad tanto para sus representados/as como para el conjunto social. Son los actores directos para conseguir, dentro de las fauces de los poderes judiciales, reformas como las mencionadas, que discuten y dinamizan la distribución del poder dentro de este poder del estado. Son un actor necesario, no el único, pero sí fundamental, para conseguir la democratización de los poderes judiciales y detener el *lawfare* en América Latina.

Referencias

Bielsa, Rafael y Peretti, Pedro (2019), *Lawfare, guerra judicial-mediática desde el primer centenario hasta Cristina Fernández de Kirchner*, editorial Ariel.

Cassani, María Eugenia (2020), "El Derecho A La Licencia Por Violencia De Género. Una Medida De Protección Especial Para Las Trabajadoras En Reconocimiento De Una Realidad Laboral Históricamente Invisibilizada", en Herrera, Marisa, Fernández, Silvia y De La Torre, Natalia (dir.), Tratado de géneros, derechos y justicia. Derecho penal y sistema judicial. Tomo I, editorial Rubinzal-Culzoni.

Romano, Silvina (comp.), Celag (2019), *Lawfare. Guerra judicial y neoliberalismo en América Latina*, Mármol Izquierdo editores.

Romano, Silvina y Vollenweider, Camila, *Lawfare. La judicialización de la política en América Latina*, Celag, disponible en: <https://www.celag.org/wp-content/uploads/2017/03/LawfareT.pdf>

Documento de Mujeres Judiciales para el 3 de junio (Ni Una Menos) del 2021.

Conclusiones del primer foro federal hacia una reforma judicial feminista (2020), disponibles en: <http://proyectogenerar.com/wp-content/uploads/2021/07/Conclusiones-Foro-1.pdf>.

MARÍA TRÁNSITO URUEÑA RUSSO*

Por un Poder Judicial democrático, igualitario y al servicio del pueblo

Introducción

En los últimos años, en nuestro país y también en otros países de Latinoamérica (principalmente, Brasil) hemos visto como han ocurrido situaciones que afectaron la vida institucional de los Estados, principalmente su organización democrática. Hemos podido observar, asimismo, cómo se han perseguido dirigentes populares y como también, a partir de un entramado de causas judiciales acompañado –o a veces precedido– de información incompleta o falsa reproducida hasta el hartazgo por los medios hegemónicos, se ha buscado y muchas veces se ha logrado influir en la voluntad popular. **Hemos sido, en otras palabras, en testigos/as del *lawfare* que se hizo realidad en nuestros pueblos latinoamericanos**, mecanismo que sigue aún hoy vigente.

Entendemos al *lawfare*, o guerra judicial-mediática, como un mecanismo de falsedad y persecución contra dirigentes/as populares (políticos mayoritariamente, pero también sindicalistas, de organizaciones sociales, etc.) que opera en Latinoamérica gracias a la coordinación de tres factores: los grupos económicos transnacionales, los medios de comunicación corporativos y una parte del Poder Judicial.

Nos excede analizar en esta ocasión el aporte que realizan los grupos económicos o los medios de comunicación, pero sí podemos, en tanto trabajadoras/es judiciales, analizar el rol que cumple el Poder Judicial y también proponer cuáles serían las modificaciones que, a nuestro criterio, se podrían realizar hacia adentro de este poder del Estado. En función de esto último, entonces, el análisis que proponemos se encuentra enfocado en la justicia federal y nacional, más precisamente en la Corte Suprema de Justicia y toda la organización del Poder Judicial que de esta depende.

(*) Secretaria General de Sitraju RA. Abogada (UNT). Especialista en Derecho de Familia (UNR). Trabajadora judicial en la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán.

Si bien hay una exigencia respecto a que el Poder Judicial sea democrático y esté al servicio del pueblo, nuestro aporte en esta discusión estará abocado especialmente a las transformaciones que se necesitan llevar adelante hacia adentro del Poder Judicial y a cómo se relaciona con quienes lo integramos, que somos en número la mayoría de quienes conformamos este Poder Judicial: los y tras trabajadores/as. Nuestro análisis, entonces, parte de la premisa de que es **imposible que este Poder pueda ser democrático con la sociedad cuando no lo es hacia su interior con quienes lo componemos**.

No se trata de otra cosa que discutir sobre la distribución del poder dentro del poder, discusión que –entendemos– está fuertemente vinculada al *lawfare*: porque como sociedad no sabemos quiénes son los jueces y las juezas que integran el Poder Judicial, no conocemos sus rostros, no sabemos sus posiciones políticas (ideológicamente hablando, ya que sabemos que las tienen pero que se excusan en una falsa y mal interpretada independencia) y muchas veces nos encontramos con situaciones en donde definen cuestiones jurídicas de manera contraria a derecho, más guiados por presiones externas, es decir, por presiones del poder real. En este sentido, podemos llegar a conseguir las mejores normas sancionadas por el Congreso Nacional, producto de los mayores consensos, y ver cómo esa norma nunca llega a aplicarse (como sucedió con la ley de ingreso democrático) o es dejada sin aplicación por una decisión judicial (como ocurrió con la Ley de Medios o con la ley que estableció la creación del Registro Nacional de Trabajadores y Empleadores Agrarios –Renatea–).

Estamos convencidos/as de que es necesaria una reforma profunda del Poder Judicial como también de que se necesitan transformaciones estructurales, muchas de las cuales forman parte de los reclamos que los trabajadores y trabajadoras plantean a la hora de discutir una mayor distribución del poder hacia dentro del Poder Judicial. Escribimos estas reflexiones, en suma, desde el convencimiento de que la democratización del Poder Judicial colaboraría en la construcción de un poder no permeable a las influencias de los poderes dominantes y cumpliría así su verdadero fin: resolver los conflictos y garantizar la plena vigencia de los derechos de los y las justiciables.

El *lawfare* en nuestro país

Ya hace tiempo, cuando transcurría su segundo mandato como presidenta de nuestro país, la hoy vicepresidenta Cristina Fernández de Kirchner hablaba de la “tríada destituyente”, lo que no era otra cosa que referirse al tema que estamos analizando en este trabajo: el *lawfare*.

Lamentablemente, podemos decir que aún hoy sigue plenamente vigente en Argentina. Y eso porque está orquestado por sectores que no integran ni el Poder Legislativo ni el Ejecutivo, poderes que dependen de la elección por parte de nuestra sociedad cada cierto periodo de tiempo. Cabe señalar en esta instancia que el cambio de gobierno no

modifica lo que depende de un poder real, y es lo que sucede con el *lawfare*, que está amparado por tres “patas” inamovibles en lo sustancial a pesar de los cambios de gestión. Por eso aún hoy podemos ver cómo se desarrolla la persecución política, judicial y mediática hacia líderes y dirigentes que defienden los intereses populares y que al hacerlo colisionan contra los intereses de los grupos de poder. Por eso hoy también nos podemos encontrar con noticias que hablan de una “gestapro”, sin que ello cause sorpresa.

Entonces, es contra los/las dirigentes políticos, sociales o sindicalistas que pretenden llevar adelante discusiones en búsqueda de lograr la adquisición o protección de derechos sociales y laborales; que buscan ampliar derechos para los sectores más postergados de nuestra sociedad –para quienes pretenden de verdad que se logre una redistribución de la riqueza– contra quienes el poder fáctico se defiende porque a estos sectores esos reclamos les molestan.⁽¹⁾ Es ahí entonces cuando aparecen causas judiciales con pruebas que se suponen que existen pero que después no son tales, como también surgen “arrepentidos” que atestiguan en causas judiciales y después muchas veces se desdicen; o también sucede que cuando se analiza el expediente judicial las pruebas no existen. Pero a esta altura eso ya no tiene importancia para la sociedad porque los medios de comunicación hicieron su trabajo influyendo en la formación de su opinión al respecto.

Cabe señalar, además, que todas o la mayoría de las causas del *lawfare* terminan en la Corte Suprema porque es la cabeza del Poder Judicial y, por ende, la responsabilidad de sus integrantes es clara. Por eso resulta tan importante que toda la sociedad participe en espacios de análisis y tratamiento del *lawfare* y sus consecuencias, es decir, pueda reflexionar sobre qué consiste, cómo se articula, qué lo posibilita, quiénes son sus actores y cuáles son las acciones que podrían realizarse.

Ahora bien, como trabajadores/as judiciales vemos como en los últimos años el desprestigio del Poder que integramos ha venido en crecida por la falta de credibilidad, generada por conductas improcedentes y antidemocráticas de algunos magistrados/as, como también por su demora en resolver conflictos y por ser permeables a influencias externas. Ese desprestigio no puede atribuirse a la gran mayoría de los integrantes del Poder Judicial, quienes estamos comprometidos con que este sea más democrático, igualitario y al servicio del pueblo. Por eso coincidimos en que se debe recorrer un camino que garantice la real independencia de los jueces y las juezas del poder político y los poderes económicos.

En este sentido, no caben dudas de que son necesarias profundas reformas que no se refieren solo a la forma en la que se llevan adelante los procesos, sino también a

(1) El *lawfare* es una manera de dañar al que piensa distinto políticamente y ello se hace con la intención de dañar su imagen pública y su legitimidad porque ese pensamiento no es beneficioso o no está en línea con lo que piensan o buscan, principalmente, los grupos económicos.

reformas hacia adentro del Poder Judicial, que apunten a su organización. Con este norte deben arbitrarse los mayores esfuerzos para que puedan ser llevadas adelante. Necesitamos un Poder Judicial acorde a las épocas que corren, que brinde confianza y seguridad a los justiciables.

La organización del Poder Judicial de la Nación

La justicia federal y nacional tiene como cabeza a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). Y a partir de la reforma constitucional de 1994 es el Consejo de la Magistratura de la Nación quien está a cargo de la administración del Poder Judicial, además del nombramiento de jueces federales y nacionales a través de concursos públicos y de la remoción de magistrados por mal desempeño.

Hacia dentro del Poder Judicial, quienes formamos parte de este como trabajadores/as, estamos regidos por el Reglamento para la Justicia Nacional –acordada del año 1952– como por la acordada del año 1972 que establece el régimen de licencias. Luego hay un sinnúmero de acordadas que se fueron dictando y que resuelven cuestiones que no estaban establecidas en aquellas acordadas; por ejemplo, la licencia por maternidad por adopción o la licencia por paternidad cuando se extendió a 15 días.

A esta desregulación se suma que no existen oficinas en las dependencias (juzgados, cámaras, tribunales orales), es decir, oficinas de recursos humanos o de relaciones laborales, o alguna otra donde se pueda acudir cuando existe alguna situación que merezca atención: si un trabajador/a quiere discutir un ascenso, denunciar una situación de moobing o de acoso laboral tiene que acudir a sus superiores, al juez/a y/o camarista/a.

Lo que se pretende señalar con todo esto es que las consecuencias de que el Poder Judicial no tenga convenios colectivos de trabajo para los y las trabajadores judiciales –este es el único ámbito de la Administración Pública que no los posee– nos afecta en el día a día, en el ejercicio de cada uno de nuestros derechos. Por ello, regular los derechos de los y las trabajadoras para que discutan con el poder y redistribuir este poder hacia adentro es una forma de transparentar y agilizar mecanismos para que la justicia no se comporte corporativamente. Es fundamental lograr este espacio de discusión porque no existe ningún ámbito de la justicia federal en donde los trabajadores y las trabajadoras se puedan sentar a discutir las condiciones laborales. Entonces, es fundamental y estratégico para democratizar hacia dentro del Poder Judicial poder crear una instancia de negociación donde se discutan y se lleven adelante políticas laborales.

La Federación de Sindicatos de Trabajadores Judiciales (Fesitraju), de la que forma parte nuestro sindicato, presentó en el año 2016 un proyecto de ley de convenio colectivo

para nuestro sector (“Judiciales presentaron proyecto de ley para regular su negociación colectiva”, 23/11/2016) que lamentablemente no consiguió aún tratamiento. A la fecha, solo los trabajadores judiciales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuentan con convenio colectivo.

La ley de ingreso democrático

En abril de 2013, desde el Poder Ejecutivo se presentaron seis proyectos de ley con el objeto de “tener una justicia democrática, transparente y ágil para todos” (Fernández de Kirchner, 2013). Estos proyectos abarcaban la reforma del Consejo de la Magistratura y la elección de sus miembros mediante voto popular, la presentación de declaraciones juradas de magistrados, la reglamentación de las medidas cautelares y –sobre el que nos interesa hablar específicamente– el ingreso democrático al Poder Judicial. Este último proyecto se convirtió en ley: en mayo de 2013 se sancionó la ley 26.861, norma que fue promulgada, publicada y no fue vetada; sin embargo, a la fecha de hoy sigue sin aplicarse por parte de la CSJN, quien se arrogó la reglamentación y, a más de ocho años de su aprobación, aún no la determinó.

Esta ley establece que cualquier persona que quiere ingresar como trabajador/a al Poder Judicial tiene que pasar por un proceso de selección en el que se tomará un examen; a partir de dicho examen todas las personas que lo aprueben pasarán a formar un orden de mérito, y cuando se genere una vacante, se cubrirá con personas que estén en dicho registro.

¿Qué es lo que viene a solucionar esta norma? Básicamente, la facultad discrecional que tienen jueces y juezas de nombrar personal sin ningún tipo de control, sin respetar conceptos de idoneidad, muchas veces saltando por encima del mismo reglamento que impide la contratación de familiares cuando haya una vacante en un determinado juzgado. Cabe señalar que es ese mismo juez/a quien luego también se debe encargar de que la carrera judicial se respete. O sea, tanto el inicio de la relación laboral como su desenvolvimiento dependen del juez/a. Ahora bien, ¿quién regula o controla esto si no existe un convenio colectivo? Por supuesto, ese el rol que se debe cumplir desde los sindicatos, pero sería inocente no asumir que esta desregulación tiene su influencia directa en todo el Poder Judicial.

Esto último puede vivirse de una manera más fuerte en las provincias. También se puede analizar aquí la falta de verdadera federalización en nuestras instituciones. Cabe señalar al respecto que la Corte y el Consejo son instituciones federales pero con asiento físico en la CABA y sin ningún tipo de dependencia en ninguna de las jurisdicciones.

Un dato que no es menor es que, además, en muchas de estas provincias hay fuertes problemas de inserción laboral, poca oferta de trabajos y salarios bajos. Entonces, en

un lugar donde se entra a trabajar por la sola voluntad del/de la juez/a, sin que haya otro requisito más que ese, la elección por parte de esta autoridad hace que esa decisión genere una deuda en la cabeza del/de la trabajador/a, la que muchas veces no se paga solo con trabajo, sino renunciando tácitamente a los derechos más elementales que existen en una relación laboral. En los hechos, esto se traduce en que las situaciones de violencia laboral que suceden no sean atendidas ni mucho menos resueltas y en que la carrera judicial no se respete (y nadie haga nada por eso).

El Congreso sancionó, además, una nueva norma, cuya implementación quedó en manos de la Corte Suprema de Justicia en lo que respecta a su implementación hacia adentro del Poder Judicial nacional y federal: la ley nacional 27.636 que establece que el sector público nacional debe reservar, al menos, 1% de sus cargos y vacantes para personas travestis, transexuales y transgénero.⁽²⁾ Esperamos que no corra el mismo destino que la ley de ingreso democrático que se comentó con anterioridad.

Incorporación de la perspectiva de género

La demanda por una reforma judicial feminista está presente en cada acción que realiza el movimiento de las mujeres de un tiempo a esta parte. Desde luego, esta reforma también la apoyamos e impulsamos las trabajadoras: porque somos a las que nos afecta el techo de cristal, el suelo pegajoso, la vigencia de estereotipos en el ámbito judicial, la violencia y el acoso en el ámbito laboral.

Pero las trabajadoras judiciales estamos organizadas y es desde esta unidad de concepción que logramos con compañeras de otros sindicatos del Poder Judicial emitir un comunicado donde planteamos cuales son los aspectos que entendemos que abarca esta reforma, es decir, de qué se habla cuando hablamos de reforma judicial feminista (Sindicato de Trabajadores Judiciales de la Ciudad de Buenos Aires, 2021).

Pero la realidad es que la Corte hace oídos sordos a estos planteos: las solicitudes presentadas respecto a la implementación del cupo laboral trans, al reconocimiento de la licencia única por nacimiento, a la licencia por violencia de género no encuentran aún respuesta por parte del Superior Tribunal nacional. Es más, y respecto a lo último, es todo un mensaje de parte de la CSJN que a esta altura no haya aún reconocido una licencia por violencia de género para sus trabajadoras, a pesar de las presentaciones efectuadas al respecto.

En distinción a esto, es el Consejo de la Magistratura de la Nación el órgano que en el último tiempo ha venido a responder a las demandas de la sociedad en este aspecto: con la aprobación del Registro Único de Denuncias contra Magistrados/as por Causa

(2) Ley 27.636 de Promoción del Acceso al Empleo Formal para Personas Travestis, Transexuales y Transgénero "Diana Sacayán- Lohana Berkins" (BO, 28/09/2021).

de Violencia de Género,⁽³⁾ con el reconocimiento de la licencia única por nacimiento⁽⁴⁾ (siendo el único sector en la actualidad de nuestro país que cuenta con una regulación de licencias de cuidado en este sentido), regulando el teletrabajo con perspectiva de género⁽⁵⁾ (y en plena pandemia, aun antes de que a nivel nacional se sancione la ley de teletrabajo). Ya antes había modificado la regulación de los concursos, estableciendo no solo la formación obligatoria de parte de los/as aspirantes a magistrados/as en la temática, sino también avanzando en asegurar la participación de las mujeres en los concursos. Sabemos que el hecho de que haya más mujeres en cargos de magistratura no asegura per se que el Poder Judicial sea feminista, pero sí es un piso de igualdad al que tenemos que poder acceder.

Conclusiones

Nuestra sociedad necesita de un Poder Judicial que se repiense a sí mismo. Que se actualice, que se democratice, que sea un Poder Judicial para esta democracia y no en contra de ella. Y en la construcción de este Poder Judicial necesitamos conformar un ámbito en donde se discutan todas estas cuestiones, junto a las organizaciones sindicales, a las asociaciones de magistrados y a las instituciones de la sociedad civil.

El *lawfare* es posible y permeable al Poder Judicial porque este no es democrático, porque no discute, porque no se repiensa, porque no reconoce al sujeto histórico que representa a los y las trabajadores/as que lo integran.

La instalación del *lawfare* en nuestro país ha venido a avasallar derechos, a permitir persecuciones que nada bien hacen a nuestra vida democrática. La actuación del Poder Judicial con la doctrina Irurzun fue un avasallamiento total a la Constitución Nacional y al elemento más básico de la condición humana que es el principio de inocencia.

Por último, hay que transparentar las acciones del Poder Judicial: nuestra sociedad tiene que poder conocer quiénes son nuestros jueces/zas, como piensan, cuál es su ideología.

Sin duda, poder lograr un convenio colectivo de trabajo en el ámbito del Poder Judicial de la Nación contribuirá en este camino de lograr la democratización de este poder del Estado porque su implementación permitirá discutir el poder dentro del poder. Sabemos

(3) El Registro se encuentra disponible en: consejomagistratura.gov.ar/index.php/registro-publico-denuncias-presentadas-contra-magistrados-y-magistradas-por-situaciones-vinculadas-a-violencia-de-genero/

(4) Véase la resolución 7/2021, con fecha 08/03/2021, disponible en: www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/241645/20210310

(5) Véase la resolución 182/2020, con fecha 30/07/2020, disponible en: www.saij.gov.ar/NV25198?utm_source=newsletter-semanal&utm_medium=email&utm_term=semanal&utm_campaign=resolucion-nacional

que es el pasado el que se resiste a conjugar el verbo cambiar que demanda el futuro. Queremos ser parte de este cambio, para eso es que estamos aquí.

Referencias

Fernández de Kirchner, C. (2013). Proyecto de democratización de la Justicia. www.cfkargentina.com/proyecto-de-democratizacion-de-la-justicia/

“Judiciales presentaron proyecto de ley para regular su negociación colectiva”. (23 de noviembre de 2016). *Línea Sindical*. www.lineasindical.com.ar/judiciales-presentaron-proyecto-para-regular-negociacion-colectiva-n-1446131.html

Sindicato de Trabajadores Judiciales de la Ciudad de Buenos Aires. (2021). Trabajadoras Judiciales por un Sistema de Justicia Igualitario. Documento N° 1. sitraju-caba.org.ar/novedades/trabajadoras-judiciales-por-un-sistema-de-justicia-igualitario/

ANDRÉS MURAD* - FEDERICO ADLER**

“La mafia de los juicios laborales”

El fuero laboral argentino como enemigo de la política económica en tiempos de neoliberalismo

Introducción

En el año 1944 se creó el fuero laboral en el ámbito del Poder Judicial de la Nación.⁽¹⁾ Así se buscó poner en marcha una nueva instancia judicial que se ocuparía de la directa aplicación de los derechos de las personas trabajadoras, permitiendo, en consecuencia, un ascenso en términos de derechos sociales y políticos para la clase trabajadora. Sin embargo, se encontraron dos escollos a superar:

1. limitaciones vinculadas a su territorialidad –en su búsqueda por su instauración a lo largo y ancho del país–;
2. limitaciones de carácter político (Nigra y Contartesi, 1993; Oliveira, 2003).

Respecto del segundo, incluso la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) se rehusó a reconocerle estatus jurídico a la justicia del trabajo, negándose tanto a aplicar la legislación laboral como a tomar juramento a los abogados propuestos para

(*) Abogado (UNMdP). Máster (Universitat de Barcelona). Docente (Universidad Atlántida Argentina). Maestrando en Inteligencia Criminal y Crimen Organizado (UBA). Doctorando (Universidad Nacional de Mar del Plata). Presidente del Centro de Estudios CEDIR. Empleado de la Procuración General de la Nación.

(**) Abogado (UNMdP). Visitante profesional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Máster en Estado de Derecho y Democracia Constitucional (Universidad de Génova). Profesor (Facultad de Ciencias de la Salud y Trabajo Social, UNMdP). Miembro de diversos grupos de investigación de la UNMdP. Doctorando (UBA). Director del Centro de Estudios CEDIR. Abogado Consultor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Secretario del Juzgado de Garantías del Joven N° 2 de Mar del Plata.

(1) El 30 de noviembre de 1944 el presidente de facto General Edelmiro Farrell firmaba el decreto 32.347 por el que se creaba la nueva justicia. La nueva norma publicada en el Boletín Oficial del 13/01/1945 llevaba la firma del presidente y del coronel Juan Domingo Perón, quien se encontraba a cargo de la Secretaría de Trabajo y Previsión, secretaria desde la que se realizó el proyecto.

ocupar la magistratura laboral (Nigra y Contartesi, 1993; Zaffaroni, 1994).⁽²⁾ En razón de ello es que se dispuso por decreto que esos jueces juraran, no ante la Corte, sino ante el presidente de la Nación.

Entre tanto, el entonces Coronel Perón lideraría una gestión sin precedentes desde la Secretaría de Trabajo y Previsión. En efecto, durante el período 1944/1945 se firmarían una gran cantidad de decretos en pos de la protección de los trabajadores, como es el caso del aguinaldo, vacaciones y de la ley del peón rural, entre otros. Con todo, coincidimos con Palacio en que los motivos descriptos son suficientes como "para otorgarle paternidad al naciente peronismo sobre este nuevo fuero" (2015: 59).

En setenta años transcurridos desde su creación, el fuero laboral se afianzó, de modo indiscutido, tanto en el ámbito de la justicia nacional como en todas las provincias argentinas. Excepto, claro está, en los periodos dictatoriales; especialmente durante el último, iniciado con el golpe de Estado del 24 de marzo de 1976. Cabe recordar que este desplegó en el plano económico una reestructuración del patrón de acumulación que derivó en el tránsito de una sociedad industrial a otra basada en la valorización financiera del capital; poniendo en marcha un proceso de reorganización social tan significativo y dramático que sus consecuencias atraviesan capilarmente a toda la sociedad hasta hoy.

No obstante, luego del ensayo neoliberal de la década del 90, fue la irrupción de la llegada de la alianza Cambiemos al gobierno la que se ocuparía de perpetrar un renovado y potente embate no solo a los y las trabajadores, sino también al fuero laboral en su conjunto. De hecho, se inauguró un inédito proceso de persecución y cuestionamiento a jueces y juezas de dicho fuero explícitamente por el contenido de sus sentencias. Simultáneamente se atacó al colectivo de abogados laboristas, reprochando el propio Presidente en conferencia de prensa su actuación profesional, la que bautizó como "mafia de los juicios laborales".⁽³⁾

Sin lugar a dudas, la situación vivenciada por la Justicia laboral en aquellos años puede ser encapsulada en el concepto de *lawfare*. En este sentido, Zaffaroni y Caamaño apuntan que el *lawfare* persigue el "debilitamiento de la democracia (...) ante los deseos de las potencias económicas y los grandes grupos económicos" (2020: 75); precisamente lo que ocurrió durante este período de gobierno. De hecho, el salario de los y las trabajadores medido en dólares sufrió una contracción del 55% (cfr. "El salario en dólares perdió un 55% en los cuatro años de Macri", 10/02/2020), mientras que el de su poder adquisitivo perdió un 31% (cfr. "En la gestión de Cambiemos el salario mínimo perdió cerca de 30% de su poder de compra", 14/08/2019), so pretexto de convertirnos en un país más competitivo. Con todo, el período macrista dejó una clase trabajadora debilitada y con escasas

(2) El Máximo Tribunal, por acordada del 04/07/1945, resolvió que no iba a tomar juramento a magistrados de un tribunal de "exclusiva jurisdicción local" y que debían cumplir con ese juramento en la Cámara de Apelaciones en lo Civil por ser sus "tribunales superiores en el orden local".

(3) Ver, verbigracia, Verdile (10/07/2017); "Macri involucró a Recalde en la 'mafia de los juicios laborales'" (13/06/2017); Soria Guadalupe (13/06/2017).

herramientas para la recuperación de su salario. Para ello resultaban imprescindibles jueces y juezas laborales dóciles y obedientes y ello fue lo que se buscó mediante todo tipo de artilugios que no hicieron más que debilitar nuestro frágil Estado de derecho.

En lo sucesivo, se propone referenciar el contexto general basado en las declaraciones públicas del Poder Ejecutivo, mediante las que se pretendió amedrentar, condicionar y deslegitimar de forma sistémica y genérica a determinados grupos de magistrados/as vinculados/as al fuero laboral. En segundo orden, se analizarán a modo ejemplificativo algunos casos concretos vinculados al disciplinamiento de este colectivo. Finalmente, se demostrará por qué esta actividad estatal se apartó de los estándares en la materia brindados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y cuáles son las consecuencias que ello acarrea.

“La mafia de los juicios laborales”

El expresidente Mauricio Macri, a 96 horas de haber asumido la primera magistratura, designó “en comisión” y por decreto a los abogados Carlos Fernando Rosenkrantz y Horacio Daniel Rosatti como nuevos ministros de la Corte Suprema, con sus respectivos consentimientos.⁽⁴⁾ Medida que solo no pudo ser efectivizada por el rechazo generalizado no solo de gran parte de la sociedad, sino de la gran mayoría de los partidos políticos, incluidos algunos de aquellos que conformaban la alianza gobernante.

Más tarde, procuraría que se altere el equilibrio representativo de las fuerzas políticas en el ámbito del Consejo de la Magistratura, eliminando los mecanismos de contrapesos y controles recíprocos, y “habilitando la injerencia directa del partido de gobierno, tanto en la designación como en la subrogación, los traslados, las sanciones y las destituciones de magistrados” (Bagnarelli y Desojo, 2020: 78).

En esa misma dirección, el 12 de junio de 2017, Macri utilizó el acto de asunción del nuevo canciller Jorge Faurie, que se desarrolló en el Salón Blanco de la Casa Rosada, ante la aprobación de su Gabinete y empresarios de primera línea que habían asistido al encuentro, para hacer un llamado a “enfrentar y terminar” con “la mafia de los juicios laborales” porque “destruye la generación de empleo futuro”. Al mismo tiempo, denunció también la existencia de un “grupo de estudios laboristas, que por suerte son una minoría, con un grupo de jueces, minoritario, laboristas, conducido por Recalde” que “le han hecho mucho daño a la Argentina”. Y agregó: “Cuando ellos convencen a un pibe, a un trabajador de una pyme, de que tiene que hacer ese juicio indebido y se lo hacen

(4) El Poder Ejecutivo Nacional, el 14/12/2015, resolvió mediante el decreto 83/2015 la designación de dos jueces para la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, sin respetar lo dispuesto por el artículo 99, inciso 4 de la Constitución ni el decreto 222/2003, al omitir la aprobación del Honorable Senado de la Nación. El argumento que se utilizó fue que la Constitución Nacional le otorga al presidente la atribución de nombrar a los magistrados de la Corte Suprema (art. 99, incs. 4 y 2), y que, al estar el Congreso en receso, los puede nombrar por decreto “en comisión” hasta la vuelta a sesiones de la Legislatura (art. 2° del decreto-ley 1285/1958).

ganar, porque tienen armadita la cosa para llevarse la mayor parte del juicio ellos, dejan a siete, ocho, diez trabajadores en la calle, porque la pyme cierra” (Bravo, 12/06/2017).

La afrenta era muy clara: el Poder Ejecutivo estaba dispuesto a utilizar el poder del Estado y del conglomerado de medios de comunicación afines para perseguir y disciplinar a jueces y abogados laboristas, incluso generando lo que se conoció como “listas negras” (Werner, 03/08/2017).⁽⁵⁾

La justicia laboral como enemiga: Cambiemos en acción

El caso de los jueces Enrique Arias Gibert y Graciela Marino, integrantes de la Cámara Nacional del Trabajo

Luego de su primer año en el poder, la alianza Cambiemos intentó decididamente amenazar, condicionar y deslegitimar de forma sistémica y genérica a determinados grupos de magistrados que podríamos definir como “defensores de derechos humanos”⁽⁶⁾ por tomar decisiones en contra de la pretendida política económica del gobierno, afectando seriamente la situación de los trabajadores y trabajadoras.

A principios del año 2017, una de las metas anunciadas por el Poder Ejecutivo Nacional fue el tope del índice inflacionario en un 18%. Para sostener dicho objetivo entendieron que los acuerdos paritarios entre trabajadores y patronales no podrían exceder dicho porcentaje, ya que el mismo sería un disparador de la inflación y afectaría la confianza en la economía que intentaría proyectar el Gobierno Nacional a lo largo del año. Dichas expectativas fueron anunciadas por funcionarios con altas responsabilidades en el Gobierno Nacional, como es el caso del Jefe de Gabinete de Ministros y propio Ministro de Trabajo de la Nación (Slipczuk, 11/01/2018).

Como era de prever, tales anuncios fueron acompañados de una serie de conflictos encabezados por el movimiento obrero a la hora de negociar sus salarios. Trabajadores y trabajadoras venían denunciando una pérdida real del poder adquisitivo dado que durante el año 2016 la inflación se había incrementado en el orden de un 40%, mientras que los respectivos aumentos salariales estaban muy por debajo de ese guarismo.

En dicho contexto, el gremio que nuclea a los empleados bancarios había logrado acordar con las cámaras empresarias un aumento para el año 2017 de 23,5%. Frente a este

(5) El 28 de julio de 2017, una resolución de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo ordenó crear una base de datos que obligaba a las ART a informar sobre los juicios con planteos de inconstitucionalidad de la reforma a la ley de ART. Entre la información que se debía brindar se contemplaba los datos de los abogados que interponían estos recursos, confeccionando de este modo verdaderas “listas negras”, en un hecho inédito desde la recuperación de la democracia.

(6) Conforme la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2013:1), “... cuando las y los operadores de justicia contribuyen a que se logre el acceso efectivo a la justicia y realizan “un esfuerzo especial en un proceso para que se imparta justicia de manera independiente e imparcial y garantizar así los derechos de las víctimas, puede decirse que actúan como defensores de los derechos humanos”.

acuerdo entre trabajadores y empresarios, el Ministerio de Trabajo de la Nación se negó a homologar la paritaria acordada, poniendo virtualmente un techo a la libre negociación y congelando el goce de los haberes conseguido por el sindicato. Enfrentados a este escenario, la Asociación Bancaria recurrió ante la Justicia Nacional del Trabajo obteniendo un fallo favorable en segunda instancia, en la sala en turno para la feria judicial, integrada por los camaristas Enrique Arias Gibert y Graciela Marino.

En su sentencia, le indicaron al Gobierno que debía abstenerse de intervenir en la paritaria. Asimismo, ordenaron “el cumplimiento provisorio del incremento salarial sellado entre el sindicato y las cámaras del sector”. Al momento de referirse a la postura del Ministerio de Trabajo fueron contundentes: “Quien incumple la Constitución es el Estado cuando se arroga facultades que no le son propias” (“Nadie se atreva tocar el acuerdo de los bancarios”, 01/02/2017).

Ante ello, el Ministerio de Trabajo presentó pedido de juicio político al Consejo de la Magistratura, solicitando la destitución de ambos camaristas por mal desempeño, falta de idoneidad, negligencia grave, arbitrariedad, falta de imparcialidad e incumplimiento de la Constitución Nacional; ello, en virtud del contenido del fallo, en el marco de una campaña de amplificación mediática de la labor de los jueces laboralistas (“Piden juicio político a los jueces que avalaron la paritaria bancaria”, 21/02/2017).

El caso de los jueces Diana Regina Cañal y Luis Raffaghelli, miembros de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo

El 29 de diciembre de 2015 el presidente Mauricio Macri firmó el decreto de necesidad y urgencia (DNU) 267/15, modificando la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual,⁽⁷⁾ disponiéndose la creación del Ente Nacional de Comunicaciones (Enacom), organismo que reemplazó y unificó a la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA) y a la Autoridad Federal de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (AFTIC). En consecuencia, el 5 de enero de 2016, personal de las fuerzas de seguridad cercó las puertas del edificio donde funcionaba la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA) y ofició de filtro para los trabajadores de la dependencia, quienes debieron hacer fila en la vereda hasta saber si mantenían su puesto de trabajo o eran despedidos. Como corolario de esa jornada fueron despedidos una decena de trabajadores (véase “Un fallo judicial ordena reincorporar a trabajadores de la ex Afsca despedidos”, 29/01/2016; “Despidos en la Afsca”, 06/01/2016).

Días después, precisamente el 29 de enero de 2016, la jueza Diana Regina Cañal y el juez Luis Raffaghelli –que estaban de turno durante la feria judicial– firmaron una resolución que hacía lugar a una medida cautelar presentada por nueve trabajadores de la ex AFSCA cesanteados tras la intervención del organismo. Ordenaron al Enacom que

(7) La Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual había entrado en vigencia luego de un intenso debate parlamentario que incluyó planteos de inconstitucionalidad y un minucioso análisis por parte de la

los reincorporara por considerarlos despedidos por persecución política, recalcando el hecho de que los mismos apoyaron su reclamo en un contexto fáctico laboral. A la vez, entendieron que la competencia del fuero laboral no debía ser cuestionada, observando que los accionantes se encontraban efectuando un reclamo que tiene raigambre eminentemente laboral (CNac. Apel. Trab., Sala FERIA, 2016). Sin embargo, culminada la feria, la Sala VI del mismo órgano anuló el fallo de sus colegas, entendiendo que era necesaria la intervención del Ministerio Público Fiscal.

El Gobierno llevó esa discusión hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien se expidió en febrero de 2017 rechazando el planteo de los trabajadores, estimando que el conflicto en juego no sucede dentro de “la órbita del derecho del trabajo” y no se rige por las reglas “del contrato de trabajo privado” sino por la Ley de Empleo Público (Hauser, 24/02/2017). En mayo de 2017, a raíz de la resolución del Máximo Tribunal, el Gobierno Nacional, a través del Enacom, decidió denunciar ante el Consejo de la Magistratura para someter a “jury de enjuiciamiento” a los Dres. Diana Regina Cañal y Luis Raffaghelli. Como consecuencia, se sucedieron una serie de rechazos, entre los que se destacan el de la Asociación Nacional de Jueces y Juezas del Trabajo (ANJUT), que se solidarizó con ambos jueces al tiempo que advirtió con gran preocupación:

“... la generalización de esta práctica de denunciar a los jueces y juezas por el contenido de sus sentencias, y alertamos sobre su inusitada gravedad institucional, dado que atenta contra la independencia del Poder Judicial –base fundamental de la división de poderes–, intentando condicionar el ejercicio independiente de la magistratura, mediante un avance indebido sobre las atribuciones constitucionales de los órganos judiciales”.⁽⁸⁾

En junio de 2020 Raffaghelli fue citado a prestar declaración testimonial en el marco del expediente en el que se investiga la presunta injerencia del Poder Ejecutivo en temas del Poder Judicial a través de la denominada “Mesa judicial” de Cambiemos durante el gobierno del expresidente Mauricio Macri. En su declaración, que por su condición de magistrado se definió que sea por escrito en base a un pliego de preguntas que le mandó el fiscal, señaló que recibió un llamado en enero de 2016 en su despacho:

“Desde el Ministerio de Trabajo preguntaban si habían entrado expedientes contra el Poder Ejecutivo. Era un hecho inusual nunca experimentado en mi larga trayectoria en el fuero laboral (...) lo interpreté como una clara presión en un momento en que hubo miles de despidos de trabajadores contratados en la administración estatal”. (Hauser, 24/06/2020)

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Finalmente, el 29 de octubre de 2013, cuatro años y diecinueve días después de su promulgación, y tras haber pasado el proceso por distintas instancias judiciales, la Corte Suprema de Justicia dictó un fallo final de 392 páginas en el que determinó la validez de cuatro. Como resultado, obligaba la adecuación y consecuente desinversión de aquellos grupos económicos que se hallaran excediendo el límite de licencias, poniendo fin a la larga controversia judicial y dando paso a la aplicación efectiva e inmediata de la totalidad de la Ley de Medios en Argentina (véase “La Corte Suprema declaró constitucional la Ley de Medios”, 29/10/2013).

(8) Cfr. anjut.org.ar/noticias/posicion-de-anjut-ante-la-persecucion-a-jueces-y-juezas-en-argentina/

También indicó que en esa llamada lo inquirieron respecto a “los casos de intervenciones sindicales”, que fueron récord durante la gestión macrista. Por último, relató que el 29 de marzo de ese mismo año, en el marco de una “supuesta” visita protocolar, se presentó en la Cámara Laboral el entonces ministro de Trabajo, Triaca, junto a un equipo de funcionarios. Uno de estos, declaró Raffaghelli, les planteó a los jueces que pretendían “consensuar la doctrina de los fallos y hacerla más previsible en aras de la seguridad jurídica”: “Se produjo un profundo silencio que fue superado por el presidente del cuerpo pasando a otro tema (...) nadie contestó la inusitada sugerencia del funcionario” (Hauser, 24/06/2020).

A este episodio le siguió un evidente embate contra la independencia de la justicia nacional del trabajo, que fue poco a poco generando un ambiente hostil a su libre desempeño, alcanzando el cenit con las denuncias infundadas a seis juezas y juezas; a la postre todas fueron desestimadas (Dandan, 27/06/2021).

Violación a los estándares interamericanos de independencia judicial y acceso a la justicia

Tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se han expedido en reiteradas ocasiones respecto de la independencia de los/as operadores/as de justicia, haciendo propios incluso los principios fijados en las Directrices sobre la función de los fiscales y los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, ambos documentos de la ONU. Incluso, la CIDH ha realizado un informe temático sobre la cuestión: Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia: Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas (2013).

En particular, han destacado la imprescindible función de estos como garantes del derecho al acceso a la justicia (arts. 8° y 25 CADH) y, en definitiva, para hacer preservar el Estado de derecho. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha sostenido que los Estados deben brindar a los operadores de justicia determinadas garantías, a efecto de garantizar su ejercicio independiente y posibilitar así que el Estado cumpla con su obligación de brindar acceso a la justicia a las personas (entre otros, Corte IDH, 2008: párr. 147).

Conforme lo señalan estos órganos regionales de protección de los derechos humanos, podría hacerse referencia a dos facetas de la independencia judicial: la independencia de derecho y la independencia de hecho. La primera se caracteriza por el análisis del marco normativo y, en particular, por el análisis de las relaciones existentes entre el Poder Judicial y el Ministerio Público y los restantes poderes del Estado y la forma en que este tutela condiciones de vital importancia para el desarrollo de la función judicial, tales como la estabilidad en el cargo y la intangibilidad de los salarios; es decir, que existan garantías suficientes que permitan que la institución o entidad de justicia no sea

sometida a abusos o restricciones indebidas por parte de otros poderes o instituciones del Estado. En cambio, la dimensión fáctica o de hecho consiste en la evaluación de si en la práctica cotidiana los magistrados resultan ser real y plenamente independientes, o si por el contrario, sufren presiones o injerencias indebidas.⁽⁹⁾

El caso argentino presentado se trata de un caso encuadrable fácilmente en la vulneración de la independencia en su faceta de hecho. En tal sentido, el marco normativo no ha sido modificado por el Gobierno de la Alianza Cambiemos, adecuándose, en líneas generales, a los estándares interamericanos.

No obstante, mediante el amedrentamiento generado a través de declaraciones periodísticas y actuando en forma coordinada con los grandes medios de comunicación;⁽¹⁰⁾ los pedidos de juicio político por el contenido de sus fallos, que tienen por motivo decisiones contrarias a sus intereses; y las denuncias penales sistemáticas y coordinadas con el fin de desprestigiar a operadores judiciales que han hecho una gran labor en materia de derechos humanos, el Poder Ejecutivo, en conjunto con diversos actores que integraban formal o informalmente la alianza que gobernaba el país, han socavado la independencia en su dimensión fáctica.

En este sentido, la CIDH (2013) ha indicado que la independencia:

“... debe manifestarse en la práctica, entre otras formas, en (...) la designación oportuna, en propiedad, y con el respeto de un adecuado y transparente proceso de elección y nombramiento de los magistrados y magistradas de las Altas Cortes, así como en el respeto de la independencia de magistrados y magistradas en sus procesos de deliberación, decisión y funcionamiento en general del Poder judicial, y en procesos disciplinarios que ofrezcan las debidas garantías”. (párr. 34)

En los casos testigo de jueces mencionados observamos que la invocada causal de mal desempeño en el cargo estuvo exclusivamente motivada en la toma de determinadas decisiones en el marco de su competencia. Respecto a esta cuestión, el estándar interamericano exige a los Estados “abstenerse de establecer como causales disciplinarias actuaciones relacionadas con el juicio o criterio jurídico que desarrollen las y los operadores de justicia en sus resoluciones” (CIDH, 2013, recomendación 22). En particular, la CIDH ha afirmado tajantemente que “está prohibido por el derecho internacional establecer como

(9) En este sentido, la Corte IDH (2007: párr. 122) ha sostenido que “... [se] requiere no solo independencia jerárquica o institucional, sino también independencia real”. La independencia abarca, pues, la efectiva independencia del Poder Judicial respecto de la injerencia política del Poder Ejecutivo.

(10) Sobre el rol de los medios de comunicación en una sociedad democrática, la Corte Interamericana ha sostenido que “como instrumentos esenciales de la libertad de pensamiento y de expresión, deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan” (Corte IDH, 2011: párr. 44). También ha sostenido que “los periodistas deben ejercer sus labores obedeciendo a los principios de un periodismo responsable, es decir, actuar de buena fe, brindar información precisa y confiable, reflejar de manera objetiva las opiniones de los involucrados en el debate público y abstenerse de caer en sensacionalismos” (CSJN, 2013: párr. 122).

causal disciplinaria actuaciones relacionadas con el juicio o criterio jurídico [que] desarrollen las y los operadores de justicia en alguna de resolución” (CIDH, 2013: párr. 216).

Este análisis es congruente también con el informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la independencia de los magistrados y abogados, el prestigioso jurista colombiano Diego García-Sayán, quien, en noviembre de 2019, ante la información recibida respecto de la presunta existencia de un Plan sistemático y estructural de amedrentamiento del Poder Judicial de la República de Argentina, instó al Gobierno argentino

“... a que adopte todas las medidas necesarias para proteger los derechos y las libertades de la(s) persona(s) mencionada(s) e investigar, procesar e imponer las sanciones adecuadas a cualquier persona responsable de las violaciones alegadas. Quisiera asimismo instarle a que tome las medidas efectivas para evitar que tales hechos, de haber ocurrido, se repitan”. (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 2019)

Ello en la consideración de que las informaciones que recibió resultaban “suficientemente fiables para indicar que existe un asunto que justifica una atención inmediata”. En dicho informe, el Relator Especial abordó de forma particularizada “el ataque a los jueces y abogados del fuero laboral”, tratando por separado los “intentos de destituir en forma arbitraria a magistrados que intervienen en cuestiones laborales” y las “expresiones del Ejecutivo en relación a los magistrados y abogados del fuero laboral” (ONU, 2019).

Debe recordarse que el apartamiento de las normas establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), y a la interpretaciones realizadas por la Corte IDH y la CIDH, puede generar responsabilidad internacional del Estado argentino; como así también que, indefectiblemente, deben tenerse en consideración las resoluciones de otros órganos internacional de protección de los derechos humanos. En el caso, la conducta del gobierno argentino parecería haberse apartado claramente del *corpus iuris* internacional de la garantía de independencia judicial y en particular de los criterios interpretativos de la Corte y la CIDH.

A modo de reflexión final

Haciendo un análisis estructural de la cuestión, se podría afirmar que para el desarrollo de la plataforma de política económica de la Alianza Cambiemos resultaba imprescindible la flexibilización de las condiciones laborales de las y los trabajadores. Desde su óptica neoliberal, la protección integral del trabajo solo implicaba un retraso en la generación de condiciones “ideales” para la inversión. En efecto, se apuntó como enemigos en la batalla política a los dos grandes pilares del trabajo: sus sindicatos y las/os los más dignas/os magistradas/os de su fuero especializado.

La segunda de estas batallas, paradójicamente, tendía a la vulneración de las más nobles reivindicaciones de campaña de Cambiemos: la seguridad jurídica y la independencia judicial. ¿Qué seguridad jurídica puede haber en un Estado si el gobierno persigue con la complicidad de los grandes conglomerados mediáticos a aquellas juezas y

jueces que fallan en contra de sus intereses? Esta misma pregunta seguramente se deben haber hecho esos inversionistas que aún seguimos esperando.

Referencias

- Bagnarelli, B. y Desojo, E.** (2020). *Justicia a la carta: el Poder Judicial en la era macrista*. CLACSO/ Editorial de Universidad Nacional de La Plata.
- Bravo, M.** (12 de junio de 2017). Macri habló de la mafia de los juicios laborales y apuntó contra Héctor Recalde. *Clarín*. www.clarin.com/politica/macri-hablo-mafia-juicios-laborales-apunto-hector-recalde_0_Bk6Gvi3M-.html?code=uQ4I-NFIVG4ZSqtzQwIAbSyNEKe6eLexgmzIVC8RlVGSd&state=SzZ3Q2VKOTdvdHIYazI5NjllOXpkTVN+Tm9oV0NqRXdvrVRaWWkyODhKdw==
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH].** (2013). Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia: Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas. www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/operadores-de-justicia-2013.pdf
- Dandan, A.** (27 de junio de 2021). La pata laboral de la mesa judicial. El Newman que repartía plateas de Boca entre los jueces del trabajo. *El cohete a la luna*. www.elcoheteealaluna.com/la-pata-laboral-de-la-mesa-judicial/
- "Despidos en la Afsca". (6 de enero de 2016). *Página/12*. <https://www.pagina12.com.ar/diario/el-pais/subnotas/289676-76050-2016-01-06.html>
- "Un fallo judicial ordena reincorporar a trabajadores de la ex Afsca despedidos". (29 de enero de 2016). *La Nación*. www.lanacion.com.ar/politica/un-fallo-judicial-ordena-a-afsca-y-enacom-reincorporar-a-trabajadores-despedidos-por-discriminacion-politica-nid1866711/
- "El salario en dólares perdió un 55% en los cuatro años de Macri". (10 de febrero de 2020). *Ámbito*. www.ambito.com/economia/salarios/el-salario-dolares-perdio-un-55-los-cuatro-anos-macri-n5081968
- "En la gestión de Cambiemos el salario mínimo perdió cerca de 30% de su poder de compra". (14 de agosto de 2019). *Chequeado*. chequeado.com/hilando-fino/en-la-gestion-de-cambiemos-el-salario-minimo-perdio-cerca-de-30-de-su-poder-de-compra/
- Farina, G., M.** (2021). Juicio político a la Corte Suprema Argentina ¿Un ataque a la independencia judicial? *Agenda Estado de Derecho*. agendaestadodederecho.com/juicio-politico-a-la-corte-suprema-argentina/
- "Macri involucró a Recalde en la 'mafia de los juicios laborales'". (13 de junio de 2017). *Haberes*. www.haberes.com.ar/macri-involucro-a-recalde-en-la-mafia-de-los-juicios-laborales/
- Hauser, I.** (24 de febrero de 2017). Guiño al Gobierno y contra los trabajadores. *Página/12*. www.pagina12.com.ar/22091-guino-al-gobierno-y-contra-los-trabajadores
- (24 de junio de 2020). Un camarista aportó nuevos detalles de los aprietes del macrismo a los jueces. *Página/12*. www.pagina12.com.ar/274099-un-camarista-aporto-nuevos-detalles-de-los-aprietes-del-macr
- "La Corte Suprema declaró constitucional la Ley de Medios". (29 de octubre de 2013). *Página/12*. www.pagina12.com.ar/diario/ultimas/20-232398-2013-10-29.html
- "Nadie se atreve a tocar el acuerdo de los bancarios". (1 de febrero de 2017). *Diario Judicial*. www.diariojudicial.com/nota/77305/laboral/nadie-se-atreva-tocar-el-acuerdo-de-los-bancarios.html

- Nigra, F. y Contartesi, J. C.** (1993). *Veinte años de lucha. La historia de la Unión (1963-1976)*. Instituto de Investigaciones Sociales de la UEJN "Wenceslao Caballero".
- Oliveira Sarrabayrouse, M. J.** (2003). *Poder Judicial y dictadura. El caso de la morgue judicial*. Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires/Facultad de Filosofía Letras, UBA.
- Organización de las Naciones Unidas.** (2019). Mandato del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados. drive.google.com/file/d/1J0RbWxtVSVt_8-A3LBOdg-NcCBg51y0iR/view
- Palacio, J. M. R.** (2015). El grito en el cielo. La polémica gestación de los tribunales del trabajo en la Argentina. Estudios Sociales. *Revista Universitaria Semestral*, 48(1). bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/EstudiosSociales/article/view/5100/7742
- "Piden juicio político a los jueces que avalaron la paritaria bancaria" (21/02/2017). *Perfil*. www.perfil.com/noticias/politica/trabajo-pidio-el-juicio-politico-de-los-jueces-que-avalaron-la-paritaria-bancaria.phtml
- Slipczuk, M.** (11 de enero de 2018). La inflación de 2017 fue del 24,8%, ¿cómo evolucionó versus 2016 y 2015? *Chequeado*. chequeado.com/el-explicador/la-inflacion-de-2017-fue-del-248-como-evoluciono-versus-2016/
- Soria Guadalupe, A.** (13 de junio de 2017). Macri denunció una "mafia" de juicios laborales y señaló a Recalde como responsable. *La Nación*. www.lanacion.com.ar/politica/macri-denuncio-una-mafia-de-juicios-laborales-y-senal-a-recalde-como-responsable-nid2033069/
- Verdile, L.** (10 de julio de 2017). Macri y la "mafia" de los juicios laborales: culpar al trabajador. *La primera piedra*. www.laprimerapiedra.com.ar/2017/07/macri-la-mafia-los-juicios-laborales-culpar-al-trabajador/
- Werner, M.** (03/08/2017). ¿Registro de juicios o "lista negra" de abogados? *Diario Judicial*. www.diariojudicial.com/nota/78732/laboral/registro-de-juicios-o-lista-negra-de-abogados.html
- Zaffaroni, E. R.; Caamaño, C. y Vegh Weis, V.** (2020). *¡Bienvenidos al lawfare!: manual de pasos básicos para demoler el derecho penal*. Capital Intelectual.
- Zaffaroni, E. R.; Virgolini, J.; García Méndez, E. y Larrandart, L.** (1992). *El sistema penal argentino*. Ad-Hoc.

Referencias jurisprudenciales

- CNac. Apel. Trab.**, Sala FERIA, "Sapienza, Matías Ezequiel y otros c/Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual y otro s/ acción de amparo", 29/01/2016, causa 679/2016.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]**, "Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela", Excepción Preliminar, Fondos, Reparaciones y Costas, 05/08/2008, Serie C N° 182.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]**, "Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador", Fondo, Reparaciones y Costas, 04/07/2007, Serie C N° 166.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Humanos [Corte IDH]**, "Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas, 29/11/2011, Serie C No. 238.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Humanos [Corte IDH]**, "Caso Mévoli vs. Argentina". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 22/08/2013, Serie C No. 265.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Humanos [Corte IDH]**, "Sapienza, Matías Ezequiel y Otros c/ Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual y Otro s/ Recurso de hecho - Acción de amparo", 21/02/2017.

Mesa 11

Impacto del *lawfare* en el Poder judicial y reformas necesarias

Yvonne Blajean Bent

Marcelo Andrés Maisonnave

Claribel Lingardi

Antonella P. Chiarrello - Laurina V. Ciarpella

Fernando Casado Gutiérrez

Alejandro Tomás

Fausto Marchiaro

Claudia Maria Barbosa

Joaquín Benavidez

YVONNE BLAJEAN BENT*

“Cómo elegir un juez aliado”

Introducción

El *lawfare* resulta una dinámica que parece haber desarrollado fuertes raíces por estos lares. Durante los últimos años esta modalidad ha ocupado a la opinión pública, tanto en aquellos medios que lo motorizan, como en los que buscan develar su funcionamiento. En esta ponencia se explicará el funcionamiento y cuáles son los protagonistas del mismo. Luego se analizará un caso específico. En este hay una particularidad. El uso de la forma de anexar causas por medio de la conexidad como la manera de elegir qué juez y que fiscal serán los que entenderán en la investigación que tiene como objetivo neutralizar las posibilidades de ejercicio de derechos políticos de un dirigente político que forma parte de una partido nacional y popular.

La conexidad como una herramienta que carece de controles

Es necesario antes de comenzar con el desarrollo de esta ponencia delimitar qué se entenderá por *lawfare* para luego poder avanzar en una cuestión que es central: la garantía del juez natural y la conexidad de causas o investigaciones, que en algunas ocasiones terminan destruyendo la garantía mencionada. Para evitar futuras confusiones detengámonos brevemente en el *lawfare*.

Si bien es posible rastrear prácticas similares con anterioridad, tomaremos como punto de inicio la definición que acuñó Charles Dunlap Jr. (2001). En este orden de ideas el *lawfare* surgió como un concepto militar cuyo sentido fue explicar cómo la ley puede ser un arma tan útil como aquellas que se conocen como convencionales a la hora de luchar contra un enemigo en un conflicto bélico.

(*) Abogada, Licenciada y profesora en Ciencias de la Comunicación. Magister en Teoría Política y Social. Doctoranda en Ciencias Sociales

El término es un neologismo anglosajón que contiene una contracción gramatical: *law*: ley y *warfare*: guerra. En América Latina se utiliza para definir otro tipo de conflictos a los que originariamente planteara Dunlap Jr. para explicarlo como una herramienta más en la pelea contra el terrorismo. De esta forma en nuestra región esta dinámica compone una modalidad que requiere de la confluencia de varios elementos a la hora de cobrar vida y su objetivo es la neutralización de un enemigo político. Este último es delimitado en virtud de la participación en gobiernos o partidos de raigambre popular, cuyo objetivo es la ampliación de derechos.

Explica León Castro que:

“La identidad del *Lawfare* latinoamericano radica en una alianza de la institucionalidad jurídica con estrategias comunicacionales desde los medios de comunicación tradicionales y digitales, dentro del ejercicio del poder de cada gobierno” (2020, p. 86)

Con esta definición ya podemos observar dos de los elementos necesarios para la puesta en marcha del *lawfare*. Estos se podrían calificar como centrales, pero no por ello los únicos. A esta alianza se le deben agregar ciertos ingredientes para que la dinámica comience a funcionar. Por un lado, es preciso que se realicen las pertinentes denuncias en los medios y/o redes sociales sobre supuestos hechos ilícitos cometidos por el político puesto como foco del mecanismo. Los delitos denunciados serán inexorablemente hechos de corrupción.

Y esto no es casual. Desde la vuelta de la democracia en la Argentina en el año 1983, la corrupción se ha transformado en un problema de índole público y así lo sostiene Sebastián Pereyra (2013):

“La corrupción se ha convertido en un rasgo ineludible de nuestro vocabulario político actual. Las denuncias de corrupción están presentes en diferentes contextos y de modo diverso en la evaluación que hacen los ciudadanos de la política. En este sentido, la corrupción constituye una de las principales críticas, generalmente realizadas desde fuera, pero también por quienes se dedican a diario a este tipo de actividad” (2013, p. 15).

Así y teniendo en cuenta que la corrupción puede ser considerada un problema público pues es a diario expuesta como un mal social en los medios de comunicación y hay diversas organizaciones que suelen realizar protestas en su contra como forma de visibilizar su existencia. Dichas organizaciones pueden ser no gubernamentales o partidos políticos. Esto no es relevante, lo importante es la visibilidad que el problema tiene y en consecuencia la importancia que los ciudadanos les dan a la misma a la hora de jerarquizar cuáles son los temas o problemas que les preocupan. La prevalencia de la temática puede constatare en la encuesta que realizó el Observatorio de Psicología Social Aplicada de la Universidad de Buenos Aires. Sus resultados se encuentran plasmados en el diario Perfil en su edición del 15 de junio de 2021: ¿Corrupción o pobreza? El principal problema argentino también es víctima de la “grieta” (Perfil, 2021).

Hemos delimitado el tópic sobre el versarán las denuncias en los medios, agregamos que estas para que se configure el *lawfare* deben ser verosímiles, pero no verdaderas necesariamente. Aquí comienza a jugar el concepto de fake news o como lo llama Simona Levi (2019) desinformación. El mismo consiste en que en los medios de comunicación masiva se publique información creíble para la opinión pública. Esta desinformación es diferente a información errónea, pues en el segundo caso no hay intención de que circule una noticia falsa. Es solo un error. En cambio, una fake news es justamente lo contrario. La noticia desde su origen tiene como objetivo desinformar, buscando crear una percepción de veracidad. En esta maniobra suele haber intereses económicos y políticos. No es tema de esta ponencia, por ello no nos explayaremos en esta cuestión, pero es imposible abordar el *lawfare* sin mencionarlo.

Por último, una vez que la noticia del hecho de corrupción ya circula por medios masivos y redes sociales⁽¹⁾ entran en escena algunos miembros del Poder Judicial que dan trámite a las denuncias iniciadas en los medios y las mantienen abiertas a pesar de que las pruebas no sean suficientes o en su defecto impiden la producción de aquellas que podrían ser exculporias para que los expedientes continúen en una especie de interminable proceso kafkiano.

Al comenzar la ponencia se anunció que el *lawfare* se podía poner en práctica con la unión por conexidad de dos expedientes, esto menoscabando la garantía del juez natural. Por ello es necesario ahora definir dicho principio que es fundamental en el andamiaje jurídico. Comenzaremos con el concepto de juez para luego pasar a la garantía en cuestión. Un juez es uno de los sujetos esenciales del proceso. Es decir, sin su presencia el proceso no sería posible y es quien aplica la ley en un caso concreto. En otras palabras, ejerce la jurisdicción y esto puede hacerlo en un tribunal colegiado o unipersonal. Su nombramiento es un acto complejo en el que participan el consejo de la magistratura, el poder legislativo, (la cámara de senadores) y el poder ejecutivo. (García Guerra, 2015).

La garantía antes aludida se encuentra plasmada en el artículo 18 de la Constitución Nacional (CN. TO 1994):

"Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. [...] Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos."

Esta garantía significa que ni la defensa, ni la acusación, ni ningún otro poder del Estado puede elegir un juez para juzgar exclusivamente a una persona. El objetivo es la imparcialidad del juez o tribunal y además complementa a la igualdad ante la ley.

(1) Las redes sociales ayudan a construir la verosimilitud del hecho por el solo hecho de lograr que el mismo sea repetido constantemente, en muchos casos con la ayuda de algoritmos que las hagan extenderse como una mancha de aceite (Sosa Escudero, 2019)

Luigi Ferrajoli (2011) en su libro *Derecho y Razón*, esgrime 3 significados sobre la garantía mencionada. Cada uno tiene su correlato con una prohibición. En primer lugar, el juez debe ocupar su cargo con anterioridad a la comisión del hecho que es objeto del proceso. Esto se relaciona con la prohibición de formar comisiones especiales -post factum- de jueces o un tribunal que entienda para ese caso exclusivamente.

Luego el siguiente objetivo de la garantía es prescribir la inderogabilidad e indisponibilidad de las competencias. En otras palabras, impedir la avocación, lo que significa una asignación discrecional de procesos a un juez o tribunal, pero distinto al que corresponde de acuerdo a las leyes de competencia cuando ocurrió el hecho investigado.

Por último, Ferrajoli, alude a la supresión de fueros personales, o lo que es lo mismo que decir que está prohibido el establecimiento de jueces extraordinarios y especiales.

En similar sentido, Julio Maier (2012) sintetiza la cuestión explicando que estamos frente a una norma que señala que el único tribunal competente para juzgar un hecho es aquel que fuera designado por la ley vigente al momento de juzgarse y que las leyes de competencia rigen hacia el futuro, nunca retroactivamente.

Vale una aclaración en relación con la composición del tribunal. El art 18 CN (TO 1994) no se refiere a la persona física que ocupa el cargo de juez, sino al órgano estatal, sea unipersonal o colegiado. Así que si mediara una excusación o recusación no se está transfiriendo el expediente a otro tribunal, solo se está cambiando la integración de este a través de mecanismos preestablecidos que implican necesariamente el azar para evitar una elección intencionada del reemplazante (García Guerra, 2015)

Esto último sería diferente si no se respetara el principio de especialidad, lo que significaría que, frente a la necesidad de juzgar un hecho, el juicio lo llevará adelante un magistrado que cuenta con el nombramiento de acuerdo con lo previsto por la CN, pero sin ser un especialista en la materia.

Una cuestión no menos importante y que sobrevuela todo lo expuesto con relación al juez natural, es lo atinente a la imparcialidad y la independencia del mismo. Este hecho va de la mano con la forma en que fue estructurado el poder judicial en la Carta Magna. A grandes rasgos un juez es designado por el Presidente de la Nación con acuerdo del Senado Nacional, luego de que los aspirantes sean seleccionados durante un proceso concursal que organiza el Consejo de la Magistratura (órgano compuesto por abogados de la matrícula, legisladores y jueces). La duración en el cargo se extiende mientras dure su buena conducta. Es decir, no son elegidos mediante el voto popular y una vez que son nombrados jueces pueden ejercer la magistratura hasta que se jubilen, renuncien o sean removidos luego de un proceso especial.

Toda esta explicación viene a cuenta para reflexionar sobre la imparcialidad y la independencia del sistema judicial, que se ve sumamente trastocada cuando se pone en

funcionamiento el *lawfare*. Al momento de pensar el andamiaje sobre el que se construiría el poder judicial se tomó como modelo la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica (EE. UU.). La misma a su vez tuvo como uno de sus antecedentes lo que hoy se conoce bajo el nombre de "El Federalista". En dicha recopilación de artículos, específicamente en el número 78, se explica cómo se debería nombrar a los jueces y cuánto deberían durar en sus funciones. La conclusión a la que arriba Alexander Hamilton, es que para que el trabajo de los jueces se cumpla de acuerdo con lo que la sociedad requiere, los mismos deben acceder a su cargo no mediante elecciones como los miembros del poder legislativo o el ejecutivo. Esta característica les permitirá por un lado controlar que la Constitución se respete pues podrán alejarse de los humores sociales, ya que no deben pelear por los votos para acceder a su cargo o permanecer en él. Por otro lado, la independencia no se verá amenazada y de esta forma podrán controlar que tanto los actos del poder legislativo, como el ejecutivo sean compatibles con la letra de la Constitución (Hamilton et al., 1788)

Este hecho de no ser elegido por el voto popular y poder dejar sin efecto medidas o políticas que nacen de los cuerpos del Estado, que sí han sido formados a partir de la elección de los ciudadanos, ha significado que sea muy criticado el sistema de elección de los jueces. En pocas palabras, estamos frente a un poder contra mayoritario, es decir, no votado por el pueblo, pero que puede disponer de las resoluciones que emanan del pueblo. Esto es la consecuencia del modo en que el mismo se conforma. (Gargarella, 1996)

Ya hemos identificado los distintos elementos que requiere el *lawfare* para funcionar como tal. Sin embargo, en el caso de la justicia hemos propuesto algunas cuestiones que deben ser analizadas con mayor profundidad. Nos referimos a la conexidad o conexión de causas. Clariá Olmedo explica que esta institución puede funcionar por los efectos que produce, toda vez que implica la unificación de oficio para conocer, investigar y juzgar causas, sea por cuestiones objetivas o subjetivas (Clariá Olmedo, 1984. p. 399 y ss.) Se trata, básicamente, de un mecanismo de distribución de trabajo judicial y de orden de los procesos, para evitar que jueces diferentes entiendan en los mismos hechos.

Bajo esas razones, la garantía del juez natural se ve protegida, se previene la múltiple persecución por los mismos sucesos y se disipa el riesgo de pronunciamientos contradictorios. El Código Procesal Penal de la Nación (CPPN ley 23984 T.O.2019) en su sección cuarta establece las reglas de la competencia por conexión. El artículo 41 prevé:

"Las causas serán conexas en los siguientes casos si:

1. Los delitos imputados han sido cometidos simultáneamente por varias personas reunidas; o aunque lo fueren en distinto tiempo o lugar, cuando hubiere mediado acuerdo entre ellas.

2. Un delito ha sido cometido para perpetrar o facilitar la comisión de otro, o para procurar al autor o a otra persona su provecho o la impunidad.
3. Si a una persona se le imputaren varios delitos”

Continúan en el artículo 42 del mismo plexo legal, donde se especifican los modos en que debe llevarse adelante la unificación prevista:

“Cuando se sustancien causas conexas por delitos de acción pública y jurisdicción nacional, aquéllas se acumularán y será tribunal competente:

1. Aquel a quien corresponda el delito más grave.
2. Si los delitos estuvieren reprimidos con la misma pena, el competente para juzgar el delito primeramente cometido.
3. Si los delitos fueren simultáneos, o no constare debidamente cuál se cometió primero, el que haya procedido a la detención del imputado, o, en su defecto, el que haya prevenido.
4. Si no pudieran aplicarse estas normas, el tribunal que debe resolver las cuestiones de competencia tendrá en cuenta la mejor y más pronta administración de justicia.

La acumulación de causas no obstará a que se puedan tramitar por separado las distintas actuaciones sumariales”

Por último, el artículo 43 estipula las excepciones a la conexidad:

“No procederá la acumulación de causas cuando determine un grave retardo para alguna de ellas, aunque en todos los procesos deberá intervenir un solo tribunal, de acuerdo con las reglas del artículo anterior.

Si correspondiere unificar las penas, el tribunal lo hará al dictar la última sentencia”.

Como se observa del articulado, las posibilidades de unificación son acotadas al hecho o al sujeto que ha cometido varios delitos. Así la conexidad será objetiva, si se desprende del hecho investigado y subjetiva si lo que ocasiona la unión es la investigación de diversos hechos cometidos por un mismo sujeto. En definitiva, el objetivo es la mejor administración de justicia y por ello el motivo para que no sea factible sería una dilación en la tramitación de alguna de ellas.

Ahora bien, y antes de detallar la maniobra del caso que nos ocupa, vamos a referirnos a la acordada número 37 del año 2012 de la Cámara Federal Criminal y Correccional de la Ciudad de Buenos Aires. Esta resulta fundamental a la hora de comprender la instrumentación del *lawfare*. En la misma se prevé el funcionamiento del sistema de ingreso de causas al fuero. Así, entre muchas cosas se organizan los turnos de los Juzgados, de la propia Cámara, la forma de registrar los expedientes y las contiendas de turno, conexidad y compensación.

En el capítulo 5 es donde se encuentra una disposición que es clave. El art. 46 dispone: Las cuestiones mencionadas en el artículo 44 serán resueltas sin más trámite por el Presidente de la Cámara y en el artículo 44 se deja asentado que: Las contiendas que se entablen por razones de turno o compensación de causas entre Juzgados del fuero, así como por conexidad entre dichos Juzgados o Salas de este Tribunal, deberán ser elevadas a la Secretaría de esta Cámara para su tramitación.

Este juego entre los artículos revela una gran concentración de poder, porque las contiendas de conexidad las resuelve el Presidente de la Cámara. Además, su decisión no se puede recurrir. Un reglamento interno elaborado por el Poder Judicial rompe uno de los principios básicos del derecho procesal penal: la posibilidad de impugnar las decisiones. Veamos el dispositivo en acción.

El ejemplo elegido para analizar es la conocida causa de "Los Cuadernos" que en su carátula reviste el nombre de "Fernández, Cristina Elizabet y otros s/ asociación ilícita". Dicho expediente se originó en el año 2018. Si bien su derrotero es bastante conocido, vamos a realizar un breve racconto para poder dimensionar la gravedad de lo ocurrido.

El periodista del diario La Nación, Diego Cabot, relata en dicho matutino el 5 de agosto de 2018 en un artículo denominado "Cuadernos de las coimas: cómo se hizo la investigación; paso a paso, entre el asombro, el cansancio y el oficio". Dijo que en marzo del año en cuestión se encontró con el Fiscal Carlos Stornelli en un bar de Palermo. Allí Cabot le comenta a Stornelli de su investigación. Días después concurre al domicilio del Fiscal para mostrarle el material que había recolectado. En dicho encuentro combinan que pasará por la fiscalía para realizar la denuncia. De esa conversación surgió un vínculo entre los documentos que tenía el cronista y la causa 10456/2014, más conocida como "Gas Licuado", en la que la que el fiscal representaba al Ministerio Público.

El fiscal presentó dichos instrumentos en la causa 10456/2014 que estaba a cargo del juez Claudio Bonadío. El magistrado, la aceptó y como las piezas que tenía Cabot en su poder excedían el marco del citado expediente, decidió formar una causa aparte y quedarse con ambas. Todo gracias a la coincidencia que había entre una parte de los documentos del periodista y un segmento de la causa 10456/2014. Así nació la causa de los cuadernos 9608/2018; es decir, sin fundamento en el código de formas y en la acordada 37 de la cámara que obligaba a sortear la pesquisa de Cabot para cumplir con la garantía del juez natural.

Cito textual los argumentos del Fiscal para ilustrar la forma en que se orquestó la dinámica que no es otra cosa que lo que se conoce con el nombre de *Fórum Shopping*:

"[...] a modo de introducción reseñaré que estas actuaciones tuvieron origen a partir del legajo 62 formado en el marco de la causa 10.456/2014 y en virtud de que los sucesos contenidos en el mismo guardarían puntos de conexión con aquellos que se investigan en la citada causa, en tanto también podrían existir imputaciones en común entre

ambas investigaciones. Ello a la vez de evitar entorpecer el avance de la citada causa 10.456/2014 que registra un estadio procesal avanzado. "(conforme foja 2102 de esta causa N° 9.608/2018)" (Peñafort, 2020. p.11)

Lo que es preciso retener, entonces, es la forma en que se provocó la designación de un juez y de un fiscal. Se eludió el sorteo que era el camino correcto. Un juez aceptó una propuesta del fiscal en una causa anterior a la revelación del periodista. Como la información era mucho más grande que su causa, incorporó un segmento al viejo proceso y formó uno nuevo con el resto. La conexidad fue el medio que permitió escoger un juez a la carta. La paradoja de todo esto es que la ausencia de respaldo legal de la decisión tiene un importante reconocimiento jurisprudencial.

Para decirlo con más precisión, la cuestión es bastante clara. La jurisprudencia estableció que este tipo de conflictos no revisten mayor seriedad. Los trata como si el punto se limitase a la mera distribución de trabajo dentro de los tribunales. No obstante, como se dijo, atañen a la garantía del juez natural. En efecto, la interpretación judicial es pacífica. Establece que esas interferencias de normas no son irrevisables a través del recurso de apelación (D'Albora, 2005; CCC Fed., Sala I, E.D., t. 170, p. 508, f. 47621; CCC, Sala V, D.J., 2003-3 p.1184)

En efecto, la pacífica jurisprudencia de la Cámara Federal afirma que la radicación de las causas ante jueces de un mismo fuero no causa agravio a las partes. Ello quiere decir que no se puede apelar. La única alternativa de una revisión se da en el supuesto que dos jueces se asignen una causa y que ninguno de ellos la quiera. En ese caso, la decisión queda en manos del presidente de la cámara. En cualquiera de esas alternativas, la impotencia ciudadana es patente. No hay forma legal de expresar la disconformidad con un procedimiento de esta naturaleza.

Sigamos con la conexidad. Pablo Slonimsqui en el libro "Fórum Shopping Reloaded" (2018) explica:

"Para las prácticas cotidianas en los tribunales locales, fórum shopping es la posibilidad de escoger a dedo el tribunal que entenderá en un determinado conflicto, lo que viola las reglas que fijan la competencia y la asignación de causas." (2018, p.34)

Esto resulta por demás sospechoso y agrega el autor:

"Desde una perspectiva estrictamente procesal, el fórum shopping atenta contra la garantía de imparcialidad contemplada en nuestra Constitución Nacional. Esto es, ciertamente, lo que sucede en aquellos casos en los cuales un magistrado o funcionario es escogido por alguna de las partes a través de algún artilugio, lo cual configura una razón suficiente, fundamento objetivo, para dar por cierto un temor de parcialidad. Esa certeza es la base de la recusación. Dicha circunstancia, en principio, puede no tener relación alguna con la honorabilidad de la persona escogida" (2018, p. 255)

Analizando nuestro caso a luz de esta breve cita surge con total claridad que se habría configurado el mencionado Fórum shopping. Y este fue la condición necesaria para que se pueda instrumentar un caso de *lawfare*. Recapitulemos: se eligió un fiscal y un juez para llevar adelante la investigación sobre un hecho de corrupción. Se utilizó un artilugio, en el sentido en que lo expone Slonimsqui y se hizo pública la cuestión en los medios de comunicación masiva para visibilizar el hecho.

Para poder llevar adelante esta maniobra se usó la institución "conexidad" pues la misma se encuentra exenta de posibles apelaciones o controles del tribunal de alzada. El único caso en que interviene el Presidente de la Cámara Federal (de acuerdo con la acordada mencionada) es aquel que surge del conflicto entre dos jueces por aceptar o no dicha conexidad. De todas formas, no es apelable. Estamos entonces frente a una laguna que permite la manipulación del sistema de justicia en detrimento de las garantías del debido proceso (imparcialidad, juez natural, defensa en juicio) y la igualdad ante la ley, todo mediante el uso de la ley para el provecho privado.

Ha llegado el momento de reflexionar sobre alguna solución a esta cuestión que ha quedado fuera de posibles revisiones. Estamos frente a una discrecionalidad enorme y nos aventuramos a sostener, que la misma ha surgido suponiendo la buena fe de los actores. En pocas palabras cuando se ha definido la conexidad y se ha dejado abierta la posibilidad de instrumentar su puesta en práctica, se lo ha hecho teniendo como idea rectora que dichos conflictos de unificación o no de causas no serían utilizados con fines políticos y que la interpretación de las normas no sería separada de todo contenido moral.

Nos encontramos frente a un uso privado de las normas, en el sentido de que se las utiliza para obtener un beneficio personal. Esto con un objetivo claro: conseguir un juez a medida y, así, tratar de neutralizar a un contrincante político. Se hace mediante el estiramiento en la interpretación de la ley. Para ello solo se necesita que se pongan de acuerdo un juez y un fiscal con un periodista de un medio masivo de comunicación y así la rueda comienza a girar.

Y no se abre un juicio de valor acerca de la solvencia jurídica o de las pruebas de la causa de los cuadernos, sino que el énfasis está puesto en su origen y en las particularidades que desató ese origen. Basta señalar la nota periodística del sitio Iprofesional (2019) "Lunes maratónico: Bonadío citó a Cristina Kirchner a ocho indagatorias en Comodoro Py" en la que se detalla que el día 25 de febrero de 2019 Cristina Fernández de Kirchner prestó ocho veces declaraciones indagatorias frente al mismo juez de instrucción, Dr. Bonadío. Siete correspondientes a la causa de los "Cuadernos" y una a la de "Gas licuado». Esa singularidad es suficiente a los fines de este texto.

En el fondo, es razonable hipotetizar que el resultado jurídico a largo plazo no es lo único importante, ya que el uso arbitrario de las formas procesales viabiliza la práctica del

lawfare. Es decir que, además de la afeción del servicio de justicia que ello envuelve, el trámite del expediente sirve para dañar la imagen de los sometidos a proceso. En otras palabras, el uso instrumental de las reglas de conexidad es una fuente del uso de la ley como un arma.

La pregunta se impone ¿cómo evitar el uso irregular de las reglas procesales? Más allá de la dimensión ética en el trabajo de la justicia, intuimos que la solución a corto plazo parece indicar que al menos es necesario incluir la posibilidad de que las partes puedan pedir la revisión de este tipo de decisiones. Esa labor es legislativa y también de la comunidad jurídica. Concretamente, se pueden modificar las normas o interpretarlas de un modo razonablemente compatible con el artículo 18 de la Constitución Nacional.

En efecto, dicha revisión permitiría al menos que frente a un uso de la norma con fines privados haya un posible remedio procesal, ya que lamentablemente no puede quedar todo librado al compromiso moral de los actores del proceso. Esto será más sencillo de reflexionar con la ayuda de Jürgen Habermas para quien el derecho cumple con:

“[...] la función de “mediación social” y será la racionalidad comunicativa, lenguaje mediante la que, a través del discurso, le dará un uso a la razón práctica del derecho. En otras palabras, es el lenguaje a través de los discursos que pondrá en uso la ley, la cual es a su vez el producto de esa misma acción comunicativa. El derecho es sinónimo de integración social y su legitimación es la puesta a prueba de dicha integración. Pues en cada norma, constituida por expresiones lingüísticas hay 3 elementos: algo que se dice, lo que se quiere decir y la forma de hacerlo” (Blajeau Bent. 2018, p.100)

En nuestro caso de estudio hubo un uso privado de la norma y se dejó de cumplir la función mediadora que esta norma debe tener. Ha prevalecido el uso privado regido por la moral (o su carencia) sobre el público y político que se rige por la ética. Cuando no hay equilibrio entre estos dos elementos el derecho deja de cumplir la función de amalgama social para transformarse en una herramienta que puede ser usada con argumentos puramente utilitaristas debajo de un supuesto objetivo: lo mejor para la mayoría, como explica Kymlicka con relación a la corriente filosófica utilitarista: “[...]que el acto o la política moralmente correcta es aquella que genera la mayor felicidad entre los miembros de la sociedad” (1990, p.21).

En síntesis, bajo la representación del “mejor acto moral, [y que] será aquel que logre el máximo desarrollo del bienestar de la sociedad” (Kymlicka, 1990, p.23) se sepulta la función de unión social que subyace a las leyes, pues un pequeño grupo, se arrogó la capacidad de decidir discrecionalmente qué es bueno para el resto olvidando los procesos que ley prescribe, que pueden no ser los mejores, pero que disponen mecanismos para eventuales correcciones. Así nuevamente vemos cómo esa característica de poder contra mayoritario de la que goza el poder judicial es exprimida al máximo. En este caso,

no para lo que planeaban los federalistas, controlar la constitucionalidad de una norma emanada del congreso, la que podría estar teñida de los humores sociales, sino para decidir sobre los derechos de una persona, sin ser leales con las leyes y la Constitución que juraron proteger.

A modo de cierre

Ha llegado el momento de realizar un cierre. Se ha descrito la dinámica del *lawfare* como aquella en la que interactúan dirigentes de un frente o partido político, con miembros del sistema de justicia y medios de comunicación masiva, que a su vez suelen apoyarse en las redes sociales. Estos tienen como objetivo neutralizar a un dirigente político, que suele ser parte de un partido o frente de raigambre nacional y popular.

Esta confluencia de actores suele realizar una denuncia por uno o varios hechos de corrupción, la cual formará parte de la agenda mediática por el tiempo que sea necesario para instalar la verosimilitud del hecho en el imaginario social.

En nuestro caso de análisis, un periodista realizó una denuncia ante un fiscal específico, para que el expediente se radique en un juzgado determinado, llevando a la práctica lo que se conoce como *fórum shopping*. Esta acción tiene como objetivo elegir el tribunal que investigará o juzgará el hecho supuestamente disvalioso. Para poder hacer esto se hace uso de la acordada número 37/2012 de la Cámara Federal, estirando la idea de conexidad pues la decisión en cuestión es inapelable, porque así lo establecieron los jueces.

Dicha interpretación de la ley permite la cristalización del *lawfare* y su objetivo es generar que el oponente político no tenga la posibilidad cierta de ejercer sus derechos políticos, toda vez que, aunque legalmente pueda votar o ser elegido, en la práctica dicho derecho se torna cuasi imposible, ya que su imagen y credibilidad han sido vapuleadas y denostadas, bajo la supuesta seriedad de un expediente judicial. Por ejemplo, declarando 8 veces en un día.

La solución a este problema parece estar al alcance de la mano. Es necesario un doble movimiento. Por un lado, que las cámaras de apelaciones regulen de otro modo la decisión de las cuestiones de conexidad evitando, la concentración en la presidencia de la cámara de apelaciones. Se trata de una intervención cuasi legislativa de la propia justicia en su ámbito. Por el otro, una intervención de la comunidad jurídica que dispute la interpretación de las normas y, de ese modo, se permita la apelación de decisiones tan complejas como aquellas que dirimen la garantía del juez natural. La jurisprudencia actual simplifica la cuestión. Trata como un problema de distribución de trabajo –contendidas de conexidad– a conflictos en los que se dirime la garantía del juez natural. Disputar esa interpretación es un desafío para los abogados.

Referencias

- Blajeau Bent, Yvonne** (2019) "El Proceso de interrupción de gobiernos democráticamente electos a través de mecanismos previstos en la ley: Impeachment o juicio político en Brasil a partir de la Constitución de 1988, 2991-2016 <http://repositorio sociales.uba.ar/files/show/1019>
- Cabot, Diego** (2018). "Cuadernos de las coimas: cómo se hizo la investigación; paso a paso, entre el asombro, el cansancio y el oficio",
- Código Procesal Penal de la Nación** (TO 2014. Ley 27063. Decreto nro.118/2019)
- Constitución Nacional Argentina** (TO 1994. Ley 24430)
- Cámara Criminal y Correccional Fed.**, Sala I, E.D., t. 170, p. 508, f. 47621;
- Cámara Criminal y Correccional**, Sala V, D.J., 2003-3 p.1184
- D´Albora, Francisco** (2005) Código Procesal Penal de la Nación comentado. Abeledo Perrot
- Dunlap Jr., Charles** (2001). Law and Military Interventions. Preserving Humanitarian Values in 21 sr. Conflicts. Prepared for Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference. Carr Center for Human Rights Policy Kennedy School of Government, Harvard University. Washington, D.C. November 29, 2001.
- Dunlap Jr., Charles J.** (2015) *Lawfare*, in National Security Law 823-838. John Norton Morre *et al.* eds.
- Ferrajoli, Luigi** (2011) Derecho y Razón. Editorial Trotta
- García Guerra, Gonzalo** (2015) La Justicia Subrogada. El nuevo régimen de subrogancias a la luz de la garantía del juez natural. Reflexiones acerca de la validez de la remoción del Dr. Luis M. Cabral como juez subrogante de la Cámara Federal de Casación Penal. Revista de Pensamiento Penal.
- Gargarella, Roberto** (1996) La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Ariel. Barcelona.
- Hamilton, Alexander; Madison, James y John Jay.** (1788) El federalista. <https://libertad.org/media/El-Federalista.pdf>
- iprofesional**, (2019) Lunes maratónico: Bonadío citó a Cristina Kirchner a ocho indagatorias en Comodoro Py <https://www.iprofesional.com/legales/286880-bonadio-cito-a-cristina-kirchner-a-ocho-indagatorias-en-comodoro-py>
- Klymlicka, Will** (1995) Filosofía política contemporánea. Una introducción. Editorial Ariel. Barcelona.
- Leon Castro, E.** (2020). La encrucijada del *Lawfare*: entre la judicialización y mediatización de la política. Nullius, 1(1), 85-104. Recuperado de: <https://revistas.utm.edu.ec/index.php/Nulluis/article/view/2476>
- Levi, Simona** (2019) (Dir.). "Propaganda. Breve historia de las fake news, la manipulación informativa y la desinformación". En #FakeYou. Fake news y desinformación. Gobiernos, partidos políticos, mass media, corporaciones, grandes fortunas: monopolios de la manipulación informativa y recortes de la libertad de expresión. Rayo verde.

Maier Julio B., (2012) Derecho Procesal Penal, TOMO I, Fundamentos, Editores del Puerto, 2a ed.

Peñafort, Graciana (2020) Expediente 9608/2018. Vista en los términos del artículo 349 CPPN.

Pereyra Sebastián. (2013) Política y transparencia. La corrupción como problema público. Siglo XXI editores.

¿Corrupción o pobreza? El principal problema argentino también es víctima de la "grieta" (Perfil, 2021) 15 de junio <https://www.perfil.com/noticias/politica/encuesta-grieta-votantes-jxc-creen-corrupcion-es-principal-problema-fdt-dicen-pobreza.phtml>

Slonimsqui, Pablo (2018) Forum Shopping Reloaded. Planeta.

Sosa Escudero, Walter (2019) Big data. Breve manual para conocer la ciencia de datos que invadió nuestras vidas. Siglo XXI editores

MARCELO ANDRÉS MAISONNAVE*

El rol de la CSJN en tiempos de *lawfare*

¿Qué Corte Suprema necesita Argentina para contrarrestar el *lawfare* y afianzar los derechos humanos?

Introducción

El ciclo de gobiernos progresistas, nacional populares o de izquierda, que tuvieron predominio en América Latina en los primeros doce o quince años del Siglo XXI, encontró su freno y declive entre los años 2012 y 2015, según los distintos casos. En este grupo de países se ubican Brasil, Argentina, Venezuela, Ecuador, Bolivia, Paraguay, Uruguay y Honduras. En ese proceso de retroceso, es posible encontrar un factor común que atraviesa el continente: el *lawfare* como un mecanismo de desgaste a la legitimidad social de los proyectos políticos populares, con el Poder Judicial como un enclave en el cual los poderes fácticos encontraron luz verde para actuar (Médici, 2021). En los primeros doce años del siglo, la región había experimentado un importante crecimiento económico, reducción masiva de la pobreza, desendeudamiento externo y una inédita integración regional que incluso se extendía a los gobiernos de otras posiciones políticas (Serrano Mansilla, 2015; Rojas Villagra, 2015; Estepa y Maisonnave, 2021).

Para introducir esta ponencia, es importante resaltar que en América Latina, desde finales de los '80 predomina la corriente jurídica conocida como neoconstitucionalismo (Alterio, 2015), que brinda al Poder Judicial un rol fundamental en la resolución de los

(*) Maestro en Derechos Humanos (UASLP, México) y Abogado (UNR). Docente de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, UNR. Investigador del Grupo de Trabajo CLACSO "Crítica Jurídica y conflictos socio políticos", del Observatorio de *Lawfare* (CELAG) y de la Cátedra de Pensamiento Constitucional Latinoamericano (ICLA, UNR). Líneas de investigación: derechos humanos, constitucionalismo, derecho a la comunicación, Poder Judicial. Correo electrónico: marceloamaisonnave@gmail.com

conflictos sociales que en otro tiempo procuraban resolverse en las arenas políticas y electorales. Proveniente de Europa Occidental, el neoconstitucionalismo es una concepción del Derecho generada tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial, que impactó en las reformas constitucionales de Alemania en 1949, Italia en 1949, Portugal en 1976 y España en 1978, en las que se construyó un bloque de derechos fundamentales con la intención de recuperar el rol de la moral en los sistemas jurídicos, tras las atrocidades sufridas por las poblaciones en esos países antes de y durante la mencionada Guerra Mundial. Para consolidar un Poder contramayoritario o contrademocrático, se elevó el rol del Poder Judicial como última palabra en la definición de los conflictos o casos controversiales, particularmente, aumentando la capacidad de dictar inconstitucionalidades a los jueces, que tomaron un rol cada vez más activo interviniendo en temas que habitualmente quedaban reservados al ámbito político. Si bien ya desde el caso *Marbury vs. Madison* de 1803, y desde la constitución de los Estados modernos el papel del Poder Judicial fue cada vez más importante, lo cierto es que después de la Segunda Guerra Mundial esto se potenció.

Esta corriente, justificada en Europa en tanto en ocasiones los regímenes genocidas estaban avalados por una mayoría social, se trasladó acriticamente hacia América Latina a finales de los '80 y principios de los '90, con las reformas constitucionales y judiciales acontecidas tras las caídas de las dictaduras cívico-militares de la región y el retorno de las democracias. Con estos parámetros reformaron sus constituciones Brasil en 1988, Colombia en 1991, Paraguay en 1992, Perú en 1993 y Argentina en 1994. Para evitar cualquier mala interpretación, es justo señalar que las reformas avanzaron en materia de garantía de derechos humanos, en líneas generales. Es la paradoja del neoconstitucionalismo: incorpora extensos catálogos de derechos humanos, a la vez que dota de mayor jerarquía al Poder Judicial, relegando la importancia de la soberanía popular y la democratización de las instituciones.

Otra diferencia importante respecto de las realidades europeas y latinoamericanas, es que en Europa el neoconstitucionalismo se dio a la par del refuerzo de la integración regional, con el avance y consolidación de la Unión Europea, mientras que América Latina el neoliberalismo político y económico predominante impidió que la integración regional se fortaleciera.

Juristas liberales con reconocimiento como Ricardo Gil Lavedra afirman que el *lawfare* "depende en última instancia de un juez que reconozca las violaciones que se reclaman" (Gil Lavedra en Aquino Britos, 2021). Esto, según nuestro punto de vista, es el núcleo del neoconstitucionalismo en lo que respecta al sistema judicial: un mecanismo en el cual es el propio Poder Judicial el que se autorregula, se autolimita, con una escasísima participación ciudadana, y en particular, con los problemas históricos que aquejan al Poder Judicial: su falta de transparencia, su lenguaje encriptado, sus procesos largos, costosos, tediosos y tan lejanos al entender de la mayoría de la sociedad. A eso, cabe

acotar su integración tradicionalmente patriarcal en los lugares de mayor poder, sus cargos prácticamente inamovibles, sus privilegios en materia salarial, jubilatoria y otros, que de una forma u otra, terminan consolidando un Poder de élites, el cual cumple un rol determinante en nuestros Estados Constitucionales de Derecho.

En Argentina, la reforma constitucional de 1994 es un paradigma del neoconstitucionalismo latinoamericano. Este proceso tiene luces y sombras. Por un lado, por ejemplo, desde 2003 y a la par del impulso de los Poderes Ejecutivo y Legislativo (vale recordar la derogación de las Leyes de Obediencia Debida y Punto Final, en agosto de 2003), el Poder Judicial promovió las causas por delitos de lesa humanidad a partir del trabajo impecable de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de numerosos tribunales inferiores aplicando los principios incorporados por vía del art. 75 inc. 22 con los Tratados de Derechos Humanos. Sin embargo, al mismo tiempo, se observa cada vez más una judicialización de la política que afecta el normal desenvolvimiento de los debates sociales que deberían tratarse en el Congreso o canalizarse en vías electorales. El activismo judicial, en otras palabras, puede servir tanto para avanzar en garantizar derechos humanos, como en funcionar como un freno de mano para cambios progresistas y para entorpecer procesos democratizadores. En nuestro país, además, rige el sistema difuso de control constitucional, el que permite que un juez de cualquier instancia ya sea de fueros provinciales o federales, puede dictar la inconstitucionalidad de una norma en todo o en parte para el caso concreto (Estepa y Maisonnave, 2020: 72). La historia reciente en Argentina es suficiente muestra de ello: recordemos las demoras que tuvo la aplicación de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, por distintas medidas cautelares que dictaban jueces de primera y segunda instancia, hasta que la Corte la validó en plenitud.

En este escenario, ¿qué resulta determinante? La primera respuesta, es que resulta fundamental definir quiénes son los jueces que integran los tribunales y la Corte, en tanto tendrán poder de decisión sobre temas trascendentales en todas las materias (sociales, económicas, ambientales, de género, laborales, de seguridad social, penales, constitucionales, etc.). La segunda cuestión de igual importancia es alcanzar consensos en cuanto a cómo debe funcionar el Poder Judicial, cómo debe integrarse la CSJN, el Consejo de la Magistratura, qué nivel de participación puede tener la sociedad en los procesos judiciales, resolver las problemáticas de acceso a la justicia, entre otros puntos que hacen a dicho funcionamiento.

Por si hiciera falta ser más claro: aceptar la existencia del *lawfare*, en ningún modo implica negar la existencia de hechos de corrupción en la función pública; al contrario, el *lawfare* lo que termina logrando es confundir a la sociedad y no permite dilucidar con precisión cuándo hay un delito y cuándo no. Otra aclaración: aceptar la existencia del *lawfare*, reafirma la importancia fundamental de vivir en un país con un Estado Constitucional de Derecho real, que tenga sus bases en la soberanía popular y en la democracia;

con *lawfare*, no hay Estado de Derecho. De aquí la importancia que tiene estudiarlo y evaluar alternativas para desterrarlo. Negarlo es lo peor que podemos hacer.

En este breve artículo, en forma de ensayo, en primer término, se analiza el concepto de *lawfare*. Posteriormente, se evalúa el rol de la CSJN en tiempos de *lawfare* en Argentina. Por último, se consideran distintas posibilidades para transformar la CSJN y por ende, el Poder Judicial en Argentina.

Acerca del concepto de *lawfare*

No debe alarmar nadie el hecho de que un concepto novedoso, como es todavía el *lawfare*, genere importantes polémicas dentro y fuera del ámbito académico, tanto a nivel nacional como internacional. No es la primera ni será la última vez que esto suceda. En las ciencias sociales, es frecuente que ciertos conceptos sean discutidos e incluso rechazados por actores de distintos sectores, al mismo tiempo que son descritos y aprobados por medio del consenso por parte de otros/as investigadores/as, académicos/as, o juristas, para nuestro caso. Esto ocurre con el *lawfare*, término que poco a poco se fue instalando en el lenguaje jurídico y político en América Latina en la última década, al punto presente donde una mayoría de estudiosos/as alcanzan cierto acuerdo sobre su definición y su alcance, si bien existen referentes del campo jurídico como Roberto Gargarella (Gargarella en Actualidad en Foco, 2020) o el ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Ricardo Lorenzetti que rechazan la existencia del *lawfare* (Lorenzetti, 2022).

Por fuera de América Latina, principalmente en Estados Unidos, suele entenderse al *lawfare* como el uso de la ley como un arma para obtener objetivos militares en un contexto de guerras no convencionales o híbridas, en tiempos donde surgen nuevas amenazas geopolíticas a las potencias occidentales, como son Rusia y China. De acuerdo a estas posiciones, el *lawfare* es parte de las estrategias de gobiernos no aliados al poder occidental, para debilitar su liderazgo global.

En cambio, en nuestra región, se tomó el concepto pero con una idea diferente. En este caso, se entiende por *lawfare* el uso de la ley como un arma pero referido a la intención de perseguir, destruir o eliminar enemigos políticos, en contextos de tensiones entre proyectos políticos populares y proyectos neoliberales alineados a intereses de los poderes fácticos. Estas diferentes conceptualizaciones, además de las disidencias ya mencionadas, permiten entender que el *lawfare* es una agenda en construcción (Romano, 2021). De todos modos, consideramos que existen consensos suficientes como para delimitar el concepto y particularmente en el caso argentino, hay elementos visibles en la agenda política como para confirmar la existencia del *lawfare* en el país en la última década.

Es importante ubicar en tiempo y espacio el fenómeno del *lawfare*, en tanto esto permite comprender sus implicancias, características y consecuencias. En este sentido, el *lawfare* es una de las principales herramientas con las cuales articularon los sectores concentrados del poder financiero internacional y sus aliados locales, en distintos países latinoamericanos, para responder a la oleada de gobiernos progresistas, de izquierda o nacional y populares que tuvieron predominio en los primeros quince años del siglo XXI. En ese lapso, gobernaron fuerzas políticas populares alternativas al neoliberalismo en Argentina, Brasil, Bolivia, Ecuador, Uruguay, Venezuela, Honduras y Paraguay; este ciclo comienza a declinar desde el año 2012 en adelante, tocando su punto más bajo entre 2015 y 2020, cuando merced a nuevos resultados electorales, se reconstruyen dificultosamente los frentes políticos populares en Bolivia, Argentina y Honduras, donde acceden al gobierno nacional, en tanto que en Brasil y Colombia hay expectativas en el mismo sentido. Además, en México desde 2018, por primera vez en décadas llegó a la presidencia un líder de la izquierda popular, como Andrés Manuel López Obrador; algo similar sucede en Perú desde 2021, con Pedro Castillo, si bien el caso peruano es de una complejidad muy particular que excede el análisis de este trabajo.

Es notable que el retroceso observado entre 2012 y 2020, tuvo al *lawfare* como un fenómeno muy relevante en todos los casos, más allá de que en cada país asumió distintas dimensiones y se vinculó con otros procesos sociales y políticos. El *lawfare* es parte de una estrategia para intervenir en la región entorpeciendo, debilitando, desarticulando y si fuera posible hasta destruyendo los proyectos colectivos nacionales y populares o progresistas, que fueron hegemónicos en la primera parte del siglo actual. Cabe decir, estos proyectos habían surgido en reacción al colapso y total fracaso del modelo neoliberal imperante en América Latina desde finales de la década del '70 hasta el año 2000, el cual se había organizado en torno al Consenso de Washington.

En concreto, el concepto de *lawfare* explica el uso estratégico del bloque neoliberal de herramientas específicas para la disputa política, como son los medios de comunicación hegemónicos y el manejo de las lógicas algorítmicas de las redes sociales (Morozov, 2013), articulando con sectores del poder judicial, operando con los organismos de inteligencia (Fernández, Thea y Benente, 2020), e incidiendo en la economía mediante el uso del poder de los sectores concentrados del mercado financiero. De esta manera, mediante el cruce de estos factores, buscaron debilitar y expulsar del Gobierno a las fuerzas progresistas (Estepa y Maisonnave, 2020).

Para poner en marcha el *lawfare*, estos sectores no dudaron en violar el debido proceso en materia penal, forzando principios básicos como el de juez natural, de inocencia, de excepcionalidad de la prisión preventiva, de defensa en juicio, de cosa juzgada, y hasta impusieron normas ajenas a la tradición latinoamericana en el fuero penal, como es la llamada "Ley del Arrepentido". Es decir, forzaron todo lo que fuera necesario, incluyendo el uso de escuchas ilegales o el dictado de sentencias arbitrarias y carentes de

fundamento, con la finalidad de perseguir, amedrentar, procesar, encarcelar e inhabilitar para cargos públicos a dirigentes políticos de los gobiernos progresistas o populares. Los medios de comunicación hegemónicos en simultáneo fueron clave para estigmatizarlos, a la vez que insistían permanentemente en denostar las políticas heterodoxas en materia económica en favor del decálogo neoliberal clásico.

Esta distorsión de las funciones del Poder Judicial, puso en crisis a dicho poder estatal como a la democracia toda, al violar los fundamentos del Estado de Derecho, los principios y las garantías constitucionales, con la intención de extorsionar y suprimir a ciertos actores políticos, debilitando la vida institucional de nuestras naciones. Señala Alejandra Gils Carbó que al *lawfare* lo llamaría violencia privada estatalizada con fines de persecución política, dado que se utilizan los mecanismos del Estado, esto es la coerción estatal del derecho penal, mediante la intromisión para fines de coerción estatal con espionaje (Estepa y Maisonnave, 2021: 140 y 141). De este modo se generó un desgaste muy fuerte en figuras políticas destacadas del ciclo progresista, que debieron asumir no sólo el costo político de esas persecuciones, sino también los costos económicos de procesos judiciales complejos, extensos e irracionales.

De cualquier manera, el principal costo no lo pagaron las víctimas directas del *lawfare*, sino que recayó en los pueblos de la región, que sufren en carne propia el retroceso económico, la pérdida de derechos, la falta de respuesta estatal a demandas urgentes, y la desarticulación de los proyectos políticos populares que defienden la soberanía como primer paso para elevar el nivel de vida de toda la población. De más está decir, que nadie está argumentando que sólo es grave violar el debido proceso o los principios constitucionales cuando esto se acomete contra dirigentes progresistas o del campo popular; igualmente grave es cuando sucede contra dirigentes de las derechas o del neoliberalismo. Lo que sí estamos diciendo en este trabajo, es que el *lawfare* en América Latina, en la última década, se dio con estas características y contra dirigentes del ciclo progresista.

El rol de la CSJN en Argentina en tiempos de *lawfare*

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha erosionado en los últimos años el prestigio que supo construir entre 2003 y 2013, década en la cual dictó fallos históricos sobre derechos humanos, crímenes de lesa humanidad, derecho a la comunicación, ambiente e igualdad de género, entre otras materias (por ejemplo, los fallos Arancibia Clavel, Simón, Jesús Derecho, Mazzeo, Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, Causa Mendoza o Riachuelo, y otros). Sin embargo, desde junio de 2013, cuando por mayoría declaró la inconstitucionalidad de buena parte de las leyes sancionadas en el marco de la reforma judicial denominada “democratización de la justicia”, la CSJN tomó un camino diferente, donde predominan los frenos a la conquista de derechos sociales, horadando el liderazgo con el que contaba hasta el momento al interior del Poder Judicial y hacia la sociedad toda.

Desde entonces, se concentró en internas palaciegas, en vinculaciones poco claras con personas externas al Poder Judicial, y en cuanto al *lawfare*, permitió su instalación y crecimiento en el país, sin ponerle freno alguno e incluso negándolo. La Corte dejó de ser una referencia prestigiosa, para convertirse en los años del macrismo en un actor más entre tantos con intereses particulares poco transparentes, avalando prácticas contrarias a lo previsto en un Estado de Derecho, ya sea por acción o por omisión.

Un caso emblemático de estos años, es el fallo Muiña, que dictó la CSJN en 2017, por el cual aplicaron la Ley del 2x1 en el conteo de los años de prisión para condenados por delitos de lesa humanidad. Conocido el fallo, la reacción de la sociedad y de los organismos de derechos humanos fue tan adversa y multitudinaria, con movilizaciones en todo el país, que el Congreso aprobó la Ley 27.362 por la cual se prohibió expresamente la aplicación del 2x1 para casos de delitos de lesa humanidad. Finalmente, la propia CSJN dio marcha atrás y revocó su propia decisión.

En realidad, la verdadera reforma judicial que se realizó entre 2015 y 2019, es la reforma del *lawfare*, de las operaciones dirigidas contra personas incómodas para el establishment, de la demora o freno a las causas por delitos de lesa humanidad, del retroceso en materia de derechos laborales, de la promoción a las escuchas ilegales y del aval a prisiones preventivas contrarias a la ley. Se modificaron las prioridades del Poder Judicial, se extendió la criminalización de las protestas y la judicialización de la política con modos arbitrarios, antidemocráticos y discrecionales (Taddei y Thwaites Rey, 2019; Médici, 2021).

En este contexto, la reunión del juez de la Corte Ricardo Lorenzetti, con el juez brasileño Sergio Moro y el juez argentino Claudio Bonadío (fallecido), dos emblemas del *lawfare*, en un encuentro con jueces federales argentinos y el entonces ministro de Justicia Germán Garavano acontecido en abril de 2017, es el mayor hecho simbólico que tuvo la época, donde la CSJN permitió que avancen las persecuciones y las arbitrariedades en distintas causas que sufrieron dirigentes políticos del gobierno liderado por Cristina Fernández de Kirchner (Ghea, 2019; Desojo, 2020).

El proceso macrista, potenció una intervención judicial en la política a partir de una declamada lucha contra la “corrupción kirchnerista”, que le permitieron ocultar en la agenda mediática los ajustes, el endeudamiento, el recorte de obra pública y el retroceso en materia de derechos humanos, profundizando la apatía social y el desencanto (Zaffaroni, Caamaño y Vegh Weis, 2020). En nuestra época, los regímenes basados en la posverdad trabajan con formatos de tergiversación informativa, donde desaparecen las autoridades verificadoras, no hay fuentes epistémicas fiables que contrasten la veracidad de las afirmaciones (Médici y Vallefin, 2021).

Al estudiar las vinculaciones entre *lawfare* y democracia, surge que los efectos del *lawfare* continúan más allá del tiempo donde se producen las causas judiciales concretas

que lo explican; produce una onda expansiva, una degradación democrática tanto del sistema institucional como de la cultura política de la ciudadanía y de los representantes (Salas Oroño, 2021).

Discusiones y alternativas para una nueva CSJN

Nuestra Constitución Nacional define las funciones del máximo tribunal de la Nación y el método de designación de los miembros de la Corte. Sin embargo, no establece ni la cantidad de integrantes, ni establece una postura respecto de la posibilidad de establecer salas especializadas, ni requiere una integración equilibrada en materia de géneros, de origen por regiones o provincias, ni otras posibles cuestiones que podrían establecerse por ley.

En ese sentido, el manejo de los tiempos para fallar es otro mecanismo que posee la Corte para posicionarse políticamente según las coyunturas, al no haber reglamento o legislación alguna que le imponga un plazo para dictar sentencias en los distintos casos donde le toca juzgar. No caben dudas que el rol de la CSJN es determinante en el funcionamiento del Poder Judicial, si bien desde 1994 el Consejo de la Magistratura posee funciones específicas de organización y administración del mencionado Poder estatal.

Del mismo modo, los movimientos que realizan los jueces de la Corte, la construcción de hechos simbólicos y declaraciones públicas, coadyuvan a edificar al Poder Judicial en determinado tiempo histórico. Como se viene describiendo, en los últimos ocho o nueve años, la Corte asumió un rol por el cual poco a poco fue dando habilitación al *lawfare*, priorizando los intereses de las grandes corporaciones económicas y mediáticas del país, relegando la promoción y la garantía de derechos humanos, manejando los tiempos para fallar de manera claramente especulativa (al respecto, alcanza con interpretar el momento en el cual dictó la Corte el fallo sobre la inconstitucionalidad de la Ley 24.937 de conformación del Consejo de la Magistratura).

Son muchas las discusiones existentes para modificar la integración de la Corte. Por un lado, en el corto plazo, existe la posibilidad de designar un quinto magistrado que todos coinciden debería ser una mujer, en el lugar hoy vacante, para completar la integración exigida en la Ley 26.183. Una segunda posibilidad, es iniciar juicio político a alguno de los magistrados a los cuales pueda probarse causales que ameriten dicha investigación y posterior remoción. Y eventualmente, una tercera opción más ambiciosa, es modificar por Ley el funcionamiento y la integración de la CSJN.

Para cualquiera de estas tres opciones, resulta imprescindible alcanzar acuerdos políticos amplios con las distintas fuerzas que componen el Senado de la Nación, lo cual se avizora prácticamente imposible en tanto hay una situación de virtual empate entre el peronismo y la alianza opositora Juntos por el Cambio. Para destrabar o al menos movilizar el tema, el presidente Alberto Fernández conformó en 2020 el Consejo Consultivo

para el Fortalecimiento del Poder Judicial y el Ministerio Público (Decreto 635/2020), que tuvo como objetivo realizar propuestas de reforma judicial en temas seleccionados. Los campos de trabajo, donde los consejeros realizaron sus análisis, fueron: la propia CSJN; el Consejo de la Magistratura de la Nación; el Ministerio Público de la Nación; los Juicios por Jurados; y la transferencia de competencias en materia penal no federal a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. El Consejo trabajó con cuatro enfoques transversales: perspectiva de géneros; federalismo; democratización del servicio de justicia; y agenda digital y de innovación tecnológica.

Finalizado el tiempo de trabajo del Consejo, que entregó su informe en noviembre de 2020, la situación continúa prácticamente en el mismo lugar. Apenas, por el momento, el Senado brindó en 2020 media sanción a un proyecto de ley que promueve transparencia en sorteos de jueces, mejoras en las garantías de los concursos y la creación de algunos tribunales y juzgados en varias jurisdicciones del país. El mal resultado electoral del oficialismo en las legislativas de noviembre de 2021 complicó las expectativas de avanzar en este sendero. Incluso, es muy difícil alcanzar acuerdos para nombrar jueces y fiscales en lugares vacantes.

De todas maneras, más allá de las dificultades políticas del presente, donde resulta muy complejo alcanzar consensos mínimos en la materia, es fundamental que se profundicen las discusiones de cara a la sociedad para reformar el funcionamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y del Poder Judicial todo, retomando algunas de las conclusiones del Consejo Consultivo que cuentan con perspectiva de género y visión federal, procurando ampliar el acceso a la justicia de la población más relegada, para que los derechos humanos dejen de ser un catálogo extenso pero ineficaz y sean verdaderamente garantizados en Argentina.

Desde nuestro punto de vista, respecto del máximo tribunal, se necesita una Corte más amplia, con mayor cantidad de integrantes, con paridad de género y representación de todas las regiones, con salas especializadas por fueros y una sala constitucional donde tenga especial participación la ciudadanía por distintos mecanismos. Además, es deseable que los mandatos de los jueces de la Corte tengan un plazo limitado, por ejemplo, a nueve o doce años (similar a lo que sucede con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que establece un plazo de seis años con una sola renovación posible). Por último, no es viable que la Corte tenga miles de causas por año, esta situación debe modificarse para que el máximo tribunal realmente pueda conducir el Poder Judicial del Estado federal como lo requiere una sociedad compleja del siglo XXI.

En definitiva, teniendo claro el diagnóstico y los problemas actuales, será más sencillo detectar posibles caminos que saquen al sistema judicial argentino de este momento de desprestigio y falta de confianza social. Vale la pena recordar cómo se dio el cambio de la Corte en los años 2003 y 2004, tras mucho tiempo de movilizaciones sociales y posicionamientos políticos; al respecto, el manejo de la agenda pública es determinante (Singman, 2008: 91).

Conclusiones

La crisis del Estado de Derecho y la falta de garantías a los derechos humanos, situaciones que se producen a partir de modelos de gobierno que no respetan la soberanía popular y que incumplen sus funciones constitucionales elementales, golpea a las poblaciones más vulneradas y marginadas del concentrado, empobrecido y excluyente mercado laboral de nuestros países. En tiempos de capitalismo cognitivo y de revolución en las tecnologías de las telecomunicaciones, la realidad latinoamericana, sumada a la realidad global del siglo XXI donde predomina el neocolonialismo geopolítico y el neoliberalismo socio-económico, obligan a repensar y a resocializar las discusiones sobre los modos de conformación de los Poderes estatales más importantes, incluso sin salir de las visiones clásicas liberales de tres poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, que innovó con transformaciones a dicha tríada que se sostiene desde la conformación de los Estados modernos en prácticamente toda la región, por el momento no ha logrado consolidarse lo suficiente. Ante lo cual, es recomendable que una estrategia colectiva que busque iniciar una transformación del sistema judicial en Argentina, para que éste gradualmente tenga los anticuerpos suficientes para evitar el *lawfare*, se plantee en distintos niveles de acción. Esto quiere decir, deben fijarse objetivos de largo, mediano y corto plazo, en los tres niveles con la mayor claridad y definición posible.

Lo que no puede dejar de hacerse, es llevar las discusiones de estos temas a la agenda pública, porque la sociedad argentina tiene la urgencia de interpretar las causas de las tragedias cotidianas que sufre (el genocidio por goteo, como lo define Zaffaroni) para poder atravesar el Siglo XXI de la mejor manera posible, permitiendo una vida digna para toda la población.

De acuerdo a lo expuesto, el rol y el modo de conformación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, debe ser una de las discusiones prioritarias a la hora de proyectar una reforma judicial. Qué Corte necesita Argentina, debe ser la primera pregunta que todos y todas nos debemos hacer, como objetivo de corto plazo. Como lo muestra la historia reciente de nuestro país, no resulta sencillo impulsar reformas judiciales que pretendan modificaciones amplias y extendidas, por la resistencia que esto genera en el propio Poder Judicial y por la dificultad para la población de intervenir en una discusión tan amplia.

Generar una consigna corta y de fácil comprensión, con un objetivo sumamente trascendente como es poner en crisis la actual institución de la Corte Suprema, hecho que cuenta con la capacidad de generar posteriormente una reforma judicial mucho más extendida, es una posibilidad para el presente.

Es visible que las urgencias de la población pasan por acceder a un trabajo, un salario digno, a una vivienda, a la salud, la educación y a la seguridad ciudadana. El desafío es

construir un discurso que permita vincular la falta de acceso a los derechos humanos, con la crisis del Estado de Derecho y de la democracia que son condición necesaria para que se impongan modelos neoliberales de gobierno.

Desde ya, que para proceder a una transformación más profunda del Estado argentino, debería realizarse una reforma constitucional sobre nuevos paradigmas superadores del neoconstitucionalismo. Sin embargo, como es visible, la sociedad argentina y las fuerzas políticas mayoritarias por el momento no encuentran las condiciones adecuadas para iniciar un proceso social semejante.

En definitiva, dentro del marco constitucional actual, debemos trabajar para tener el mejor sistema judicial posible, limitar el *lawfare*, y conformar un Poder Judicial que esté a la altura del tiempo histórico para garantizar los derechos humanos de todos y todas, y especialmente, de la población más vulnerada.

Referencias

- Alterio, Ana Micaela** (2015), Una crítica democrática al neoconstitucionalismo y a sus implicancias políticas e institucionales, Tesis: Doctorado en Derecho, Programa Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid.
- Aquino Britos, Armando Rafael** (2021), *Lawfare*, Estado de Derecho y Democracia. Una perspectiva constitucional, (Buenos Aires - Montevideo: Editorial B de F).
- Consejo Consultivo para el Fortalecimiento del Poder Judicial y el Ministerio Público** (2020), "Recomendaciones" en Argentina.gov.ar, (Buenos Aires), 23 de noviembre de 2020, disponible en <https://www.argentina.gov.ar/noticias/reforma-judicial-recomendaciones-del-consejo-consultivo-para-el-fortalecimiento-del-poder>.
- Desojo, Emanuel** (coord.) 2020, Justicia a la carta. El poder judicial en la era macrista, (Ciudad Autónoma de Buenos Aires – La Plata: CLACSO – EDULP – Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación – Universidad Nacional de La Plata).
- Estepa, Constanza y Maisonnave, Marcelo** (2020), "Poder Judicial, medios de comunicación y política: *lawfare* en Argentina", en Revista Nullius, Vol. 1 N° 2, Julio - Diciembre 2020, (Manabí: Universidad Técnica Manabí), disponible en <https://revistas.utm.edu.ec/index.php/revistanullius/article/view/2685>.
- Estepa, Constanza y Maisonnave, Marcelo** (2021), "Entrevista con Alejandra Gils Carbó: 'Al *lawfare* lo llamaría violencia privada estatalizada'", en Revista Nullius, Vol. 2 N°. 2 (1-15): Julio - Diciembre 2021 (Manabí: Universidad Técnica Manabí), disponible en <https://revistas.utm.edu.ec/index.php/revistanullius/article/view/4119/3852>.
- Estepa, Constanza y Maisonnave, Marcelo** (2021), "Las narrativas en disputa en Argentina", en Revista Memoria, N° 277, 2021-1, (México: Centro de Estudios del Movimiento Obrero y Socialista), disponible en <https://revistamemoria.mx/?p=3294>.
- Fernández, Alberto, Thea, Federico y Benente, Mauro** (coords.) (2020). La justicia acusada, (Buenos Aires: Sudamericana).

- Gargarella, Roberto** (2020), "La idea de *lawfare* me parece ridícula" en Actualidad en Foco (YouTube), 3 de julio de 2020, disponible en <https://bit.ly/34EVK09>.
- Ghea, María E.**, *El método del lawfare para la persecución de Cristina. Alianzas, tácticas y estrategias de la guerra no convencional 2019, Tesis Doctoral en Comunicación* (La Plata: Facultad de Periodismo y Comunicación de La Plata), disponible en http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/87981/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Lorenzetti, Ricardo** (2022), "En Argentina no existe el *lawfare*" en Radio Mitre, (Buenos Aires) 7 de febrero de 2022, disponible en <https://radiomitre.cienradios.com/nuestro-aire/ricardo-lorenzetti-en-argentina-no-existe-el-lawfare/>.
- Médici, Alejandro y Vallefin, Juan Cruz** (2021), "Posverdad jurídica, *lawfare* y nuevas dimensiones del derecho a la verdad", en Revista Nullius, Vol. 2 N° 2 (1-15): Julio - Diciembre 2021 (Manabí: Universidad Técnica Manabí), disponible en <https://revistas.utm.edu.ec/index.php/revistanullius/article/view/4076/3749>.
- Médici, Alejandro**, "La guerra jurídica asimétrica como dispositivo de colonialidad del poder", en RIVERA LUGO, Carlos (ed.) (2021), Boletín #7 del Grupo de Trabajo Crítica Jurídica y conflictos sociopolíticos, Crítica jurídica y política en Nuestra América, *Lawfare* un concepto en disputa, (Buenos Aires: CLACSO), disponible en https://www.clacso.org/wp-content/uploads/2021/04/V1_Critica-juridica-y-politica_N7.pdf.
- Morozov, Evgeny** (2013). *La locura del solucionismo tecnológico*, (Buenos Aires: Katz Editores).
- Rojas Villagra, Luis** (coord.) 2015, *Neoliberalismo en América Latina. Crisis, tendencias y alternativas*, (Asunción: CLACSO).
- Romano, Silvina**, (2021) "El *lawfare* como agenda de investigación" en Revista Nullius, Vol. 2 N° 2 (1-15): Julio - Diciembre 2021 (Manabí: Universidad Técnica Manabí), disponible en <https://revistas.utm.edu.ec/index.php/revistanullius/article/view/4074/3747>.
- Salas Oroño, Amílcar**, (2021), "Los efectos del *lawfare* sobre la democracia brasileña: del lava jato a Bolsonaro" en Revista Nullius, Vol. 2 N° 2 (1-15): Julio - Diciembre 2021 (Manabí: Universidad Técnica Manabí), disponible en <https://revistas.utm.edu.ec/index.php/revistanullius/article/view/4079/3752>.
- Serrano Mansilla, Alfredo** (2015), *América Latina en disputa*, (Caracas: Fundación Editorial el Perro y la Rana – Centro Simón Bolívar).
- Singman, Ezequiel** (2008), *Justicia para todos. Cómo cayó la Corte menemista*, (Buenos Aires: Euros editores).
- Taddei, Emilio y Thwaites Rey, Mabel** (2019), "El Poder Judicial y la reconfiguración neoliberal del Estado bajo el macrismo", en SEOANE, José y Roca Pamich, Belén (comp.), *Salir del neoliberalismo. Aportes para un proyecto emancipatorio en Argentina*, (Buenos Aires: Batalla de Ideas - Tricontinental Instituto de Investigación Social).
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Caamaño, Cristina y Vegh Weis, Valeria** (2020), *¡Bienvenidos al lawfare!*, (Buenos Aires: Capital Intelectual).

CLARIBEL LINGIARDI*

Una reflexión sobre el acceso a la justicia, la defensa pública y las demandas sociales en el marco del *Lawfare*

Introducción

Ante el colapso del sistema de justicia y defensa de derechos humanos por parte del aparato estatal y frente a la compleja realidad social que permea tanto a la República Argentina como a gran parte de Latinoamérica, resulta necesario comenzar a romper el silencio frente a discursos y prácticas tradicionales de la cultura jurídica tradicional y poner en agenda una revisión crítica capaz de interpelar a las históricas estructuras del ámbito jurídico y del Derecho.

En el marco del presente, se propone desarrollar la importancia de un derecho humano fundamental: el acceso a la justicia en el marco de las diversas realidades sociales de desigualdades. Con la intención de ir más allá de lo que comúnmente se entiende por este derecho dentro del sistema moderno occidental, comprendiendo desde la óptica concreta de las clases sociales que enfrentan múltiples vulnerabilidades socio-económicas y jurídicas.

(*) Claribel Soledad Lingiardi, Abogada. Universidad Nacional de Rosario. Maestría en Derechos Humanos. Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México. Claribellingiardi@gmail.com.

Frente a la coyuntura política y social actual, el fenómeno del *Lawfare* viene a irrumpir mediante la politización de la justicia y la judicialización de la política, como mecanismo alternativo a los golpes de Estado de aquellos gobiernos populares que han logrado o amenazan lograr una amplia transformación social en las grandes masas.

De esta manera, este fenómeno supera al mero ámbito del Poder Judicial, y deja en jaqué el sostenimiento de un real y efectivo acceso a la justicia para las grandes mayorías que quedan excluidas de toda posibilidad de reclamar, proteger y garantizar sus propios derechos, por ello que, sus efectos se extienden, entre otras aristas, a descuidar el rol que ocupa la Defensa Pública frente a la violación sistemática de los derechos humanos y la protección de todas aquellas medidas sociales e inclusivas que los garantizan. De acuerdo con ello, consideramos que una de esas reformas necesarias y urgentes conlleva a repensar el rol del Ministerio Público de la Defensa, vértice fundamental para garantizar el acceso a la justicia y más aún frente a la coyuntura judicial actual.

Desarrollo

En el marco de la Argentina actual, surge la necesidad de afianzar la plena vigencia del Estado de derecho, imponiendo el deber de repensar seriamente los distintos vértices de la justicia en función de la defensa de las personas y/o grupos de personas más vulneradas.

Como dice Julián Axat (2015), el sistema de justicia, viene sosteniendo una deuda histórica con los grupos en situaciones de vulnerabilidades socio-económicas, entre varias pendientes, la persistencia de las dificultades evidentes para que estos sectores alcancen eficazmente la resolución de sus conflictos jurídicos por la vía institucional estatal. Esta problemática de acceso a la justicia se deja ver fácilmente en el marco de mi investigación de maestría, en los barrios más populares y periurbanos de la ciudad de Rosario, Provincia de Santa Fe, frente a la ausencia de determinados dispositivos públicos de justicia, el desconocimiento de derechos, de la situación jurídica tanto de los recorridos legales como mecanismos de resolución frente a las problemáticas más habituales de vecinos y vecinas en condición de vulnerabilidad social y pobreza.

“La brecha social se tradujo en brecha jurídica”, establece Rodríguez Alzueta (2014) como consecuencia directa del neoliberalismo, y más aún en épocas tan complejas como las actuales estas brechas, son estructurales y complejas, e impactan fuertemente en las condiciones de vida y la dignidad efectiva de estas poblaciones. “La fragmentación social y el declive de lo político creó condiciones para incapacitar (jurídicamente hablando) a los actores más vulnerables para que puedan ejercer sus derechos” señala en efecto Axat (2015, pág. 213)

Frente a la realidad cotidiana de las mayorías, los medios tradicionales parecen mostrar una justicia activa y comprometida con el pleno cumplimiento del Estado de Derecho y las normas constitucionales. Por detrás, el *Lawfare* como lucha mediática-judicial es estratégicamente utilizado contra los líderes populares para dar lugar a la implementación del neoliberalismo, dejando en evidencia las pujas de los poderes instituyentes oligárquicos en la instalación de un Estado mínimo con ajustes estructurales al gasto social y el libre mercado.

Acceso a la justicia

Comenzaremos poniendo el foco en el concepto de acceso a la justicia, para luego replantear cuál es el estatus jurídico que actualmente le estamos dando, tanto respecto a la posibilidad de las mayorías acceder a las instituciones de justicia estatales.

Su conceptualización ha ido evolucionando con el tiempo y en las últimas décadas ha cobrado gran vigencia. Dentro del derecho moderno, inmerso en el sistema capitalista, la aproximación de este derecho se ha ido gestando en los distintos sistemas jurídicos de una manera más o menos similar, sufriendo profundas reelaboraciones hasta nuestros días. Dependiendo dicho dinamismo de las circunstancias históricas-sociales en que se fue desarrollando la doctrina jurídica tradicional, nacional como internacional, con respecto a los distintos modelos de Estado que han influido en ella. Hay un punto en común insoslayable entre ellas: "la confrontación entre la igualdad jurídico-formal y la desigualdad socio-económica." (Robles, 2007, pág. 1)

Desde los principales presupuestos que enfrentó este campo de estudio, el sistema institucional y jurídico fue planteado en nuestras Cartas Magnas donde primeramente fueron impuestos los derechos individuales y la no intervención del Estado, por lo tanto, el acceso a la justicia sólo era una herramienta para la defensa de los derechos civiles y políticos, como la libertad, igualdad y propiedad. Donde no concernía al Estado auxiliar la "indigencia jurídica" de las personas, el Estado sólo reconocía la igualdad de todos ante el derecho a pedir justicia. Cuando la ideología liberal fue quedando atrás con el reconocimiento positivo de los derechos sociales, se resignifica "el efectivo derecho al acceso a la justicia". Dando lugar a una supuesta actitud activa del Estado, frente a los nuevos derechos económicos, sociales y culturales. Es entonces, desde los años sesenta, cuando comienza a tomar relevancia ante el contexto de surgimiento del "Estado Benefactor, en la medida en que se consideró que dicho acceso era un medio imprescindible para lograr una menor desigualdad social". (Fix Fierro & López-Ayllón, 2001, pág. 112)

Actualmente, se pueden señalar aspectos esenciales como es el acceso a la jurisdicción, el transcurso con las debidas garantías, el cumplimiento y ejecución de la sentencia. Y con ella, devienen posteriormente, el conjunto de elementos que hacen un acce-

so efectivo a los tribunales, especialmente la atención a todas las barreras de acceso como, por ejemplo, el valor de las costas judiciales, los procesos prolongados, como así el famoso “beneficio de litigar sin gastos”, los cuales surgieron en consecuencia al principio de igualdad. Padron Innamorato (2014) lo plantea como “un proceso que se inicia mucho antes del contacto específico con la institución, y atravesar con éxito por este trayecto depende, o está influenciado, por una serie de factores que van mucho más allá de cuestiones institucionales”. (pág. 76) y Mendez “Como un derecho humano primario en un sistema legal que pretenda garantizar los derechos tanto individuales como colectivos” (1999, pág. 4)”

Siguiendo a Julián Axat (2015), en la República Argentina, el acceso a la justicia tiene una dinámica histórica que, durante los últimos 40 años, se viene gestando desde abajo. Una primera noción resuena fuertemente con la demanda de las víctimas y familiares del terrorismo de Estado por un proceso de memoria, verdad y justicia. Una segunda idea, estuvo asociada al activismo en la década de los 90s, frente a las políticas neoliberales y el achicamiento del Estado. Una tercera fase, fue reproducida en el tramo de reconstrucción del tejido social en los umbrales del nuevo siglo frente a casos de violencia institucional, protesta social, y la exigibilidad de los derechos sociales.

Para finalizar en una última noción y quizás vigente hasta nuestros días, que aflora a la par de “Las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”⁽¹⁾ (Marzo, 2008) y el compromiso asumido por el Estado argentino. Esta se encuentra vinculada a la creación de dispositivos estatales de acceso a la justicia para los sectores populares marginados. En esos años, durante el gobierno de Cristina Fernández de Kirchner, se puede ver un incremento en la implementación de políticas públicas que pone de manifiesto el compromiso político, no como un paliativo transitorio, sino como una verdadera política de Estado. Claros ejemplos de estos avances, fueron las implementaciones de determinados dispositivos de acceso creados con la intención de federalizar el alcance de la política pública en acceso a la justicia como fueron la apertura de Centros de Acceso a la Justicia (CAJ) entre los años 2009 y 2012 a lo largo y ancho de todo el país, y posteriormente la creación del Programa de Acceso Comunitario a la Justicia en el ámbito de la Procuración General de la Nación a cargo de la Dra. Alejandra Gils Carbó, y las Agencias Territoriales de Acceso Comunitario a la Justicia (ATAJO).

Sin embargo, mientras que las políticas de estos años, han estado centradas en la integración, dignificación social y un proceso de transformación de las condiciones de vida

(1) Resultan claves en el ámbito del derecho internacional, “Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, las cuales surgen en la XIV edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en marzo del 2008 en Brasilia (Brasil). La Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina adhirió a través de la Acordada N° 5 en febrero de 2009. Años más tarde, en abril de 2018, se aprueba la primera actualización en el marco de la XIX edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana realizada en San Francisco de Quito (Ecuador).

de los grupos marginados y en el mejoramiento de su entorno inmediato, la realidad concreta indica que dichas intervenciones parecieron no alcanzar.

Con el cambio político a nivel nacional que trajo el gobierno de Mauricio Macri, en los años 2015 a 2019, se produjo un retroceso crítico de los logros económicos, sociales y laborales alcanzados en la fase anterior (2013 – 2015). Durante este período, se fueron cristalizando los preceptos neoliberales en el marco de ajustes regionales, que habían quedado atrás como aquellas políticas noventistas. Indefectiblemente, esto produjo un debilitamiento en el tejido social y un agravamiento en las condiciones de vida de los sectores trabajadores y populares. Paralelamente, los recortes en el sistema de justicia y defensa no quedaron afuera. Inmediatamente las tensiones sobre el acceso a la justicia se hicieron sentir fácilmente, golpeando fuertemente al Ministerio de Justicia, sobre los miles de despidos al personal estatal, ajustes presupuestarios, impactando de lleno en el personal y en infraestructura de los CAJs y programa ATAJO, que si bien se sostuvieron en lo formal han sido fuertemente recortados en recursos materiales, humanos e institucionales.

Reformas judiciales necesarias

El año 2019, marcó el recambio de gobierno nacional ante el triunfo del Frente de Todos, con nuevo aire nacional y popular, que lamentablemente, con el advenimiento de la pandemia Covid 19 a principio de 2020, no alcanzó a restaurar el bienestar social sino por el contrario, se enfrentó a una nueva crisis, esta vez, sanitaria. En este escenario de pandemia mundial y crisis socioeconómica, se impuso una reconfiguración de las dinámicas de las personas y el Estado, profundizándose las brechas de desigualdades existentes hasta el momento. Frente a este contexto, se hace imperioso pensar en una reforma judicial feminista que se replantee una transformación estratégica de los dispositivos de acceso a la justicia actuales para reconvertir en garantías de derechos y protección de los sectores más vulnerables ante futuros embates neoliberales como fueron los años de gobierno macrista.

En julio de 2020 se crea el Consejo Consultivo para el Fortalecimiento del Poder Judicial y el Ministerio Público (En adelante el Consejo Consultivo), mediante Decreto Nacional 635/2020. Se trató de un organismo de carácter temporal (vigente por el lapso de 90 días a partir del 18 de agosto del 2020) conformado por 11 juristas cuyo objetivo consistió en asesorar al Presidente de la Nación en determinados ámbitos o ejes temáticos, entre ellos:

1. Corte Suprema de Justicia de la Nación
2. Consejo de la Magistratura de la Nación

3. Ministerio Público de la Nación (MPN)
4. Juicio por Jurados
5. Transferencia de competencias en materia penal no federal a CABA.

En noviembre del mismo año, el Consejo Consultivo presentó al presidente Alberto Fernández el Informe Final donde se analizan las posibles reformas al sistema judicial. Dicho informe no trata de elaborar proyectos legislativos, sino de brindar diferentes ideas, aportes y herramientas hábiles para el fortalecimiento del Poder Judicial de la Nación y Ministerio Público.

El Informe Final está conformado por cuatro capítulos: El primero introductorio donde se resumen las conclusiones de las 25 reuniones mantenidas con la entidad instrucciones relacionadas al Poder Judicial. El segundo con enfoques transversales acerca de cómo implementar la perspectiva de géneros, el federalismo en el funcionamiento de la justicia, un tercer capítulo que está dedicado a los fundamentos de los consejeros sobre diferentes temas. Y el cuarto capítulo, donde se enumeran las recomendaciones de dicho Consejo al Presidente de la Nación, que incluye las referidas a la posibilidad y conveniencia de incorporar o no a la estructura del Ministerio Público Fiscal a la Unidad de Información Financiera. (2021) Por lo tanto, el dictamen fue edificado sobre cuatro pilares que sirven de base para comprender las diferentes recomendaciones realizadas sobre cada uno de los cinco ejes anteriormente mencionados. Los enfoques transversales que se proponen son:

- Perspectiva de géneros.
- Federalismo.
- Democratización del servicio de justicia.
- Agenda digital e innovación tecnológica.

A los fines del presente, nos interesa poner el foco en los dictámenes específicos que se ubican en el capítulo 3 del Informe final del Consejo Consultivo en cuanto al análisis que merece las recomendaciones hacia el Ministerio Público de la Nación, más precisamente qué dice el Consejo Consultivo respecto a las reformas necesarias del Ministerio Público de la Defensa. (MPD).

Teniendo en cuenta que la coyuntura política del momento y el fenómeno del *Lawfare* supera al mero Poder Judicial, es pertinente preguntarse ¿Cuál es el lugar que ocupa la Defensa Pública frente a la violación sistemática de los derechos humanos y la protección de todas aquellas medidas sociales e inclusivas que los garantizan? De acuerdo con este interrogante, consideramos que una de esas reformas cruciales y urgentes es la del Ministerio Público de la Defensa. Siendo la defensa pública un vértice fundamen-

tal para garantizar el acceso efectivo a la justicia y más aún frente al contexto político, judicial y económico actual, un mecanismo de garantía a los derechos sociales, principalmente afectados por la reimplantación de proyectos neoliberales.

En ese sentido, el Ministerio Público de la Nación, regulado en el artículo 120 de la Constitución Nacional⁽²⁾ desde la Reforma de 1994, es un órgano bicéfalo que se constituye por el Ministerio Público Fiscal (MPF) a cargo de un/a Procurador/a y el Ministerio Público de la Defensa (MPD) bajo la titularidad de un/a Defensor/a General de la Nación. Cada uno tiene objetivos y funciones propias con autonomía funcional y autarquía financiera cuya estructura, organización y funcionamiento se encuentran regulados en dos leyes orgánicas específicas: la ley 27.148, Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal (LOMPF) y la ley 27.149, Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa (LOMPD), ambas sancionadas el año 2015.

Según la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa (LOMPD), este organismo goza de la siguiente función regulada en el artículo 1 de la presente:

“El Ministerio Público de la Defensa es una institución de defensa y protección de derechos humanos que garantiza el acceso a la justicia y la asistencia jurídica integral, en casos individuales y colectivos, de acuerdo a los principios, funciones y previsiones establecidas en la presente ley. Promueve toda medida tendiente a la protección y defensa de los derechos fundamentales de las personas, en especial de quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad.” (artículo 1 LOMPD)

En virtud de dicha función se subraya la competencia del MPD tanto en la defensa y protección de derechos como en el acceso a la justicia, por ello, siguiendo con el análisis realizado en el Informe Final, resulta relevante destacar el Dictamen elaborado por las Consejeras Herrera y Sbdar y los Consejeros Arslanian, Beraldi, Gil Dominguez y Palermo. (2020, pág. 662)

En el mismo se diferencian sobre la base de la función principal, las siguientes esferas de intervención del MPD, estableciendo cinco ámbitos de actuación específicas: “Defensa penal. Patrocinio en materia no penal, Asistencia de las personas menores de edad e incapaces, Asesoramiento y Patrocinio para las Víctimas del delito, Promoción y protección de los Derechos Humanos” (Informe Final, 2020, pág. 687)

(2) **Constitución Nacional de la República Argentina, Artículo 120:** Del Ministerio Público: El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República. Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones.”



Sobre este punto y en virtud de la diferenciación de sus funciones, el dictamen establece la determinada aclaración, “el acceso a la justicia y la asistencia jurídica integral lo es en todos los ámbitos jurídicos, tanto en materia penal como no penal.” (pág. 689) Cuestión que nos interesa remarcar a modo de dilucidación en virtud de la cantidad de obstáculos que se encuentran al acceder a la justicia respecto de una u otra materia. El dictamen dice:

“Es cierto que definir un ámbito por su negativa, por lo que no es, le podría quitar importancia o relevancia. Esto podría denotar una falencia del Ministerio Público de la Defensa que se observa en torno a la mayor relevancia que se le otorga a la defensa penal sobre la “no penal” -lo mismo que acontece en el Ministerio Público Fiscal-. En este marco, se propone profundizar sobre el objeto de análisis del presente trabajo de conformidad con lo dispuesto en el mencionado decreto 635/2020, teniéndose en cuenta esta disparidad o desigualdad en los recursos institucionales, humanos y materiales que se le otorga a la defensa penal en comparación con la no penal; por lo tanto, las consideraciones que se hagan al respecto en lo relativo a la ampliación y profundización de la defensa pública mediante la celebración de convenios y otro tipo de alianzas institucionales lo será también teniéndose en cuenta esta desigualdad que aquí se señala. Máxime cuando el marco normativo internacional se refiere de manera amplia a la defensa pública y el acceso a la justicia de las personas más vulnerables, sin priorizar un ámbito por sobre otro, más allá de tenerse en cuenta los derechos humanos involucrados en el campo penal.” (Informe Final. Propuestas y Recomendaciones. , 2020, pág. 690)

Para luego continuar remarcando la importancia de focalizar medidas respecto al ámbito no penal, sobre este punto,

“los ámbitos de actuación del Ministerio Público de la Defensa que compromete funciones de defensa, patrocinio y asistencia son varios, de allí la necesidad de analizar con detenimiento cómo mejorar el sistema vigente, en especial, en lo relativo al ámbito

no penal, siendo necesario destacar que no sólo se refiere al patrocinio de personas de escasos recursos socioeconómicos, sino también a la actuación de conformidad con lo previsto en el art. 103 del Código Civil y Comercial. Sobre esto último, cabe recordar que el Ministerio Público de la Defensa ostenta en el plano judicial -en principio- un rol complementario “en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto”; siendo principal “i) cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes; ii) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; iii) cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación”. Asimismo, se agrega que en el plano extrajudicial “el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales” que, en la actualidad, se amplía a los derechos ambientales y, por lo tanto, se lo sintetiza bajo las siglas DESCAs.” (Consejo Consultivo para el fortalecimiento del Poder Judicial y del Ministerio Público, 2020, pág. 691)

De esta manera es importante remarcar la amplitud y el lugar que ocupa en las funciones del MPD la judicialización de conflictos sociales y la violación de los todos DESCAs. A lo que los Consejeros se preguntan:

“¿Es posible cumplir con la manda constitucional-convencional que pregona el acceso a la justicia mediante una debida defensa de los derechos comprometidos con esta amplitud y pluralidad de funciones y derechos que se reconocen en el plano legislativo bajo la estructura organizacional vigente?” Respondiendo con una clara negativa apoyada de datos concretos que surgen de estadísticas concretas del propio MPD que dan cuenta de la realidad.

Así se establece que el total de personas asistidas por el MPD durante el 2019 en materia no penal federal en CABA fue un total de 14.119 frente a un total de dos defensores, es decir, un total de 7.059 casos atendidos por Defensor/a. Ante esta realidad se compara con el fuero federal penal: “la cantidad de personas asistidas en CABA fueron un total de 15.938 por parte de 66 defensorías. Es decir, 241 asistidos por defensor. La diferencia de cantidad de asistidos en el fuero federal penal y no penal es muy significativa.” (2020, pág. 693)

Siendo las propias realidades que desnudan verdaderas problemáticas actuales y cincelan con claros matices los preceptos de la reforma judicial, dejando expuesta la necesidad de ampliar y atender las demandas del fuero no penal de la misma forma que hasta la fecha lo fue el fuero penal, con la voluntad del Estado Argentino de alcanzar un real y efectivo acceso a la justicia. Asimismo, la importancia de esta diferenciación se duplica cuando una de las incidencias en órbita de actuación en la tutela de los derechos de incidencia colectiva previstos en el art. 43 de la Constitución Nacional, se establece como imperante demanda de profundización y fortalecimiento del Ministerio Público

en cuanto a la legitimación allí reconocida “al afectado”, lo cual está vinculado con las violaciones y vulneraciones de los derechos sociales de las mayorías que se encuentran en contextos adversos de pobreza, desigualdad e injusticia.

Vinculado a ello y como herramienta clave para lograrlo, el referenciado dictamen aborda la conveniencia o inconveniencia de Defensores Coadyuvantes del Ministerio Público de la Defensa. Dicho análisis es en virtud de la manda que se le otorga al Consejo Consultivo sobre la necesidad de “analizar la posibilidad de integrar, mediante convenios, al servicio de defensa oficial, a los Colegios Públicos de Abogados de las respectivas jurisdicciones” (4.4) Si bien el Dictamen aborda de manera directa respecto a la puesta en funcionamiento del sistema acusatorio, para los fines de la presente nos interesa seguir con la línea de la materia no penal. A lo que el Dictamen establece:

“Máxime, en un contexto socioeconómico complejo en el que los casos de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) vienen aumentando hace tiempo, no sólo en el campo del derecho a la salud, sino también en lo que respecta a otros derechos sociales como educación, vivienda y hábitat o de manera más actual de conformidad con lo que se observa en este contexto de pandemia, lo vinculado al acceso a internet y diferentes herramientas tecnológicas. ¿Es posible que solo cuatro (4) defensorías oficiales de “pobres y ausentes” puedan intervenir ante situaciones de violación de los derechos mencionados y otra cantidad de proceso como desalojos, cobro de deudas –en defensa de los demandados– cobro de pensiones y otros beneficios, etc.? La respuesta negativa se impone.” (pág. 732)

Ante esta respuesta, el Dictamen propone como posibles ámbitos institucionales que podrían ser hábiles para ampliar la estructura organizativa de asociaciones con el MPD y generar mecanismo de alcance y mejoramiento del sistema de justicia, focalizando en los dispositivos que puedan llegar a fortalecer el diseño de alianzas, así pone como relevante los Centros de Acceso a Justicia (CAJ) dependientes de la Dirección Nacional de Promoción y Fortalecimiento para el Acceso a la Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Nación los cuales se encuentran distribuidos en todo el país.

“En el marco de los CAJ, es dable destacar que se han celebrado un total de 26 convenios dentro del “Programa Promoviendo los Objetivos del Desarrollo Sostenible a través del acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad” (PNUD ARG 16/022) orientados a la provisión de servicios de patrocinio jurídico pro bono y, a la par, la realización de actividades de información comunitaria y capacitación a los/as profesionales participantes; estos convenios celebrados por el mencionado Ministerio vinculados a los CAJ, tienen por objeto brindar patrocinio jurídico a casos que comprometen: 1) Derechos económicos y sociales; 2) Derechos humanos/ Discriminación/ Pueblos originarios; 3) Derechos de incidencia colectiva; 4) Derecho administrativo / Empleo público / Salud / Vivienda.” (pág. 775)

Otra recomendación del Consejo Consultivo que resulta muy relevante es aquella que invita a fortalecer lazos y dinámica de la defensa pública en otros ámbitos institucionales como con las "Universidades, organizaciones barriales y de la sociedad civil de reconocida trayectoria en la defensa de derechos debiéndose tener en cuenta el impacto de la especialidad en la calidad del servicio que se presta." (pág. 775) Ello contribuiría ampliamente a fomentar acciones que fortalezcan la federalización, la democratización y la inclusión social de todo el sistema de justicia.

Asimismo, resulta interesante la recomendación de fortalecer los equipos interdisciplinarios, tanto en CABA donde los Consultores observan falencias como se plantea la posibilidad de ampliar unidades interdisciplinarias en el interior del país especialmente en el marco de procesos con alta conflictividad socio-familiar. La idea de la actuación interdisciplinaria para mejorar el acceso a la justicia es una de los ejes establecidos en la Regla 41 de Las 100 Reglas de Brasilia, la cual prevé,

"la importancia de la constitución y actuación de equipos multidisciplinarios, integrados por personas profesionales de las distintas áreas, así como la elaboración de protocolos de actuación conjunta para mejorar la respuesta del sistema judicial ante la demanda de justicia de las personas en condición de vulnerabilidad." (Regla 41)

De esta forma, el Dictamen establece en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires:

"se observarían carencias en la conformación de cuerpos de peritos y consultores técnicos, siendo que los y las defensoras tienen una fuerte labor en conflictos interdisciplinarios como todos los que acontecen en el campo de las relaciones de familia, todo lo relativo a la restricción a la capacidad -máxime, en el marco de un Cuerpo Médico Forense que desde ha años no interviene en este tipo de problemáticas- o ciertos planteos en el campo de los DESCA que compromete un abordaje no jurídico como acontece en materia de desalojo de familias con hijos/as menores de edad o personas a cargo con discapacidad, por citar un ejemplo; o la incorporación de ciertas especialidades como informática, accidentología vial, peritos balísticos e investigadores privados, entre otros." (Consejo Consultivo para el fortalecimiento del Poder Judicial y del Ministerio Público, 2020, págs. 775-776)

Mientras que en el interior del país:

"se necesitaría fortalecer los equipos interdisciplinarios existentes y la creación de nuevos a fin de facilitar la realización de informes técnicos sociales y periciales que puedan ser utilizados en los procesos respaldando los planteos de la defensa. Destacaron la importancia de contar con asistentes sociales, médicos, psicólogos y psiquiatras, sobre todo en aquellas causas que comprenden a personas en situación de vulnerabilidad. En especial, la incorporación de asistentes sociales y psicólogos a las defensorías públicas oficiales a fin de poder brindar una respuesta integral en este tipo de casos y, en el mismo sentido, promueven la creación de equipos de investigadores propios para fortalecer

la labor de la defensa pública, especialmente teniendo en cuenta la implementación del Código Procesal Penal Federal.” (pág. 776)

El fortalecimiento del trabajo interdisciplinario es un gran desafío para contribuir con el acceso a la justicia, ya que implica un abordaje desde el paradigma de la complejidad. Esta modalidad colaborativa se asume como crítica al modelo de resolución de conflictos hegemónico actual, aquel que reduce y fragmenta los conflictos sociales y parcializa las soluciones desde la mera simplicidad, alejando el verdadero propósito de pacificar y transformar las situaciones de manera integral y con perspectiva de género y derechos humanos. Es interesante advertir que no sólo a través de lo legal ni exclusivamente desde lo jurídico, se puede aspirar a la justicia.

Conjugando este punto con el análisis sobre la Defensa Pública no penal, los y las consultantes expresan “es necesario realizar un diagnóstico preciso sobre las necesidades estructurales que requiere esta clase de defensa pública para dotarla de los debidos recursos (por ejemplo: en las causas sobre derecho ambiental urbano siempre hace falta un perito arquitecto o un ingeniero especializado en la materia).” (Consejo Consultivo para el fortalecimiento del Poder Judicial y del Ministerio Público, 2020, pág. 778)

Finalmente, el dictamen refiere específicamente sobre Defensa pública no penal en relación con los derechos fundamentales y los derechos humanos. Continuando con la diferenciación con la materia penal en virtud de la importancia de garantizar el acceso a la justicia y la asistencia jurídica integral en casos individuales y colectivos a través de una defensa técnica efectiva y adecuada del Ministerio Público de la Defensa, el dictamen dice:

“Una marcada diferencia entre el Ministerio Público de la Defensa penal y no penal consiste en que el primero actúa como una respuesta a la promoción de una causa penal en la cual se imputa a una persona que necesita ejercer el derecho de defensa, mientras que en el segundo adopta otra posición puesto que en defensa de los derechos subjetivos y colectivos de las personas debe promover acciones judiciales. Por dicho motivo, mientras que el Ministerio Público de la Defensa penal «espera» ser convocado para actuar a partir de un proceso iniciado, el Ministerio Público de la Defensa no penal debe adoptar un esquema de mayor visibilidad en cuanto su disponibilidad y posibilidades de actuación en términos de inicio de proceso. (...) La conjugación de los arts. 43 y 120 de la Constitución argentina subsume al Ministerio Público en el ámbito de los sujetos habilitados dentro de la categoría orgánica pública para la promoción de amparos colectivos y acciones colectivas. En este ámbito, el MPD no penal tiene un campo de actuación poco desarrollado que necesita ser reconfigurado orgánica, funcional y presupuestariamente. (pág. 732)

De esta manera, el Dictamen concluye con la necesidad de transformación de las posibilidades operativas de la Defensa Pública, tanto en la provisión de recursos “que permita

llevarla delante de manera razonable” (Consejo Consultivo para el fortalecimiento del Poder Judicial y del Ministerio Público, 2020, pág. 778) Afianzar el régimen de defensores públicos coadyuvantes, tanto en sus dos variables: funcionarios del Ministerio Público y abogados emergentes de convenios celebrados entre el Ministerio Público de la Defensa y la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA) y del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF) junto con la colaboración de Universidades Públicas y ONGs, todo lo cual afianza uno de los principios esgrimidos: el federalismo y la democratización.

Reflexiones finales

En el presente nos centramos solamente en uno de los Dictámenes del Informe Final, el cual nos pareció el más contundente y pertinente en cuanto al abordaje que realiza, delineando sus recomendaciones en profundidad.

En la misma línea de Helio Gallardo, quien sostiene que el sistema capitalista neoliberal actual “despierta expectativas de derechos y a la vez prohíbe la materialización de los mismos” (Sánchez Rubio, 2020, pág. 50), este Dictamen reflexiona: “la defensa pública no penal ejercida en dichos términos potencia la voz de aquellos que aun participando en el sistema democrático les cuesta mucho ser oídos.” (Consejo Consultivo para el fortalecimiento del Poder Judicial y del Ministerio Público, 2020, pág. 778) Especialmente, para todas las mayorías populares desoídas ante proyectos políticos neoliberales que profundizan desigualdades e injusticias estructurales, es importante remarcar la obligada reforma de la Defensa Pública en el marco de una urgente reformulación democratizadora de la Justicia en todos sus términos, habilitando los diversos dispositivos de acceso a la justicia para que garanticen la plena protección y defensa de todos los derechos.

Referencias

- Axat, Julián.** (2015). *El Programa de Acceso Comunitario a la Justicia del Ministerio Público Fiscal*. Una nueva forma de intervenir en el territorio. Revista Jurídica de la Universidad de Palermo. Buenos Aires. pp. 201-216.
- Consejo Consultivo para el fortalecimiento del Poder Judicial y del Ministerio Público.** (2020). *Informe Final*. Propuestas y Recomendaciones. Buenos Aires.
- Fix Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio.** (2001). *El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria*. En *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Gutiérrez Rivas, Rodrigo y Valadés, Diego (Coord.). México: Universidad Nacional Au-

tónoma de México UNAM. Tomo I. Recuperado el 30 de Julio de 2020, de <https://goo.gl/cgWQUk>

- López, José Ignacio.** (2021 de Enero de 2021). *Palabras del Derecho*. Obtenido de El informe completo del Consejo Consultivo para la reforma de la Justicia Federal: <https://palabrasdelderecho.com.ar/articulo/2176/El-informe-completo-del-Consejo-Consultivo-para-la-reforma-de-la-Justicia-Federal>
- Méndez, Juan E.** (1999). *El acceso a la justicia, un enfoque desde los derechos humanos. Foro Internacional "Acceso a la Justicia y Equidad en América Latina"* (págs. 1-15). San José Costa Rica: Instituto Americano de Derechos Humanos.
- Padrón Innamorato, Mauricio.** (2014). *Acceso a la justicia, vulnerabilidad, exclusión: aproximación a las dimensiones relacionales subyacentes*. Obtenido de Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: <https://biblio.juridicas.unam.mx/>
- Robles, Diego Américo.** (2007). *El concepto de acceso a la justicia*. Evolución, vigencia y actualidad. En González, Manuela y Salanueva, Olga. *Acceso a la justicia. Las estrategias de los pobres frente a los conflictos en barrios de La Plata y Gran La Plata, Argentina*. Universidad Nacional de la Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- Rodríguez Alzueta, Esteban.** (2014). *"Poder popular y justicia para todos"*. Recuperado el 26 de Septiembre de 2021, de [http:// Rodríguezesteban.blogspot.com/2014/12/poder-popular-y-justicia-para-todxs.html](http://Rodríguezesteban.blogspot.com/2014/12/poder-popular-y-justicia-para-todxs.html)
- Sánchez Rubio, David.** (2020). *Materiales preliminares para un análisis crítico del poder constituyente*. Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N° 23, pp. 47-77.

ANTONELLA P. CHIARRELLO* - LAURINA V. CIARPELLA**

La incidencia del proceso de selección de jueces en el *Lawfare*

Necesidad de su reforma

Introducción

Con frecuencia y de manera sistemática se ha desarrollado en América Latina el *lawfare*, fenómeno consistente en el uso del Poder Judicial para interferir en la política o, dicho en otras palabras, una guerra jurídica con fines ilegítimos.

El Poder Judicial ha pasado a ser el ámbito en el que los derrotados en las urnas buscan imponer sus intereses propios por sobre la soberanía popular, lo que trae aparejado la violación de numerosos derechos y, en entre ellos, adquiriendo una relevancia sustancial, los mismísimos Derechos Humanos.

Vemos así como, por esta vía, algunos sectores del Poder Judicial y de los distintos órganos del sistema de justicia pierden la independencia que deberían tener respecto de los poderes políticos, económicos, financieros, mediáticos o corporativos de cualquier tipo y en consecuencia, la crisis de este poder del estado y de los derechos en sí mismos.

De esta manera, la situación actual nos interpela a pensar que algo no funciona en la justicia argentina, algo no está bien si la persecución política se vale de la magistratura en pleno siglo XXI y más aun transitando un período democrático.

(*) Abogada egresada de la Universidad Nacional de Rosario. Secretaria de la Comisión de Jóvenes del Colegio de Abogados Rosario. Profesora Universitaria, título otorgado por la U.A.I. Docente en la Facultad de Derecho de la UNR. En curso, Especialización en Magistratura de la U.N.R. Especialización en Abogacía del Estado del E.C.A.E

(**) Abogada egresada de la Universidad Nacional de Rosario. Profesora Universitaria, título otorgado por la U.C.E.L. Empleada del Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe. Diplomada en Innovación Democrática por la Academia de Innovación Política y la Universidad de Arizona. En curso, Especialización en Magistratura de la U.N.R

En este marco es consecuente poner en discusión el proceso de selección de los magistrados de la Justicia Federal como así también de fiscales y defensores. Nos adelantamos a considerar que la forma en la cual son seleccionados sus miembros tiene una incidencia en el fenómeno anteriormente descrito. Es preciso, estudiar si, a más de 20 años de funcionamiento, los objetivos por los cuales se creó el Consejo de la Magistratura se cumplieron y como el entonces politizado sistema de selección de jueces vigente hasta 1994 se transformó en un proceso marcadamente corporativo para lograr el acceso.

Por lo expuesto, nos proponemos en el presente trabajo a analizar el fenómeno del *lawfare*, su incidencia y desarrollo, el funcionamiento actual del Poder Judicial y el proceso de selección de jueces en nuestro país como así también, y fundamentalmente, la estrecha vinculación entre ambos temas descriptos.

Aspectos fundamentales del *Lawfare*

“El derecho puede convertirse en una maleable masa de cera que en manos de jueces sin escrúpulos puede acabar adoptando la forma que estos deseen”

Thomas Jefferson

El tercer presidente de los Estados Unidos ya nos alertaba sobre la posibilidad de utilizar el derecho como instrumento de combate político, es decir, como arma para conseguir de manera ilegítima, objetivos que no se lograron ni se lograrían de manera democrática.

Como vemos, el uso estratégico o incluso abusivo del derecho, la utilización del derecho como un arma, también conocido como *lawfare* o “guerra jurídica”, es tan antiguo como el derecho mismo. (Kittrie, 2006).

El *Lawfare* consiste en “el uso indebido de instrumentos jurídicos para fines de persecución política, destrucción de imagen pública e inhabilitación de un adversario político. Combina acciones aparentemente legales con una amplia cobertura de prensa para presionar al acusado y su entorno (incluidos familiares cercanos), de forma tal que éste sea más vulnerable a las acusaciones sin prueba. El objetivo: lograr que pierda apoyo popular para que no disponga de capacidad de reacción” (Vollenweider y Romano, 2020)

Podemos definirlo también como el “[...] uso estratégico por parte de bloques de poder internacionales y locales, de resortes como el Poder Judicial (particularmente sobre determinados jueces, fiscales, peritos, etc), servicios de inteligencia, medios de comunicación masivos y/o hegemónicos y de diversas tecnologías de la información y la comunicación, articulados con partidos políticos, para desestabilizar gobiernos. De esta manera se define como una acción programática concreta, en tiempo y espacio, orga-

nizada y dirigida con una intención específica, la cual es intervenir de manera directa en las disputas políticas [...]” (Estepa y Maisonnave, 2020).

Este fenómeno ha venido desarrollándose de manera sistemática en América Latina, una América Latina caracterizada por una batalla política en la que dos bloques antagónicos luchan por la primacía de sus ideales, ideales que claramente se manifiestan diferentes en torno a la postura que el Estado debe tomar en relación a la economía; encontramos así quienes pugnan por la intervención del Estado en la economía y quienes, por el contrario, defienden el neoliberalismo como orden social.

El concepto de *lawfare* explica el uso estratégico del bloque neoliberal de algunas herramientas específicas para la disputa política (Morozov, 2013), entre esas herramientas encontramos, sin lugar a dudas, al Poder Judicial que en el último tiempo se ha consolidado como un poder con gran intervención en los conflictos sociales y políticos.

Es así que podemos afirmar que estamos en presencia de dos (2) fenómenos íntimamente relacionados, por un lado, encontramos la politización de la justicia y por otro la judicialización de la política.

Como vemos, el Poder Judicial en connivencia con los medios de comunicación, conforman el actor principal de este fenómeno que hoy nos ocupa. Es así, que éstos últimos, accionan a los fines de manipular la opinión pública y con ello lograr el posicionamiento de noticias trabajadas, esto permite que a partir de una denuncia infundada, el argumento no contrastado sea acogido por varios medios y reproducido intencionalmente, dando como resultado que este suceso se convierta en un hecho político, valiéndose del Poder Judicial un potente espacio desde donde desplegar, casi sin limitaciones, estrategias de desestabilización y persecución política tendientes a deslegitimar posturas políticas opuestas y así termine calando en la opinión pública. (León Castro, 2020).

La composición del Poder Judicial es la única, considerando los tres (3) poderes del Estado, que no deriva de la voluntad popular, es decir, los jueces en nuestro país no son elegidos democráticamente por el pueblo soberano, sino, por el contrario, sus nombramientos dependen de complejos y extensos mecanismos de selección y designación en los que interviene el poder político y de algunos grupos de interés.

Sumado a ello es dable mencionar que, obviamente, las decisiones de los jueces no son políticamente neutrales y es que los jueces son personas y como tales cuentan con una subjetividad imposible de abandonar lo cual es aún más difícil si el método de nombramiento tiene una eminente naturaleza política. De este modo, hay que desplazar la idea de autonomía o neutralidad tanto del derecho como de los funcionarios judiciales y poner en relieve la dimensión política e ideológica que nos permitirán comprender el proceso que actualmente estamos viviendo en América Latina. Necesitamos eliminar el dogma del juez como “técnico independiente” y aséptico que tiene tanta aceptación entre los operadores jurídicos como en buena parte de la opinión pública.

Aun así, no podemos dejar de remarcar, en este punto, la condición vital para el Estado democrático que conforma la independencia del Poder Judicial. Los jueces deben estar libres de todo tipo de influencias, y es ello un ingrediente fundamental, a nuestro entender, para la prevención y erradicación del *lawfare*.

Ahora bien, frente a este fenómeno recurrente en América Latina; Argentina no ha sido la excepción, y como otros países de la región, se observa la estrategia del *lawfare* cada vez mayor en los últimos tiempos, lo que provocó un deterioro institucional que llevará mucho esfuerzo superar. El *lawfare* sigue totalmente vigente, en tanto sigue siendo una vía vigente para desestabilizar procesos políticos populares. (Estepa y Maisonnave, 2020)

El *lawfare* avanza cuando las instituciones constitucionales son débiles. Por esto nos preguntamos ¿Es necesaria una reforma judicial para evitar las manipulaciones y creaciones de causas? ¿Cómo se pueden reforzar las instituciones ya existentes? Prima facie comprendemos que una reforma integral de la justicia es imperante, las discusiones deben plantearse sobre la necesidad de reafirmar principios básicos del derecho y de los derechos humanos, como el principio de inocencia, el debido proceso, la independencia de poderes, la transparencia de los actos públicos, el acceso a la información, y en especial el derecho a ser juzgados por jueces naturales, imparciales y seleccionados constitucionalmente, algo que desde el periodo del 2015 al 2019 se ha visto vulnerado por la institución de la subrogancia.

Selección y Nombramiento de Jueces

La transición a la democracia en Argentina, tras el fin de la Dictadura Institucional de las Fuerzas Armadas (1983), involucró al Poder Judicial como parte del problema democrático en su totalidad. Raúl Alfonsín (1983-1989) implementó una serie de cambios y reformas que evidenciaba la necesidad de “depuración” del Poder Judicial so pretexto de jueces que ocupaban cargos en democracia, pero habían jurado lealtad al estatuto militar. Una de las principales medidas fue la nominación de nuevos integrantes para la Corte Suprema de Justicia y el reemplazo de los integrantes de tribunales estratégicos como la Cámara Federal de Apelaciones.

Bajo los gobiernos de Carlos Menem (1989-1999) se modificó la cantidad de miembros de la Corte Suprema de Justicia (de 5 a 9) que le permitió obtener la “mayoría automática” y también el número de Juzgados Federales Criminales y Correccionales (que pasó de 6 a 12) para los cuales removió los jueces titulares y nombró una docena. La subordinación del Poder Judicial –sobre todo de la Corte Suprema– al Poder Ejecutivo bajo el menemismo fue prácticamente absoluta. (Prego, 2019).

En dicho momento histórico se reformó la Constitución Nacional con la finalidad de generar mayor transparencia e introducir criterios objetivos para la selección de los jueces,

entre otras funciones, creó el Consejo de la Magistratura. Se organizó de forma tal que políticos, jueces, abogados y académicos tuvieran representación. Su finalidad contemplaba un sistema de contrapesos en el cual intervienen los distintos poderes, en este mecanismo de selección. Dicho proceso también está regido por la ley 25.188, Ley de ética en la función pública que establece un conjunto de incompatibilidades, deberes y prohibiciones atinentes a los magistrados.

Hasta ese momento el sistema propiciado por nuestra CN de 1853 dejaba en manos del Ejecutivo la selección de los magistrados con un control sumamente atenuado del Senado de la Nación por lo que se acusaba de encontrarse politizado dicho proceso. En este primigenio diseño constitucional, el reclutamiento era profesional y partidizado, puesto que en general los jueces eran seleccionados entre abogados vinculados al poder político. (Ambroggio, 2019: 55). En estos casos, la idoneidad de los mismos era analizada por el Presidente de la Nación con absoluta subjetividad, sin necesidad de atenerse a ninguna pauta objetiva.

Sin embargo, a más de 20 años del funcionamiento del Consejo nos preguntamos si esto ha cambiado, si efectivamente el sistema de selección ha podido cumplir el procedimiento pretendidamente objetivo o si en efecto estamos ante un proceso marcadamente corporativo para lograr el acceso. Con esto no desconocemos que pudo haber un avance a los fines que dicho proceso sea ciertamente más plural y transparente en cuanto a la diversidad de sectores representados en el Consejo de la Magistratura, sin embargo, remitiéndonos a los hechos, observamos un sistema totalmente burocrático funcional a las lógicas del poder transitorio o más precisamente del poder económico.

En este sentido, y desde ya adelantamos coincidimos con Thea (2014) quien considera que “[...] el dogma de la “asepsia judicial” que sostuvieron muchos de los defensores de la incorporación del Consejo de la Magistratura a nuestro sistema, falla en no reconocer que los jueces, en realidad, no son técnicos legales impermeables, y que, consciente o inconscientemente, influyen en forma decisiva en el proceso de toma de decisiones judiciales [...]” Asimismo, considera que la permeabilidad de factores extrajurídicos en las decisiones judiciales es mayor cuando los jueces ejercen el control de constitucionalidad, debido a la inevitable “brecha interpretativa” que existe entre lo que la Constitución dice, y lo que los jueces dicen que la Constitución dice. Los jueces, no son “la boca de la Constitución” sino verdaderos creadores del derecho constitucional, que toman decisiones políticas con base en su propia ideología, y las encuadran dentro del amplio marco de posibilidades que ofrece nuestra Constitución. (Thea, 2014)

Ahora bien, centrándonos en el proceso, el art. 114 de la Constitución Nacional creó el Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación, órgano independiente de los otros poderes del Estado. Como se ha adelantado tiene a su cargo la selección de los magistrados a través de concursos públicos de antecedentes y entrevista a los postulantes, además de administrar los fondos que se le asignan al Poder Judicial de la Nación.

El actual mecanismo, por todos conocido para la selección de jueces inferiores a la Corte, requiere de una terna de candidatos que debe elaborar el Consejo de la Magistratura de los cuales luego el Presidente/a de la Nación debe escoger uno para ser sometido a la aprobación del Senado. Dicha terna se confecciona luego de un proceso que incluye un concurso de oposición, antecedentes, y entrevista. Concluidas las dos primeras etapas, el Consejo publica un orden de prelación provisorio, que puede posterior a la entrevista cambiar su orden. Todo ese proceso lo lleva adelante la Comisión de Selección de Magistrados del Consejo de la Magistratura. (Desojo et al., 2019:353)

Una vez desarrolladas las tres etapas del concurso, se convoca a una audiencia pública a los postulantes. Allí, resuelve la aprobación o no del orden de los aspirantes. Este trámite debe contar con el voto afirmativo de dos tercios de los presentes del Consejo de la Magistratura. Como resultado de esta audiencia ante el plenario del Consejo de la Magistratura, y en caso de resolver de modo favorable, queda definido el orden de mérito y se configura la terna vinculante, que pasa al Poder Ejecutivo de la Nación para que elija a un postulante. Posteriormente su pliego es remitido al Senado de la Nación, donde será convalidado o no en una audiencia pública convocada a estos fines. El Poder Ejecutivo de la Nación, una vez obtenido el acuerdo del Senado, designará por decreto al nuevo juez. (Desojo et al., 2019:353).

Tomando como base parte de los resultados del "Laboratorio de Estudios sobre la Administración del Poder Judicial de la Universidad Nacional de José C. Paz" bajo la dirección de Mauro Benente podemos obtener algunos datos de relevante información sobre cada aspecto principal del proceso. (Fernández, Thea y Benente, 2020);

Para comenzar analizando, nos preguntamos cómo se tarifican o se miden los "antecedentes". En este sentido, se califican sobre un sistema máximo de 100 puntos y allí se distinguen; 70 puntos para los antecedentes profesionales y 30 puntos para los antecedentes académicos.

La conflictiva está en que aquello que más suma puntaje dentro de los antecedentes profesionales son las funciones desempeñadas dentro del poder judicial o el ministerio público (Fernández, Thea y Benente, 2020:283). Es lo que ordinariamente se conoce como "carrera judicial". Esto nos hace pensar que un profesional que sólo ejerce la profesión se encuentra muy lejos de aquel que proviene del seno de estos espacios y dicho puntaje es imposible de compensar. A todas luces esto resulta injusto ya que el solo hecho de permanecer en el Poder Judicial no garantiza mayor pericia, no se adquieren los conocimientos por prescripción. Es de destacar que un abogado que se desempeña en el Poder Judicial tiene más tiempo libre y ninguna preocupación por cuestiones alimentarias, por ello le resulta más sencillo producir doctrina y hacer cursos; pero ello no lo hace más idóneo al momento de dictar una sentencia.

Esto también se vincula a cómo se analizan los antecedentes académicos, vemos con preocupación que justamente no se tenga en cuenta la experiencia que puede llegar a

tener un abogado que ejerce la profesión, durante varios años con varios expedientes los cuales nunca son iguales unos con otros, y que esto probablemente le genere un desmedro y/o desventaja frente a otros postulantes que provengan del seno judicial y que sus antecedentes se correlacionen a un abultado número de certificados. En este campo también es criticable cómo se tarifican los posgrados, casi con los mismos puntos a un doctorado frente a un simple ciclo formativo de la escuela judicial.

Analizando el sistema se puede observar que el abogado litigante pareciera ser un profesional de segunda frente a los funcionarios judiciales y a los académicos. Cuando sabemos que muchas veces la academia no va de la mano con los conflictos reales que se presentan en la cotidianidad de la sociedad.

El otro punto a revisar es la “prueba de oposición”, la Ley 24.937 que dispone el funcionamiento y las comisiones del Consejo de la Magistratura sólo menciona que debe ser escrita y que deben evaluarse aspectos teóricos y prácticos. Esta cuestión no es menor, ya que se pone de manifiesto la falta de ciertos contenidos necesarios que deberían exigirse a los futuros jueces para evitar conflictos que hoy en día tenemos y que dan cuenta de la lejanía que los miembros del Poder Judicial poseen frente a la conflictividad social. Según Benente es necesaria la perspectiva (de género y clase) y un sinnúmero de otros aspectos que no son evaluados. La evaluación escrita al parecer se limita a revisar la reproducción de contenidos estrictamente legales, académicos. (Fernández, Thea y Benente, 2020:287);

Lo evaluado delimita el perfil de juez buscado y pareciera que la sensibilidad social es un tema ajeno a estas pruebas. El abogado litigante es quien se encuentra con los clientes día a día, conoce sus carencias y muchos de ellos realizan trabajos sociales desde lo jurídico en territorios, pero eso tampoco es meritudo. Creemos que se debería priorizar la formación práctica de los candidatos, el prestigio adquirido entre los pares, la experiencia adquirida en los años de ejercicio y colocar en un pie de igualdad formal a los candidatos externos al Poder Judicial con quienes ya ejercen dentro del mismo, admitiéndose el acceso lateral a la magistratura. (Ambrogio, 2019:57)

Por último, llegamos a la “entrevista personal”, luego de las dos etapas previas, la Comisión de Selección y Escuela Judicial del Consejo de acuerdo al reglamento vigente debe convocar para una entrevista personal como mínimo a los postulantes que se hubieren ubicado en los primeros seis lugares.

La entrevista no da puntaje, pero el resultado de la entrevista puede cambiar el orden de mérito que se había establecido con las evaluaciones y del análisis de datos realizado por el “Laboratorio” se observa que el 68,9% de las veces se cambió dicho orden discrecionalmente.

En conclusión y luego de este sucinto análisis, el proceso de selección de los/as jueces/as privilegia a todas luces la antigüedad en cargos similares y encima luego de la entrevista se altera ese discutible orden de mérito.

Sin embargo, una vez explicado el proceso exhaustivo, y más allá de las críticas que someramente expusimos, también es necesario recordar que el ex presidente de Argentina, Mauricio Macri asumió con un discurso que prometía recomponer la institucionalidad y la República, basándose en la independencia del Poder Judicial. Pese a esto, a cinco días de haber asumido, nombró por decreto dos jueces de la Corte Suprema de Justicia -Horacio Rosatti y Carlos Rosenkrantz- eludiendo el proceso de selección recién explicado, entre otros hechos que nos hicieron cuestionar y preguntarnos cómo era posible que fuera tan fácil vulnerar todo un entramado institucional contemplado en la Constitución, sin el necesario cuestionamiento e impugnación por parte de la sociedad.

Ahora bien, más allá de lo discutible que es este proceso necesario de *rever*, creemos que una reforma judicial debe ir más allá, debe ser integral y polemizar los cimientos más tradicionales de nuestro sistema institucional. Creemos que mientras no se modifique el sistema de selección de jueces actual, el *lawfare* seguirá atacando nuestro sistema institucional. Se necesita una reforma judicial de manera estructural, y entre tantos puntos a revisar y cuestionar, el sistema de selección de jueces no puede ser soslayado.

En este apartado, entendemos que debería al menos cobrar vigencia el debate abierto a partir del 2013, cuando la ex presidenta Cristina Fernández de Kirchner trató de impulsar una reforma judicial conocida como “Democratización de la Justicia”; donde se propiciaba un total cambio de paradigma en el proceso de selección de los jueces/as, y marcaba un punto de inflexión y quiebre con el Poder Judicial. (Prego, 2019:5)

Allí se planteaba la reforma estructural del Consejo de la Magistratura. Otorgándole participación activa a la ciudadanía, de manera que su composición sea elegida por el voto popular. En este sentido, la ex presidenta se adelantaba a las críticas al mencionar que no se trataba de politizar la Justicia, o partidizarla, “[...]porque en definitiva los jueces también cuando votan ejercen sus derechos políticos. Si pensáramos que los jueces no tienen idea o no pueden hacerlo deberíamos prohibirles el voto y esto sería vivir en un mundo que no existe. Por otra parte, una cosa es la tarea jurisdiccional cuando uno dicta sentencia como juez, que por supuesto no puede estar sometida al voto popular, y otra cosa es formar parte de un organismo de dirección y conducción política, como es el Consejo de la Magistratura. [...]” (Fernández de Kirchner, 2013)

En otras palabras, se proponía que el pueblo, a través del sufragio universal fuese quien eligiera a todos los representantes de los sectores, que conformará el Consejo de la Magistratura. En consecuencia, se trataría de elecciones judiciales democráticas para representantes de los estamentos de jueces, abogados y académicos o científicos, dado que los restantes integrantes legisladores y el miembro del Poder Ejecutivo ya estaría legitimados por el voto popular. Asimismo, algo sumamente innovador, era que dicha integración sea interdisciplinaria dando respuesta a una necesidad de integración y legitimidad del poder judicial, donde este carácter interdisciplinario otorgue precisamente

mayor riqueza.. “[...]Los académicos, los científicos que serán candidatos provendrán de diferentes ciencias para propiciar un Consejo de la Magistratura interdisciplinario con pleno sentido social y no uno meramente corporativo de los abogados.[...]” (Fernández de Kirchner, 2013)

No se debe “demonizar”, como parte de un plan diabólico, la idea de someter a la voluntad popular mediante el voto, a través de las organizaciones políticas autorizadas por la Constitución para la competencia electoral, los partidos políticos, a la elección de los consejeros. Esas críticas “demonizadoras” terminan siendo funcionales al discurso “antipolítica”. Debe también tenerse en cuenta que nunca es apolítica o “inocente” la opción de selección de jueces, y que la opción meramente técnica suele encubrir la elección de una justicia “legalista” refractaria de la consagración de derechos colectivos sociales, los que necesariamente implican un cierto nivel de contradicción y una opción respecto de ciertos derechos individuales. (Bercholz, 2013:159).

No hay democracia cuando no existe equilibrio entre los poderes, cuando uno de se pretende por encima de los demás y además se cree con la facultad de disciplinarlos; y resulta mucho más grave aún que el poder que se autoerige como superior a los demás no sea producto ni esté sujeto al control de la voluntad popular.

Para finalizar con nuestro pensamiento, consideramos que la selección y nombramiento de los jueces en una democracia exige el reconocimiento del rol político que cumplen los jueces, reconocer los diversos factores que influyen en el proceso de toma de decisiones judiciales. La tan dogmáticamente pregonada “independencia” como marca Thea (2014) no va a lograrse desideologizando y/o marcando como “objetivo” el proceso de selección de magistrados sino por el contrario, explicitando y transparentando las posiciones políticas.

Referencias

- Ambroggio, A. F. (2019) La selección de jueces en el Derecho Comparado y en el sistema federal argentino a partir de la Reforma de 1994. Revista “Ius Comahue” Doctrina y jurisprudencia Rio Negro y Neuquén. Nro. 1
- Bercholz, J. O. (2013). Algunas claves para entender la reforma judicial que propone la “Democratización de la Justicia” en Argentina. Revista “Cuadernos Manuel Giménez Abad”, (5), 158-163.
- Desojo y otros (Editores y compiladores). Justicia a la carta: el poder judicial en la era macrista. (2019) Edulp. Universidad Nacional de La Plata.
- Estepa, C. M. y Maisonnave, M. A. (2020). Poder Judicial, medios de comunicación y política: *Lawfare* en Argentina. Nullius, 1(2), 70-89. Recuperado de: <https://revistas.utm.edu.ec/index.php/Nulluis/article/view/2476>

- Fernández, A.; Thea, F. y Benente, M.** (coords.) (2020). La justicia acusada, Sudamericana.
- Fernández de Kirchner, C.** (8 de abril de 2013). Proyecto de Democratización de Justicia. <https://www.cfkargentina.com/proyecto-de-democratizacion-de-la-justicia/>
- Ghea, M. E.** (2019). El método del *lawfare* para la persecución de Cristina. Alianzas, tácticas y estrategias de la guerra no convencional. Tesis Doctoral, Facultad de Periodismo y Comunicación de La Plata, <https://bit.ly/3nuILf3>
- Ideal** (Abogados Bonaerenses por la Democracia). (2018). Algunas consideraciones sobre el fenómeno *lawfare* (Guerra Jurídica).
- León Castro, E.** (2020). La encrucijada del *lawfare*: entre la judicialización y mediatización de la política. Nullius, <https://core.ac.uk/download/pdf/328155579.pdf>
- Martí J. L.** (2020). La *lawfare* y democracia. El derecho como arma de guerra.
- Morozov, E.** (2013). La locura del solucionismo tecnológico, Katz Editores.
- Orden Kittrie, *Lawfare: Law as a Weapon of War*, Oxford, Oxford University Press, 2006.**
- Prego, F.** (2019). Nuevas derechas y Poder Judicial en Argentina (2015-2019). XIII Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires
- Thea, F.** (2014). La elección de jueces constitucionales en las democracias actuales. Pensar en Derecho, 4.
- Vollenweider, C. y Romano, S.** (2020) *Lawfare*. La judicialización de la política en América Latin

FERNANDO CASADO GUTIÉRREZ

***Lawfare* y narcotráfico: la construcción del Cartel de los Soles por EE.UU.**

Introducción

El 26 de marzo del año 2020, en una rueda de prensa, el entonces fiscal general de los EE.UU., William Barr, en representación del Departamento de Justicia, acusaba al presidente de Venezuela, Nicolás Maduro, de ser el capo de un cartel de narcotraficantes llamado Cartel de los Soles. Junto a Nicolás Maduro, se acusaba de distintos delitos, como narcotráfico o lavado de activos, a catorce funcionarios o ex funcionarios del gobierno Bolivariano. Por la captura de muchos de ellos se ofrecían distintas recompensas, entre ellas quince millones de dólares por la cabeza del mandatario venezolano.

La rueda de prensa se convirtió en noticia internacional y reproducida en los principales medios de comunicación occidentales. Ninguno de esos medios de comunicación contrastó o puso en duda la veracidad de la información que aseguraba que el presidente Maduro era el jefe de una banda de narcotraficantes.

La investigación que presentamos expone cómo las acciones de EE.UU. se enmarcan en la figura del *lawfare* en contra de Venezuela. Por un lado, se identifican procedimientos de carácter judicial empeñados en construir una serie de expedientes que configuran la existencia de una organización delictiva dentro del gobierno de Venezuela dedicada al narcotráfico. Este relato constituye una pieza fundamental para poder justificar otra serie de acciones que también constituyen *lawfare*, tales como el reconocimiento de Juan Guaidó como presidente interino de Venezuela, la confiscación de activos del Estado venezolano en territorio estadounidense o la aplicación de medidas coercitivas unilaterales de carácter ilegal desde la perspectiva del derecho internacional.

Breve reseña sobre la discusión doctrinal en torno al *lawfare*

En la literatura anglosajona y latinoamericana, el término *lawfare* es utilizado con mayor frecuencia. Entre ambas vertientes existen importantes divergencias en la conceptualización y desarrollo de este concepto cuyo contenido se encuentra actualmente en disputa. En consecuencia, al abordar el estudio del *lawfare* debemos diferenciar claramente las dos vertientes doctrinales, la anglosajona y la latinoamericana, que caracterizaremos a continuación.

La vertiente anglosajona

La vertiente anglosajona es la responsable de la creación del neologismo *lawfare* en el idioma inglés, compuesto por las palabras guerra (*war*) y ley (*law*). El término, aunque se había utilizado con anterioridad, fue acuñado por Charles Dunlap en los albores del siglo XXI, quien lo definió como el uso de la ley “como el medio para cumplir un objetivo militar” (2001, p. 4). El *lawfare*, por tanto, se desarrolla siempre en el contexto de un conflicto bélico en el cual la ley es otro de los recursos que utilizan los contendientes para adquirir una ventaja y derrotar al oponente. Por lo tanto, desde sus orígenes, el *lawfare* se encuentra vinculado indefectiblemente al derecho internacional humanitario, derivado de su aplicación en conflictos bélicos, nacionales o internacionales.

Dentro de la vertiente anglosajona existen dos enfoques, uno amplio, que considera que el *lawfare* es una etiqueta útil que puede ser utilizada por profesionales en los ámbitos legal y militar y aquellos que abogan por un enfoque estrecho donde la “utilidad” del *lawfare* quedaría desvirtuada o agotada al extrapolarse fuera del ámbito militar.

Desde el enfoque más estrecho, el *lawfare* se aplicaría siempre a conflictos con un componente de carácter bélico, ya sea en guerras convencionales o híbridas, como los ataques a las Torres Gemelas en el año 2001, la guerra entre Israel y Hezbollah en 2006 o las campañas de Rusia en Crimea y Ucrania en 2014 (Munoz Mosquera et al, 2019; Tropin, 2021). Son conflictos multimodales los estudiados desde la perspectiva del *lawfare*, pero el componente militar será siempre central.

La segunda forma de caracterización del *lawfare* es mediante su connotación positiva o negativa. La connotación positiva se produce cuando el uso de la ley da como resultado la obtención de objetivos sin llevar a cabo el uso de la fuerza en el ámbito del derecho internacional humanitario. Pero el *lawfare* es utilizado por la mayor parte de la doctrina desde su caracterización negativa, que tiene relación con la manipulación de las instituciones legales nacionales e internacionales para la obtención de fines militares y estratégicos (Scharf & Andersen, 2010, p. 24).

Desde el enfoque amplio, el componente militar puede pasar a un plano secundario o en algunas circunstancias desaparecer en apariencia, permaneciendo inmanente.

Es la perspectiva amplia y negativa la que ha sido desarrollada con mayor profundidad en la última década. De esta forma, el *lawfare* habría evolucionado en la actualidad a posiciones en las que se produce “la utilización de las normas legales para tratar de lograr o consolidar ganancias de carácter político” (Guilfoyle, 2019). Para Orde Kittrie (AÑO), formarían parte del *lawfare* realidades tan complejas y variopintas como las injerencias informáticas rusas en elecciones democráticas de diversos países, los reclamos territoriales de China, las acciones de Hamas en Palestina o las sanciones contra Irán (2016). Para la autora, el *lawfare* constituye la mayor amenaza para las democracias occidentales, por encima de los conflictos bélicos armados y, en la mayoría de los casos, quienes lo impulsan son sus enemigos. Esta perspectiva binaria de buenos y malos recoge en gran medida las narrativas desarrolladas durante la Guerra Fría.

La vertiente latinoamericana

El término *lawfare* ha sido utilizado en numerosas investigaciones por un importante contingente de investigadores, especialmente en el último lustro. En la vertiente latinoamericana, el término *lawfare* ha sido utilizado con una configuración y sentido propio a raíz de los acontecimientos de persecución política en la región contra exfuncionarios de gobiernos progresistas que ejercieron sus funciones durante la primera década del S.XXI. La cada vez mayor cantidad de estudios en esta área de conocimiento ha generado foros, encuentros e incluso revistas especializadas en esta materia.

No obstante, el término sigue estando en disputa y muchos autores consideran que las formas que adopta la guerra jurídica y persecución política no necesariamente encajan con la denominación del *lawfare* en la doctrina anglosajona. A modo de ejemplo, la autora Gils Garbó se refiere al término *lawfare* en español como “violencia privada estatalizada con fines de persecución política” (Maisonave & Estepa, 2021). Aunque en este caso, más que un concepto, se trata de una descripción.

Las investigaciones desarrolladas bajo el paraguas de la vertiente latinoamericana están muy influenciadas por el concepto de *lawfare* considerado como “el uso indebido de herramientas jurídicas para la persecución política”, así como “la aplicación de la ley como un arma para destruir al adversario político por la vía judicial” (Romano et al, 2019, p. 19). Siendo los autores materiales de la persecución las instituciones del Estado, estas necesitan de otro actor fundamental para la legitimación de sus acciones como los medios de comunicación, instrumentos al servicio de la dominación cultural (León, 2020; Médici & Vallefín, 2021).

Los estudios recientes son numerosos en Argentina (Blajejan & Delgado, 2021; Tomás, 2021), Brasil (Salas, 2021), Ecuador (Casado & Sánchez, 2020), Bolivia (Marchiaro, 2021) o México (Ramírez & García, 2021).

Diferencias en los estudios de *lawfare* en la vertiente anglosajona y latinoamericana

En comparación con la vertiente anglosajona, los investigadores en América Latina han tratado el fenómeno de *lawfare* desde el enfoque negativo, al considerarlo, en todo momento, como la manipulación del imperio de la ley con fines interesados. Sin embargo, existe una serie de diferencias importantes entre ambas vertientes en los niveles caracterización, ámbito de aplicación de las investigaciones y reconocimiento de los actores que aplican el *lawfare*. Tras analizar estas diferencias, es posible observar una profunda brecha en cuanto a la inspiración ideológica de ambas vertientes en la consecución de sus investigaciones.

En primer lugar, los componentes característicos del *lawfare* en la vertiente anglosajona, ámbito internacional y con presencia militar, desaparecen en la vertiente latinoamericana, que son sustituidos por otros como: la persecución a los oponentes políticos que ejercieron el poder con posiciones post neoliberales, la legitimación mediática y los intereses geoestratégicos de EE.UU.

En segundo lugar, el ámbito de las investigaciones de la vertiente anglosajona es global, siempre y cuando se produzcan las características antes descritas en los casos de estudio, motivo por el que América Latina queda excluida de *lawfare*. Por su parte, la vertiente latinoamericana se ha abocado totalmente al estudio de la coyuntura regional y la proliferación de casos de *lawfare* de acuerdo con su caracterización en distintos países de la región, principalmente Argentina, Ecuador y Brasil.

En lo que sin duda coinciden ambas vertientes es en el peligro que supone la existencia y aplicación de las estrategias del *lawfare* para la institucionalidad y gobiernos democráticos. La erosión de los sistemas normativos desconociendo los principios del Estado de Derecho provoca una gran inseguridad jurídica que sacude los cimientos del Estado liberal y nos regresa a los tiempos de la pre-ilustración.

En este punto también se produce una tercera diferencia en relación con los actores responsables de llevar a cabo acciones de *lawfare*. En la anglosajona, los casos de estudios encontrados suelen, aunque no siempre es así, responsabilizar de la instrumentalización negativa del *lawfare* a otros Estados ajenos a la tradición liberal occidental y que son percibidos incluso como sus enemigos, en este lugar se situaría a los Estados de Rusia, China o Irán y otros sujetos activos de derecho internacional como los grupos insurgentes Hamas o Hezbollah.

Por su parte, las investigaciones de la vertiente latinoamericana ponen precisamente a los paladines del sistema liberal capitalista como los responsables del *lawfare*, principalmente, los gobiernos de derecha que fueron tomando el poder y desbancando a los progresistas de izquierda a lo largo de la última década en América Latina, a través de

elecciones u otros mecanismos. El responsable final serían los mismos EE.UU., país que desde un cálculo geoestratégico del *lawfare*, estaría apoyando tanto a los gobiernos conservadores de la región como sus acciones de *lawfare* contra la oposición progresista.

Finalmente, encontramos una diferencia en la inspiración y lugar de enunciación de los estudios desde una perspectiva ideológica. En la vertiente anglosajona predominan los estudios inspirados por la ideología liberal, por cierto, hegemónica en la Academia anglosajona, y que consideraría al otro no liberal como la amenaza al sistema democrático occidental. Mientras, la vertiente latinoamericana está permeada por los estudios de orientación decolonial y postneoliberal, según los cuales la principal amenaza a los sistemas democráticos de la región es EE.UU. y sus acólitos en cada uno de los países en los que se produce las acciones de *lawfare*.

En resumidas cuentas, mientras que desde la vertiente anglosajona el *lawfare* se ha convertido en la mayoría de las ocasiones en un “discurso ideológico desde el poder”, desde la vertiente latinoamericana ha ocurrido una reapropiación del término que se ha utilizado para realizar una crítica al poder y la ideología liberal hegemónica en la que se sustenta (Romano, 2021).

El Cartel de los Soles un caso prototípico de *lawfare*

El caso de estudio se ubica en Venezuela y hace referencia a la acusación contra ciertos funcionarios del gobierno de Nicolas Maduro por su supuesta vinculación con el narcotráfico a través de la organización delictiva denominada por el Departamento de Justicia de EE.UU. como Cártel de los Soles.

Las características de la acusación de EE.UU. contra el gobierno del Venezuela constituyen un caso negativo de *lawfare* que encaja en la caracterización realizada tanto por la vertiente anglosajona como latinoamericana, convirtiéndose en un interesante caso de estudio. Es importante destacar que sobre las acciones de *lawfare* contra el gobierno de Venezuela no se han realizado hasta el momento investigaciones en la vertiente anglosajona y muy pocas en la latinoamericana (Tirado, 2021).

La hipótesis parte del supuesto de que el Cartel de los Soles no existe, es una organización inventada por los servicios de inteligencia de EE.UU. y la Casa Blanca para poder alcanzar el objetivo estratégico de derrocar el gobierno de Nicolas Maduro. Al no conseguir este objetivo por elecciones democráticas con una oposición afín a los intereses estadounidenses, ni poder desplegar una estrategia militar convencional, las estrategias enmarcadas en el *lawfare* han sido recurrentes contra Venezuela. En este entramado de *lawfare* se sitúa la inventiva del Cartel de los Soles, un recurso muy útil para justificar las medidas coercitivas unilaterales y la política de “máxima presión” desplegada por administración Trump hacia Venezuela.

La vertiente anglosajona alega que el *lawfare* es una herramienta empleada principalmente los países hostiles a EE.UU., como Rusia y China, y algunos autores abogan por su desarrollo para no perder un terreno estratégico frente a sus enemigos (Goldenziel, 2020). Sin embargo, lo cierto es que EE.UU. tiene una amplia experiencia aplicando el *lawfare* en Venezuela. En primer lugar, las mal llamadas sanciones, que en realidad constituyen actos coercitivos unilaterales de EE.UU. ilegales desde la perspectiva del Derecho Internacional son constitutivas de *lawfare* de forma similar a como ha sido analizado en relación a Irán.

En segundo lugar, se considera *lawfare* el desconocimiento de las elecciones en Venezuela, con el consecuente impulso de la figura de Juan Guaidó como “presidente interino”, que ha tenido implicaciones prácticas como su reconocimiento como plenipotenciario de sus representantes ante la Organización de Estados Americanos o la confiscación de la empresa refinadora de crudo CITGO ubicada en territorio estadounidense. En un plano más militar de la acepción anglosajona de *lawfare*, se encuentra el apoyo directo o indirecto por parte de EE.UU. a la Operación Gedeon para invadir Venezuela con un grupo de mercenarios. En este entramado de acciones constitutivas de *lawfare* encaja la construcción del Cartel de los Soles.

Las primeras menciones al Cartel de los Soles aparecieron en el año 1993, para referirse a la vinculación de altos oficiales de la Guardia Nacional Venezolana en el tráfico de drogas (Insight Crime, 1993). El origen del término tiene relación con las insignias con que se identifican a los oficiales generales, los de mayor graduación, en la jerarquía militar venezolana.

Pero la narrativa del Cartel de los Soles toma la envergadura actual y su inserción como estrategia prototípica de *lawfare* durante la Revolución Bolivariana y, en concreto, durante el gobierno de Nicolás Maduro y tras la desmovilización de las FARC en el proceso de paz colombiano. Pues hasta entonces –y durante el mandato de Hugo Chávez– se había acusado al gobierno Bolivariano de colaborar con las FARC en el tráfico de drogas (Casado, 2017).

El caso saltó a la palestra pública internacional después de que se produjeran las delaciones del ex oficial Leamsy Salazar, miembro del equipo de la seguridad del ex presidente Chávez y, tras su muerte pasó a formar parte de la seguridad de Diosdado Cabello, de uno de los políticos más influyentes en Venezuela.

Los medios de comunicación más importantes del mundo occidental se hicieron eco de la noticia a través de filtraciones interesadas del Departamento de Justicia o la DEA que reprodujeron las historias basadas únicamente en las acusaciones del delator (Casado, 2020). Desde entonces y de manera periódica se produjeron de forma intermitente distintas piezas informativas con un alto componente especulativo sobre el Cartel de los Soles y de la ruta de la cocaína a través de Venezuela.

Todo ello a pesar de que según fuentes de inteligencia estadounidense, la cocaína producida en Colombia atraviesa la ruta de Venezuela en el porcentaje más bajo de las rutas existentes. De esta forma, a través del Caribe venezolano en su camino a EE.UU. solo pasaría el 7% de los estupefacientes, en comparación con la cuenca del mar Caribe colombiano 9%, o la costa del Pacífico colombiano y ecuatoriano que aglutina la mayor parte un 84%, solo a través de las Islas Galápagos transcurre el 17% (Ramsey & Smilde, 2020, p. 5).

El caso del Cartel de los Soles cobró de nuevo una gran importancia durante la rueda de prensa celebrada por el fiscal general de EE.UU., William Barr, que hizo públicas las acusaciones para un total de 14 funcionarios y exfuncionarios del gobierno de Nicolás Maduro. En su intervención, Barr lanzó duras acusaciones:

En su papel de líder del Cártel de Los Soles, Maduro Moros negoció envíos de muchas toneladas de cocaína producidas por las FARC; ordenó que el “Cartel de los Soles” proporcionara armas militares a las FARC; coordinó relaciones exteriores con Honduras y otros países para facilitar el tráfico de drogas a gran escala; y solicitó asistencia del liderazgo de las FARC para capacitar a un grupo de milicianos no autorizados que funcionaba, en esencia, como una unidad de fuerzas armadas para el Cártel de los Soles (Department of Justice, 2020).

El núcleo de la acusación argumentaba que Nicolás Maduro y sus secuaces habrían “expresamente tratado de inundar los EE.UU. con cocaína para perjudicar la salud y bienestar de la nación”. Los señalamientos versaban sobre narcotráfico y lavado de activos que permiten a EE.UU., según su legislación, perseguir estos crímenes más allá de sus fronteras.

Para la construcción del relato se involucró una gran cantidad de cortes de los EE.UU. que impulsaron distintas acusaciones a distintos altos cargos en activo o a exfuncionarios del gobierno de Nicolás Maduro, de los que resumimos a continuación los más relevantes:

Tabla 1. Figuras del gobierno venezolano acusadas por EE.UU.

Acusado	Cargo	Delito	Corte de EE.UU.
Nicolás Maduro	Presidente de la República	Narcotráfico	Distrito Sur de Nueva York
Diosdado Cabello	Presidente de la Asamblea Nacional	Narcotráfico	Distrito Sur de Nueva York
Vladimir Padrino	Ministro de Defensa	Narcotráfico	Distrito de Columbia
Maikel Moreno	Presidente del Tribunal Supremo de Justicia	Delitos financieros y lavado de dinero	Distrito Sur de Florida
Tarek el Aissami	Vicepresidente de la República	Defraudación y lavado de dinero	Distrito Sur de Nueva York
Néstor Reverol	Ministro del Interior	Narcotráfico	Distrito Este de Nueva York
Luis Motta	Ministro de Electricidad	Lavado de dinero	Distrito Sur de Florida

Fuente: elaboración propia a partir de las acusaciones en los dos distintos tribunales estadounidenses

A pesar de la gravedad de las acusaciones, existe un débil nexo causal penal entre el delito imputado y comportamiento verificado de los acusados. Para establecerlo, toda la prueba reside en un puñado de delatores que colaboraron con los servicios de inteligencia, la DEA y el Departamento de Justicia. Estos delatores llevaron a cabo su colaboración por distintos motivos, o bien para obtener rebaja de la pena por delitos cometidos en otras causas o por prebendas y premios por sus delaciones. En algunas de las acusaciones ni siquiera aparecen las pruebas que dieron lugar a su formalización. También cabe mencionar que en algunos de los casos se ofrecieron recompensas por la captura de los acusados, sin que se conozca el criterio por la que se produjo la discriminación para su definición, mientras que, por el ex ministro de electricidad, Luis Motta existe una recompensa de 5 millones de dólares por un supuesto lavado de activos inferior a la cantidad establecida en la recompensa, por Vladimir Padrino no existe ninguna, aunque se le acusa de narcotráfico.

En la presente investigación no se profundiza en las pruebas admitidas y consideradas por los tribunales estadounidenses, pero dada la gravedad de las acusaciones emitidas no se entiende cómo pudieron sustentarse en evidencias tan débiles si no fuera por el claro interés político del Fiscal Barr, azuzado por la política de la Administración Trump, de aplicar la estrategia de “máxima presión” contra el gobierno de Venezuela.

El evento de la rueda de prensa de William Barr, realizado el 26 de marzo del año 2020, fue preparado para los medios de comunicación occidentales, que reprodujeron la noticia convertida en un hecho noticioso internacional en los principales medios de EE.UU., pero también de Europa y América Latina.

Conclusiones

El expediente del Cartel de los Soles constituye un caso de *lawfare* impulsado por EE.UU. que encaja tanto en lo definido por la vertiente anglosajona como latinoamericana. Respecto a las características en la vertiente anglosajona apreciamos que la estrategia seguida se enmarca en las medidas coercitivas unilaterales, impulsadas como mecanismo para evitar el uso de medidas militares, pero persiguiendo los mismos objetivos. Desde la vertiente latinoamericana, el Cartel de los Soles tiene un claro componente geopolítico de *lawfare*, por el que EE.UU. lleva a cabo acciones de injerencia en los asuntos internos y soberanía de Venezuela, acompañadas de una campaña en medios de comunicación que le conceden legitimidad frente a la opinión pública internacional.

También existe una coincidencia con ambas vertientes al producirse un uso negativo por parte de EE.UU. de los mecanismos legales y jurídicos existentes, abusando de ellos para poder llevar a cabo sus fines. Primero, impulsando procedimientos judiciales y

acusaciones sin contar con las pruebas necesarias, lo que ha servido para aplicar medidas coercitivas unilaterales.

Son muchas y distintas las estrategias desplegadas simultáneamente por EE.UU. contra Venezuela que constituyen *lawfare*. Esta primera aportación pretende abrir una discusión enmarcada en los conceptos anglosajón y latinoamericano de *lawfare*, pero que constituye una realidad obviada por la mayoría de los estudios hasta ahora realizados por los investigadores de ambas vertientes. Sin duda, la vertiente anglosajona ha puesto mayores esfuerzos en una producción académica relacionada con los enemigos de EE.UU., pues es más fácil ver la paja en el ojo ajeno que en el propio.

Referencias

- Blajeon Bent, Y. y Delgado, F. (2021) El *lawfare* en Argentina, una nueva dinámica política. *Nullius*, 2(2), 55-73.
- Casado, F. y Sánchez, R. (2020). *Lawfare* en Ecuador: las acciones del estado desacreditadas por organismos internacionales. *Nullius*, 1(1), 1-17.
- Department of Justice (Ed.) (26 de marzo, 2020). Nicolás Maduro Moros and 14 Current and Former Venezuelan Officials Charged with Narco-Terrorism, Corruption, Drug Trafficking and Other Criminal Charges. *Department of Justice*. <https://bit.ly/3m6cvex>
- Dunlap, C. (29 de noviembre de 2001). Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts. <https://people.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf>
- Fisher, B. (2019). The Kremlin's Malign Legal Operations on the Black Sea: Analyzing the Exploitation of Public International Law Against Ukraine. *Kyiv - Mohyla Law & Politics Journal*, 193-223.
- Goldenzel, J. (2020). Law as a battlefield: The U.S., China, and the global escalation of *lawfare*. *Cornell Law Review*, 106, 1085-1172.
- Guilfoyle, D. (2019). The rule of law and maritime security: understanding *lawfare* in the South China Sea. *International Affairs*, 999-1017.
- Insight Crime (Ed.) (2018). Venezuela: ¿Un Estado mafioso? Venezuela se ha convertido en un eje del crimen organizado en la región. *Insight Crime*. <https://bit.ly/3GhFpAr>
- Kittrie, O. (2016). *Lawfare: Law as a weapon of war*. Oxford University Press.
- León Castro, E. (2020). La encrucijada del *Lawfare*: entre la judicialización y mediatización de la política. *Nullius*, 1(1), 85-104.
- Maisonnave, M. A. & Estepa, C. M. (2021), Entrevista con Alejandra Gils Carbó: 'Al *lawfare* lo llamaría violencia privada estatalizada'. *Nullius* 2 (2),
- Marchiaro, F. (2021). Guerra jurídica en el golpe de Estado boliviano: una problemática pasada por alto *Nullius*, 2(2), 102-111. DOI: <https://doi.org/10.33936/revistaderechos.v2i2.4080>

- Médici, A. & Vallefin, J.C.** (2021). Posverdad jurídica, *lawfare* y nuevas dimensiones del derecho a la verdad. *Nullius*, 2(2), 36-54. DOI: <https://doi.org/10.33936/revistaderechos.v2i2.4076>
- Munoz Mosquera, A., Dov Bachmann S. & Munoz Bravo, A.** (2019). Hybrid Warfare and the Legal Domain, Terrorism and Political Violence, 31 (1), 98-104, DOI: 10.1080/09546553.2018.1555975
- Ramírez, G. & Fernández, A.** (2021). Las reformas al poder judicial en México. ¿Allanando el camino al *lawfare*? *Nullius*, 2(2), 112-136. DOI:<https://doi.org/10.33936/revistaderechos.v2i2.4081>
- Ramsey, G., & Smilde, D.** (2020). *Beyond the narcostate Narrative. What U.S. Drug Monitoring Data Says About Venezuela*. Washington DC: WOLA.
- Romano, S.** (2021). *El Lawfare como agenda de investigación*. *Nullius*, 2(2), 1-15. DOI: <https://doi.org/10.33936/revistaderechos.v2i2.4074>
- Salas Oroño, A.** (2021). Los efectos del *lawfare* sobre la democracia brasileña: del Lava-Jato a Bolsonaro. *Nullius*, 2(2), 92-101. DOI:<https://doi.org/10.33936/revistaderechos.v2i2.4079>
- Scharf, M. & Andersen, E.** (2010). Is *Lawfare* Worth Defining - Report of the Cleveland Experts Meeting - September 11, 2010. *Case Western Reserve Journal of International Law*, 43 (1), 10-27.
- Tirado, A.** (2021). *Lawfare. Golpes de Estado en nombre de la ley*. Akal
- Tomás, A.** (2021). *Lawfare* en Argentina: el desafío de repensar las estructuras de poder. *Nullius*, 2(1), pp. 74-91. DOI:<https://doi.org/10.33936/revistaderechos.v2i2.4099>
- Tropin, Z.** (2021). *Lawfare* as part of hybrid wars: The experience of Ukraine in conflict with Russian Federation, Security & Defense. *Quarterli*, 33, 16-29

ALEJANDRO TOMÁS*

Reforma judicial en Argentina, un paso necesario para prevenir las prácticas de *Lawfare*

Introducción

El fenómeno del *Lawfare* llevado a cabo en América Latina del siglo XXI consiste en un conjunto de prácticas orquestadas minuciosamente por el Poder Judicial en connivencia con los medios masivos de comunicación a los fines de desprestigiar a dirigentes políticos y sociales, e incluso de apresarlos para evitar que puedan ser electos en las distintas esferas gubernamentales. Algunos autores se refieren al mismo como “el activismo del Poder Judicial con los medios masivos de comunicación para utilizar la infamia como herramienta ofensiva al servicio de los intereses económico-políticos de las minorías dominantes y privilegiadas” (Bielsa, 2019, p. 12). Con estas medidas, es claro que lo que se busca no es necesariamente proscribir a esas personas en particular, sino que esto es la consecuencia necesaria para evitar que puedan desarrollar sus modelos sociales y económicos una vez que llegan al gobierno: “las maniobras de *Lawfare* son utilizadas a los fines de hacer prevalecer los intereses del poder financiero, por tanto, se entiende que existe una estrecha relación entre ambos” (Tomás, 2021, p. 77).

Este accionar, no sólo vulnera derechos fundamentales como la defensa, debido proceso o principio de juez natural de aquella dirigencia que va a padecer en carne propia las falsas acusaciones que buscan quitar a estas personas de la escena política -lo cual ya es bastante grave-; el problema fundamental del *Lawfare* es que, luego de que mediante manipulaciones, logran sus objetivos, se imponen gobiernos que sólo buscan beneficiarse de su situación institucional a costa de los y las habitantes. En general, pueden verse endeudamientos lesivos a tasas exorbitantes que logran que, posteriormente, organismos internacionales acreedores de estos países logren imponer medidas de ajuste que no hacen más que someterlos al estancamiento social y económico,

(*) Alejandro Tomás es estudiante de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Autor de artículos en libros y revistas. Miembro de la Cátedra de Pensamiento Constitucional Latinoamericano (UNR).

“como consecuencia del subdesarrollo sufrimos un genocidio por goteo en acto, con los índices de muertes violentas más altos del mundo en algunos países, con muertos por deficiencias sanitarias y atención selectiva de la salud, por suicidios, por inseguridad laboral, por falta de infraestructura vial, etc. Si sumásemos todos los cadáveres anuales que produce el subdesarrollo, veríamos que no es para nada exagerado hablar de un genocidio por goteo y a veces por canilla libre” (Zaffaroni, 2021).

El objeto de contrarrestar este fenómeno, surge de la necesidad de garantizar proyectos de crecimiento para los países de la región, que no puedan verse saboteados en cortos periodos de tiempo por un pequeño grupo de operadores internos que, respondiendo a intereses foráneos, interrumpen los proyectos y políticas destinadas a mejorar la calidad de vida de la ciudadanía; sobre todo las medidas de atención para los grupos vulnerables.

Como se ha mencionado en un principio, el *Lawfare* se vale de dos elementos esenciales para lograr sus objetivos: el Poder Judicial y los Medios de Comunicación. Sin embargo, existen algunas herramientas accesorias que forman parte de estos elementos, y de las cuales se han podido valer para asegurar su accionar efectivo:

Por el lado de la comunicación, las fake news, trolls, big data: “las revoluciones científicas, a menudo, están acompañadas de revoluciones políticas, éticas y sociales, que habilitan y socializan el conocimiento” (Calvo, Aruguete, 2020, p. 39). Es una realidad la existencia de nuevas herramientas tecnológicas que tienden a crear realidades o, al menos, pretender crearlas. Al fin y al cabo, van a depender de a cuántos usuarios puedan atraer, convencer o engañar: las noticias falsas, la sensación de desprecio hacia ciertos dirigentes políticos a partir de la replicación de noticias por miles o millones de trolls en redes sociales, o la utilización del big data para atraer personas determinadas, son esenciales para lograr sus objetivos. Estas nuevas herramientas son acompañadas por algo no tan nuevo, los monopolios de medios de comunicación, que son una herramienta indispensable para ejecutar las maniobras de *Lawfare*, “cuando alguien hegemoniza por completo el campo comunicacional, nos crea una única realidad, y eso ha pasado en todos los totalitarismos” (Romano, 2019, p. 10).

Respecto al Poder Judicial, se podrían mencionar instrumentos como el Fórum Shopping, el cual consiste en “la elección del foro o jurisdicción donde una demanda será presentada. En esta práctica, el objetivo es elegir el derecho (armamento) y el órgano juzgador (geografía) más favorables a las posturas del actor” (Zanin Martins Et al, 2020, p. 62). Si bien la definición anterior encuentra su origen en el ejecutar de estas prácticas en el derecho internacional privado, en el ámbito del derecho interno argentino, “lo que interesa elegir aquí es la persona que habrá de intervenir en el trámite de un juicio, que eventualmente podrá manipularlo en tal o cual dirección, con absoluta prescindencia de la ley formal o material que corresponda aplicar” (Slonimsqui, 2018, p. 30); o por ejemplo la ya tan conocida “Doctrina Irurzun”, la cual surge como un argumento de vínculos residuales aplicable sólo a determinados ex funcionarios y utilizada para denegar la ex-carcelación. Denegada la misma, al proceder la prisión preventiva, suele montarse un espectáculo notable para brindar más veracidad a las acusaciones de corrupción vertidas sobre determinados dirigentes que resultan víctimas de estas prácticas.

Es una realidad que, en América Latina, estas prácticas han operado de diferentes y variadas maneras, “casos como la persecución jurídica de Lula o Dilma Rousseff en Brasil, o como la de Fernando Lugo a Paraguay, o la de Rafael Correa en Ecuador, o la de Evo Morales en Bolivia, o la de Cristina Fernández de Kirchner en Argentina” (Martí, 2020, p. 5) se han constituido como verdaderos casos de *Lawfare*, que fueron realizados acorde a las circunstancias propias de cada país. A pesar de esto, siempre constan de la utilización en mayor o en menor medida del Poder Judicial y de los Medios de Comunicación. En las siguientes páginas, se hará hincapié en distintos elementos del poder judicial en Argentina, los cuales han tenido o podrían tener influencia en la ejecución de las prácticas de *Lawfare*.

Si bien, se ha dejado en claro que las prácticas de *Lawfare* se valen de dos elementos esenciales, en muchos casos se acompañan de instrumentos accesorios para asegurar su efectividad, en los siguientes apartados, se hará hincapié en algunos de los aspectos más importantes que integran la estructura de uno de los principales elementos que favorecen estas prácticas: el Poder Judicial. A tales fines, una eventual reforma debe tener como uno de sus objetivos fundamentales lograr una adecuada administración de justicia en condiciones de igualdad para toda la ciudadanía, que evite prácticas arbitrarias y mucho menos que se vea sometida al poder económico o influenciada por los monopolios comunicacionales. Que el objeto de este trabajo sea la necesidad de una reforma judicial, no implica que la misma sea más determinante o de mayor importancia para impulsar el *Lawfare*, ya que el mismo es un fenómeno complejo que requiere de ambos elementos para lograr el mayor éxito en sus objetivos.

Corte Suprema de Justicia

Actualmente compuesta por 5 miembros, a lo largo de su historia ha sido partícipe de polémicas decisiones, por ejemplo, en 1930 con la receptación de lo que posteriormente se conoció como la “Doctrina de los Gobiernos de Facto” a partir de la cual se legitimaron los golpes de estado que se dieron en Argentina a lo largo del siglo XX. El siglo pasado, la imposición de intereses foráneos se logró mediante los golpes de estado amparados en la doctrina de la seguridad nacional; en la actualidad, la búsqueda de los mismos intereses se efectúa mediante maniobras de *Lawfare*.

A pesar de las diferencias en su forma de operar, los intereses son los mismos, e incluso puede notarse cómo buscan cubrir sus huellas: un claro ejemplo de esto fue la Corte Suprema cuya “mayoría exigua”⁽¹⁾ (Waldron, 2018, p. 153) se formó luego de que -mediante maniobras de *Lawfare*- se impusiera en el gobierno una estructura política que ni

(1) Se refiere a “mayoría exigua” como un mecanismo de toma de decisiones utilizado generalmente en los tribunales. Es un sistema de mayorías: en la Corte Suprema de Estados Unidos, por ejemplo, de 5 a 4; en la de Argentina, -actualmente- 3 a 2. En esta sección se alude al mismo, como la conformación de

quiera tuvo reparos en respetar el mecanismo de designación de magistrados superiores, a partir de la cual se produjo el polémico fallo del 2x1 en el año 2017, que otorgaba beneficios en el cumplimiento de sus sentencias a criminales de lesa humanidad que habían participado en el último golpe de Estado que se dio en Argentina⁽²⁾. En el pasado, lograron mediante acordada de la Corte Suprema la legitimidad para derrocar gobiernos constitucionales, perseguir y proscribir opositores, torturar y desaparecer personas; En la actualidad, buscaron –y buscan– conformar mayorías judiciales para beneficiar a quienes ejecutaron esas dictaduras; y para permitir desarrollar un modelo económico muy similar a los que se llevaron a cabo en tales procesos: “la dictadura militar buscó instaurar un proyecto político, social y económico en beneficio de los sectores dominantes y de subordinación de los sectores populares” (Piñero, 2011, p. 1).

Respecto a lo mencionado en el párrafo precedente, no se puede dejar de destacar las irregularidades en la última designación de magistrados para este órgano, que pretendió realizarse por un Decreto de Necesidad y Urgencia, el nuevo gobierno “a tan solo cuatro días de haber asumido su cargo, designó mediante un decreto a los abogados Carlos Fernando Rosenkratz y Horacio Daniel Rosatti como nuevos magistrados del supremo tribunal. Para ello, obvió todos los procedimientos constitucionales, legales y administrativos, lo cual afectó, de modo grave, la administración de justicia y la imparcialidad e independencia que los abogados propuestos para el cargo deberían tener y demostrar” (Desojo, 2020, p. 34) en contra de lo establecido por la Constitución; y, por otro lado, no se respetaron los parámetros establecidos por el decreto 222/03 respecto a la composición federal y de género para cubrir vacantes. Por otra parte, al ignorar el mecanismo de participación ciudadanía que surge del mismo decreto, se manifestó la clara intención del Poder Ejecutivo de “designar jueces y ponerlos en función sin activar el mecanismo de participación ciudadana contemplado implícito sustraer al proceso del escrutinio ciudadano, reduciendo así la transparencia y, por ende, aumentando el riesgo de nombramientos por motivos indebidos” (Desojo, 2020, p. 52).

Al momento de referir a la Corte Suprema, no existen fórmulas mágicas, ni números que puedan garantizar el buen funcionamiento de la misma. Si se analiza el derecho comparado, se pueden encontrar tribunales supremos con distintas integraciones y estructuras: en Estados Unidos compuesta por 9 magistrados, en Brasil por 11, en España por 12, en estos casos, sin división de salas; en Colombia, por ejemplo, una Corte Suprema con 23 magistrados dividida en 4 salas (civil, casación laboral, casación penal y sala plena), en Chile compuesta por 21 miembros dividida en 3 salas (civil, penal, asuntos constitucionales/contencioso administrativo). En este sentido, se debe realizar un análisis exhaustivo a los fines de determinar cuál es el sistema que más le conviene aplicar

una mayoría automática (3 jueces de la Corte Suprema en el caso argentino), a los fines de predisponer mayormente decisiones favorables por quienes lograron imponerla.

(2) Dicho fallo trajo tantas críticas sociales como jurídicas y, de hecho, al año siguiente debieron fallar en sentido contrario (fallo Rufino Batalla en 2018).

a la Argentina. Ya que en la actualidad posee una Corte Suprema con 5 miembros, que recibe más de 10.000⁽³⁾ causas por año, la mayoría respecto de materias para las cuales ellos no se han especializado. Al momento de pensar una reforma ¿Sería conveniente descentralizar el poder de estos 5 jueces? ¿La división por materias sería beneficiosa para nuestro sistema? ¿Con qué herramientas cuentan estos jueces para resolver respecto de materias para las cuales no se han especializado? La realidad, es que la actual composición de la Corte Suprema no garantiza la correcta aplicación de la justicia, e incluso -como se pudo ver en el caso mencionado-, ni siquiera se puede garantizar la correcta designación de magistrados.

Ahora bien, ¿cuál es la relación de la Corte Suprema con las prácticas de *Lawfare*? Para analizar esto, se puede tomar el ejemplo mencionado anteriormente. Luego de la realización de prácticas de *Lawfare* contra Cristina Kirchner y funcionarios que formaron parte de sus gobiernos, se impuso una estructura política que, a pocos días de asumir, designó de manera arbitraria a dos magistrados superiores lo cual implicó la conformación de una mayoría exigua a favor de los intereses del recién asumido gobierno. De esta forma, se vio gravemente violentada la división de poderes, "esto configuró un cuadro de situación que, a los ojos de un observador razonable, no permite afirmar que los ungidos magistrados se encuentren libres de conexiones o influencias políticas inapropiadas, dadas la exacerbada politización de su designación, la ausencia de la participación popular en la toma de la decisión, la violación a los procedimientos institucionalizados y la afectación a la inamovilidad que deben detentar los jueces" (Desojo, 2020, p. 33).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, como último tribunal de apelaciones en ninguna circunstancia puede ser objeto de maniobras que vulneren los mecanismos establecidos para la designación de sus magistrados. La libertad de conexiones y la ausencia de influencia política manifiesta nunca puede ser un condicionante para sus designaciones. La importancia de esto, reside no solamente en la posibilidad de que alguna maniobra de *Lawfare* contra determinados sujetos políticos llegue a la misma y pueda resultar una sentencia viciada por un claro conflicto de intereses, sino que también, pueden llegar al mismo tribunal casos respecto a determinadas políticas públicas que incumban a distintos actores o proyectos políticos para con los cuales podrían fallar estos jueces con mayor beneplácito o desaprobación dependiendo a quien o sobre que se refiera el caso que llega a su consideración.

En el mismo sentido de lo mencionado en el párrafo precedente, se ha expresado la actual vicepresidenta argentina –quien ha sido una de las mayores víctimas de *Lawfare* en la región– al sostener que "tampoco deberíamos extrañarnos si esta Corte, que

(3) Según el Centro de Información Judicial, "las causas ingresadas entre 2013 y 2016 promediaron las 16.000 al año. En 2017 registraron una caída (14.712), recuperada ampliamente en 2018, cuando pasaron a 27.970 a raíz de los reclamos por reajustes jubilatorios". Recuperado de: <https://www.cij.gov.ar/nota-33616-DATOS-ESTAD-STICOS---En-2018--la-Corte-Suprema-dict--6814-sentencias-y-resolvi-7843-causas.html>

consintió alegremente el mayor endeudamiento del que se tenga memoria a escala planetaria con el FMI, empieza a dictar fallos de neto corte económico para condicionar o extorsionar a este gobierno... o lo que es peor aún: para hacerlo fracasar” (Diario Perfil, 09-12-2020). En relación a esto, y como se ha aludido con anterioridad, que exista una Corte Suprema que responda a los intereses de determinados sectores políticos y económicos (y más aún cuando fueron nombrados por ellos) resulta incompatible con nuestro sistema de gobierno. Si no existe un mínimo respeto por la división de poderes (poder político), se corre un grave riesgo al permitir la monopolización de las distintas funciones por parte de un mismo interés, “de un sistema republicano como el nuestro, surge la necesidad de dividir el poder político en todas sus esferas, para evitar los abusos y la concentración del poder, de modo que exista una verdadera libertad política, mediando órganos de control y vigilancia recíprocos de los poderes entre sí” (Estepa y Masionnave, 2020, p. 248).

Consejo de la Magistratura

Este órgano, que surge a partir de la reforma constitucional de 1994, tiene a su cargo determinadas tareas que resultan de vital importancia para asegurar un adecuado funcionamiento del Poder Judicial: su administración, la selección de magistrados y las sanciones para aquellos funcionarios que incumplan con sus deberes. Las mismas surgen del propio artículo 114 de la Constitución Nacional. Este consejo, pensado como un órgano plural, está compuesto por seis legisladores de manera proporcional a las últimas elecciones a diputado nacional, tres representantes de jueces de matrícula federal, dos representantes de abogados de matrícula federal, un representante del Poder Ejecutivo y un representante del ámbito académico y científico.

Uno de los ejes fundamentales para asegurar un adecuado funcionamiento de la justicia, es la designación de magistrados, y este consejo tiene un papel fundamental, ya que emite propuestas vinculantes en ternas para el nombramiento de magistrados inferiores. Para que exista una justicia verdadera y legítima, resulta indispensable contar con jueces que respeten los Derechos Humanos, fallen con perspectiva de género y se adecúen a la evolución de los derechos sociales. Respecto a esto, correspondería preguntarse ¿Sería conveniente incorporar más cupos del ámbito académico y científico en este consejo? ¿Sería también una medida para restar valor a la influencia de los partidos políticos en dicho consejo? Por un lado, incorporar miembros de dicho ámbito, sería otorgarle más relevancia al direccionamiento hacia un perfil de juez más idóneo a los tiempos que corren; por otro lado, no se debe restar importancia a la posible influencia política en la designación de magistrados, “la corrupción de los miembros del Poder Judicial se ve incentivada, además, porque su nombramiento muchas veces se encuentra demasiado influenciado por el poder político y porque la estructura normativa que suele regular el ejercicio de la potestad jurisdiccional les otorga el monopolio y una amplia discrecionalidad para la resolución de los conflictos” (Slonimski, 2018, p. 72).

Esta discusión no es para nada novedosa, se puede recordar que con la ley 26.855, en el año 2013 se pretendió ampliar el número de miembros de este Consejo de 13 a 19, ampliando los representantes del ámbito académico y científico; a su vez que preveía la posibilidad de la elección popular en elecciones nacionales de los jueces, abogados y académicos que integrarían dicho consejo, con lo cual corresponde preguntarse ¿No sería esta una medida necesaria para incorporar a la ciudadanía en esta discusión? Se debe recordar, que esta ley fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a lo que corresponde preguntarse ¿No existe un conflicto de intereses con dicho fallo? En razón de este debate, corresponde destacar que el Poder Judicial “es el único que no deriva de la voluntad popular sino de complejos mecanismos de designaciones políticas y concursos, sumado a privilegios que los demás poderes no tienen” (Vollenweider, 2017, p. 2), por ello resulta fundamental reflexionar sobre los inconvenientes que pueden surgir del sistema de designación de magistrados en Argentina, en este sentido, no se puede dejar de recordar lo acontecido en Argentina luego de que -mediante maniobras de *Lawfare*- se impusiera en el gobierno la alianza cambiemos: mediante maniobras ilegales privaron de asumir en dicho consejo a un miembro de la oposición (quien legítimamente debía asumir), “y así obtuvieron el manejo de las comisiones más importantes que tienen como fin designar y sancionar a magistrados. Con esa apropiación del Consejo de la Magistratura, se han lesionado la independencia y la representación plural que debe tener el organismo, de pesos y contrapesos políticos, al propiciar una intervención del entonces titular del Poder Ejecutivo Nacional a cargo de Mauricio Macri, quien, torciendo su natural equilibrio, lo cooptó para perseguir y disciplinar a jueces” (Desojo, 2020, p. 57).

Un claro ejemplo de ello, fue el caso de la jueza de la Cámara Federal de Casación Penal, Ana María Figueroa quien “se negó a permitir una intromisión del Ejecutivo en el Poder Judicial y su respuesta negativa fue insumo para que el gobierno ponga en marcha, en coordinación con el poder mediático, una serie de campañas y actos de persecución política en su contra, a partir de denuncias creadas en el Consejo de la Magistratura” (Estepa y Maisonnave, 2020, p. 82).

Por otro lado, conforme surge de los incisos 4 y 5 del artículo 114, dicho consejo debe ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados; decidir la apertura del procedimiento de remoción, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente. El adecuado ejercicio de estas atribuciones es fundamental para el correcto accionar de los jueces. Según el inciso 6 del mismo artículo, este consejo debe dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia; lo cual implicaría, tomar las precauciones necesarias para evitar prácticas que busquen efectuar maniobras de *Lawfare*.

En relación a los ejes mencionados en el párrafo precedente, resulta sustancial destacar que en el accionar de las maniobras de *Lawfare*, se puede vislumbrar un incorrecto

accionar por parte de jueces prevaricadores⁽⁴⁾ quienes manipulan los procesos judiciales en diversas direcciones de forma arbitraria, o incluso dictando sentencias contrarias al derecho. La necesidad de garantizar la atinada aplicación de las facultades disciplinarias reside en dos aspectos fundamentales: por un lado, cuando un juez o jueza falla de forma arbitraria o dicta resoluciones contrarias a la ley, en este caso, es fundamental aplicar las sanciones correspondientes para evitar que pueda seguir ejecutando dicho accionar; por otro lado, mediante la aplicación de sanciones se puede someter y/o disciplinar a jueces por motivos políticos, aunque no hayan cometido ningún accionar ilícito.

En relación a lo desarrollado precedentemente, se puede afirmar asegurar el buen accionar de este órgano resulta fundamental para evitar las maniobras de *Lawfare* y para garantizar la buena administración de justicia. Lograr una composición plural y con una amplia participación de especialistas para permitir la posibilidad de generar propuestas vinculantes con postulantes idóneos; y, por otro lado, para asegurar el correcto funcionar de las facultades disciplinarias para evitar que sean utilizadas para condicionar a las sentencias ya sea por acción (sancionando injustamente) o por omisión (no sancionar cuando resulta apropiado).

Asegurar el buen funcionamiento de este órgano resulta indispensable a los fines de afianzar el correcto accionar de la justicia: incorporar a la ciudadanía en esta discusión; garantizar la elección de magistrados que actúen en respeto de la Constitución y los Derechos Humanos; a su vez, que aquellos jueces que incumplan sus funciones de forma manifiesta y reiterada perciban las sanciones que les correspondan, forman parte de los objetivos que debe garantizar una posible reforma de este órgano, que sin duda alguna, en su actualidad es de suma importancia para el ejecutar exitoso de las prácticas de *Lawfare*.

Control de Constitucionalidad

A los fines de iniciar el abordaje de este tema, sería conveniente comenzar con un ejemplo: la ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo, la cual fue tratada en la legislatura a partir del masivo movimiento de mujeres que se manifestaba en favor de la misma. El proyecto de ley fue votado por los representantes de todas las fuerzas políticas electas popularmente, luego de un amplio debate en el cual participaron no solo éstos, sino también especialistas de distintas áreas que incumben a la temática. Se trató de un proceso en el cual se puede observar la participación de la ciudadanía manifestándose en la calle, las y los legisladores, y especialistas expresándose tanto a favor como en contra, y en el cual se ha cumplido con el proceso establecido constitucionalmente para

(4) Prevaricato de jueces es un delito tipificado en el artículo 269 del Código Penal argentino, el cual configura cuando un juez dicta resoluciones contrarias a la ley, o incluso cuando citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas.

la sanción de leyes. Corresponde destacar que luego de ser debatida, sancionada y promulgada, cualquier juez podría declarar la inconstitucionalidad de la misma (a pesar de no existir motivo para ello). Se ha elegido este ejemplo, ya que se puede vislumbrar una amplia participación en el debate de distintos sectores sociales y políticos. A su vez, un proceso inverso que puede darse ocurre cuando, por ejemplo, luego de un DNU emitido con la sola participación del Poder Ejecutivo (y el cual supongamos, posee algún vicio) no es declarada inconstitucional por los tribunales.

Como se puede observar, existen casos en los cuales el Poder Judicial debe declarar la inconstitucionalidad de normas que vulneran la Constitución o los Tratados Internacionales (incorporados a la Constitución en el artículo 75 inc. 22) en perjuicio de algún habitante, pero sin embargo, no lo hace. También, debe existir conciencia respecto de que cualquier juez o jueza de la república puede declarar la inconstitucionalidad de leyes que son hechas de acuerdo a la Constitución. El contra freno establecido por el control de constitucionalidad, como se puede ver, da indicios de una presunción de discrecionalidad respecto de sus decisiones, “el ejercicio por parte del poder judicial del control de constitucionalidad no está sujeto a ningún contrapeso por parte de esos poderes” (Fernández, 2020, p. 318).

Al referirnos al control de constitucionalidad, se pueden observar distintos sistemas. Por un lado, el sistema Concentrado: “en este sistema, la tarea de control se encuentra a cargo de un órgano específico, que en algunos países suele ser el Tribunal o Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, o una de sus Salas; los cuales, mediante una suerte de especialización en materia constitucional, concentran para sí el ejercicio del control constitucional de las normas. De ahí que la primera variable de este sistema concentrado está dada por la especialización del órgano para asuntos exclusivamente constitucionales” (Cabrera-Ramirez y Trelles Vicuña, 2021).

Por otro lado, otra ventaja primordial en el sistema concentrado “es el criterio unívoco respecto de la constitucionalidad de las normas, lo cual genera seguridad jurídica, ya que toda norma es válida hasta tanto sea declarada inconstitucional por el órgano de competencia para hacerlo. A partir de ese momento, la norma deja de tener vigencia en el ordenamiento jurídico, con efecto erga omnes” (Agresti y Alonso, p. 9) a diferencia de lo que sucede en el control difuso, en el cual, la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos solo para el caso concreto, con lo cual la norma sigue vigente.

El sistema argentino es difuso, lo cual implica “que todos los jueces de cualquier fuero y jurisdicción pueden ejercerlo y, eventualmente, declarar la inconstitucionalidad de una ley o acto estatal de contenido normativo, con efectos inter partes, para el caso concreto” (Agresti y Alonso, p. 1). Si bien la inconstitucionalidad de una norma (aunque sea justa) no la inhabilita en términos generales, sí se produce una vulneración en el caso particular en el cual se aplica, y el Poder Judicial tiene total libertad para hacerlo. No obstante, en el caso de que una ley sea injusta y se declare su inconstitucionalidad, dicha ley

seguirá vigente. A diferencia de lo que ocurre en un sistema concentrado, la declaración de inconstitucionalidad de una norma ya no va a depender solamente de un solo tribunal “lo cual aumenta considerablemente el número de defensores de la supremacía y, sobre todo, pone a disposición de todos los jueces del sistema un mecanismo que le permite cumplir con su obligación de no aplicar leyes inconstitucionales” (Ciorciari, 2016).

Ahora bien, ¿cuáles serían las ventajas de tener uno u otro sistema? ¿Cuál es la relación entre el Control de Constitucionalidad y el *Lawfare*? “Nuestro sistema judicial también permanece afectado por la judicialización de la política. Se trata de una práctica conectada con la del *Lawfare*, aunque diferente. Llevar la política a la justicia constituye un hábito frecuente porque el sistema jurídico lo favorece. El control de constitucionalidad difuso permite que cualquier juez pueda en el marco de una causa judicial declarar una ley inconstitucional sin ningún tipo de costo” (Delgado, 2020).

Se menciona esto, ya que “con el *Lawfare*, el Poder Judicial pretende también influir, revisar o controlar el poder político, sea o no gobernante, pero con la gran diferencia que aparenta ser un proceso judicial legal y constitucional. Sin embargo, está impregnado de subjetividades, arbitrariedades y nulidades procesales” (IDEAL, 2018); y esta es la principal relación con el control de constitucionalidad. En el momento en el cual el gobierno que se ha impuesto mediante maniobras de *Lawfare* ocupa -de manera arbitraria- lugares estratégicos en el Poder Judicial, puede hacer prevalecer sus intereses mediante el control de constitucionalidad ya sea por acción o por omisión. Corresponde destacar que, ante una designación arbitraria en algún lugar estratégico del Poder Judicial, los mismos permanecen de forma vitalicia, de modo que podrán operar en favor de los intereses de quienes los han designado, aunque ellos no formen más parte del Poder Ejecutivo.

El objetivo del *Lawfare* consiste en lograr imponer determinadas prácticas sociales y económicas, para las cuales se necesitará -además de los gobiernos que se imponen mediante estas prácticas- la aquiescencia de determinadas áreas específicas del Poder Judicial, ya que el mismo podría tanto, dejar sin efecto las medidas que buscan imponer (al ejercer el control de constitucionalidad) o permitir medidas inconstitucionales que produzcan perjuicios sociales mediante lo que el Dr. Sagues denomina como proceso de desconstitucionalización inconstitucional: “este, por su parte, puede surgir de la reiterada sanción de leyes o decretos inconstitucionales, pero no declarados así por los órganos de control de constitucionalidad, con lo que, indirectamente, rigen por encima de la Constitución y de hecho bloquean o anestesian las reglas constitucionales que los contradicen” (Sagüés, 2007).

De esta forma, corresponde destacar que aunque se trate de leyes sancionadas por el legislativo, o disposiciones emitidas por el ejecutivo, por ejemplo, al emitir Decretos de Necesidad y Urgencia resulta indispensable que el control se ejerza de forma apropiada y no arbitraria, “de esta manera, cuanta más legítima sea, menor será el interés por

fortalecer el control constitucional; por el contrario, cuanto menos legitimidad posea, mayor deberá ser la intervención a través del control constitucional” (Bocanument-Arbeláez, 2012). Cuando estos parámetros no se respetan, el control de constitucionalidad pierde el eje de su finalidad primordial, y puede utilizarse de manera arbitraria para condicionar circunstancias políticas, económicas y/o sociales. Para evitar que esto suceda, sanear las desventajas que posee nuestro sistema es fundamental, y contemplar la posibilidad de instaurar un sistema mixto como se ha realizado en distintas legislaciones de la región podría constituir una alternativa a tales fines.

A los fines de lograr un mayor control, garantizar la seguridad jurídica (falencia del sistema difuso) y evitar que -ante designaciones arbitrarias- un solo órgano pueda decidir sobre cuestiones nodales referidas a los derechos fundamentales de la población, estudiar si la posible instrumentación de un sistema de control de constitucionalidad mixto sería beneficiosa, es una necesidad imperiosa. A su vez, al poseer un órgano especializado y ante la posibilidad de controvertir al mismo mediante herramientas de un control difuso, se dificultaría el efectivo accionar de las prácticas de *Lawfare*, tanto para someter a diferentes dirigentes populares como para poder hacer prevalecer un modelo de exclusión social acorde a los intereses del poder financiero.

Conclusiones

A partir de lo desarrollado en las páginas precedentes, es menester destacar que las prácticas de *Lawfare* no solo se instrumentan para desplazar a los gobiernos populares de la región, sino que también tiene un rol fundamental con posterioridad a estos hechos ya que quienes se imponen mediante estas prácticas buscarán tomar lugares estratégicos a los fines de garantizar el resultado de su accionar como funcionarios dóciles a los intereses de los capitales extranjeros; por ejemplo, luego que mediante maniobras de *Lawfare* se impusiera en el gobierno la alianza cambiamos “su arribo supuso precisamente un cambio en el accionar del Poder Judicial que avasalló el Estado de Derecho hasta el punto de desconocer las garantías básicas en un proceso legítimo y penalizar la política” (Romano et al, 2021). Lo cual ha podido dejar en evidencia como “el poder judicial se ha convertido en los últimos años en un potente espacio desde donde desplegar, casi sin limitaciones, estrategias de desestabilización y persecución política” (Vollenweider, 2017, p. 2).

Lo que se ha buscado poner en tela de juicio, no sólo ha sido el ilegítimo accionar del Poder Judicial –en connivencia con monopolios comunicacionales–, sino que resulta indispensable para la prevalencia de un Estado democrático de derecho la existencia de mecanismos que impidan la coaptación de lugares estratégicos en distintas esferas del ámbito judicial a los fines de impedir la acumulación de los poderes del Estado bajo un mismo objetivo que posicione de manera alineada no solo a los distintos poderes

del Estado, sino también al poder financiero y al poder comunicacional, ya que si esto sucediera, se perdería la representatividad estatal de los intereses de la ciudadanía produciéndose así programas de gobiernos que puedan originar graves perjuicios sociales y económicos sobre los países de América Latina.

Siendo conscientes de que existen graves falencias estructurales en la organización del poder en Argentina, y en particular, en distintas instituciones que deben hacer al correcto funcionamiento del Poder Judicial; las cuales se manifiestan en la discrecionalidad que se constituye en base al hecho de que este poder tenga la última palabra constitucional, “el Estado de derecho requiere que la suerte de las personas no dependa de la voluntad discrecional de nadie” (Gargarella, 2020, p. 33).

A modo de conclusión, se puede afirmar que no existen sistemas de gobierno perfectos, pero sí es posible estructurar proyectos que permitan reducir al mínimo sus falencias de modo que las mismas no puedan utilizarse para imponer modelos de exclusión social que perjudiquen gravemente a la ciudadanía. Por tanto, corresponde reflexionar a nivel social, académico y político las virtudes y falencias del sistema de organización de poderes de Argentina. En el presente trabajo se han identificado sólo algunas de las instituciones o institutos que poseen determinadas falencias que pueden producir perjuicios manifiestos sobre la población, pero no son las únicas que existen o pueden existir. A los fines de lograr una sociedad más justa en la que las arbitrariedades no se puedan producir de forma manifiesta, corresponde avanzar en el estudio tanto académico como práctico de las posibles y/o manifiestas consecuencias del sistema argentino con el propósito de poder generar una organización de poderes acorde a las necesidades de época.

La necesidad de una reforma judicial en Argentina es una realidad. A lo largo de estas páginas se han desarrollado algunos ejes que deberían tenerse en cuenta ante una eventual reforma a los fines de asegurar la adecuada administración de la justicia y de prevenir las prácticas de *Lawfare*. La finalidad de esto, es otorgar seguridad jurídica a los y las habitantes, evitar las arbitrariedades y lograr garantizar la existencia de un sistema de derechos que no pueda verse afectado por el accionar de los poderes del Estado.

El objetivo fundamental de esto reside en lograr la coordinación de un sistema armonioso que impida la manifiesta vulneración de los Derechos Humanos de la ciudadanía. Lo cual no puede coexistir con la posibilidad de designaciones arbitrarias de funcionarios que puedan decidir sobre cuestiones nodales de la población, para esto “resulta indispensable lograr un sistema de pesos y contra pesos entre las distintas funciones del poder político -el único con regulación constitucional- a los fines de que sea una herramienta adecuada en la que ninguno de sus órganos prevalezca por sobre otro, que se controlen mutuamente y rindan cuentas en igualdad de condiciones” (Tomás, 2021, p. 88). La mejor forma de sanearlo, consiste en impulsar sistemas plurales en los cuales

prime la participación ciudadana en la conformación de estructuras organizativas de gobierno que puedan garantizar la instrumentación de políticas públicas a beneficio de las personas, y prevenir que, ante la imposición de determinadas estructuras políticas, se pueda favorecer la prevalencia de decisiones manifiestamente nocivas sobre la sociedad, cualquiera sea el proyecto político que encabece el Poder Ejecutivo.

Referencias

- Agresti, M. M y Alonso, M. M. (s/a). "Conveniencia de complementar el control de constitucionalidad difuso con el control concentrado". Recuperado de: http://www.derecho.uba.ar/graduados/ponencias/agresti_alonso.pdf
- Bielsa, R. y Peretti, P. (2019). *Lawfare, guerra judicial-mediática*. Editorial Ariel.
- Bocanument-Arbeláez, M. (2012). "El control de constitucionalidad: ¿promotor o aniquilador de la democracia deliberativa?". Recuperado de: <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/753/850>
- Cabrera-Ramirez, V. H. y Trelles Vicuña, D. F. (2021). "El sistema de control constitucional". Recuperado de: <https://fipcaec.com/index.php/fipcaec/article/view/354/634>
- Calvo, E. y Aruguete, N. (2020) *Fake news, trolls y otros encantos*. Editorial Siglo Veintiuno. Buenos Aires.
- Ciorciari, A. (06 de noviembre de 2016). "Control de constitucionalidad argentino: ventajas y desventajas". Recuperado de: https://www.terragrijurista.com.ar/doctrina/control_const.htm
- Delgado, F. (03 de abril del 2020). "A propósito del Lawfare". Revista Mestiza. Recuperado de: <https://revistamestiza.unaj.edu.ar/a-proposito-del-lawfare/>
- Desojo, E. (2020). *Justicia a la carta, el poder judicial en la era macrista*. Editorial de la UNLP. Buenos Aires.
- Estepa, C. y Maisonnave, M. -coordinadores- (2020). *Derechos Humanos desde América Latina*. Editorial UNR editora. Rosario. Recuperado de: <https://rehip.unr.edu.ar/bitstream/handle/2133/18438/Libro%20DDHH%20desde%20Am%c3%a9rica%20Latina%20-%20c3%81rea%20DDHH%20UNR-comprimido.pdf?sequence=6&isAllowed=y>
- Estepa, C. y Maisonnave, M. (2020). "Poder Judicial, medios de comunicación y política: Lawfare en Argentina". Recuperado de: <https://revistas.utm.edu.ec/index.php/revistanullius/article/view/2685/2978>
- Fernández, A. (2020). *La justicia acusada*. Editorial Sudamericana. Buenos Aires.
- Gargarella, R. (2020). *La derrota del derecho en América Latina*. Editorial Siglo XXI. Buenos Aires.
- Instituto de Estudio y Administración Local -IDEAL- (2018). "Algunas consideraciones sobre el fenómeno del Lawfare (guerra jurídica)". Recuperado de: <https://perio.unlp.edu.ar/catedras/comyddhhlic/wp-content/uploads/sites/152/2020/08/3-Abogados-y-abogadas-de-la-pcia.-de-Buenos-Aires.-Algunas-consideraciones-sobre-el-fen%C3%B3meno-Lawfare.pdf>

- Martí, J. L. (2020). "Lawfare y Democracia". Revista IDEES. Recuperado de: <https://revistaidees.cat/es/lawfare-y-democracia-el-derecho-como-arma-de-guerra/>
- Perfil Diario. s/a (09-12-2020). Duro ataque de Cristina Kirchner a la Corte: "Lawfare al palo". Recuperado de: <https://www.perfil.com/noticias/politica/duro-ataque-cristina-kirchner-corte-suprema-lawfare-al-palo.phtml>
- Piñero, M. T. (2011). "Política económica de la dictadura". Recuperado de: http://conti.derhuman.jus.gov.ar/2011/10/mesa_1/pinero_mesa_1.pdf
- Romano, S., Salas Oroño, A., Ester, B., Gómez Daza, A. y Calderón Castillo, J. (28 de enero 2018). "Lawfare: la vía "justa" al neoliberalismo". Celag. Recuperado de: <https://www.celag.org/Lawfare-la-via-legal-al-neoliberalismo/>
- Romano, S. (2019). *Lawfare guerra judicial y neoliberalismo en América Latina*. Editores Mármol izquierdo. Buenos Aires.
- Sagüés, N.P. (2007). "El concepto de Desconstitucionalización". Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, 2, 180-195. Recuperado de: <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/850/853>
- Slonimski, P. (2018). Fórum Shopping Reloaded, claves para entender la manipulación judicial. Editorial Planeta. Buenos Aires.
- Tomás, A. (2021). "Lawfare en Argentina: el desafío de repensar las estructuras de poder". *Nullius*, 2(1), pp. 74-91. DOI: <https://doi.org/10.33936/revistaderechos.v2i2.4078>
- Vollenweider, C. y Romano, S. (2017). "Lawfare. La judicialización de la política en América Latina". Celag. Recuperado de: <https://www.celag.org/wp-content/uploads/2017/03/LawfareT.pdf>
- Waldron, J. (2018) *Contra el gobierno de los jueces*. Editorial siglo veintiuno. Buenos Aires.
- Zaffaroni, E. R. (2021). "Las dos historias de los Derechos Humanos". Recuperado de: <https://lateclaenerevista.com/las-dos-historias-de-los-derechos-humanos-por-e-raul-zaffaroni/>
- Zanin Martins, C., Teixeira Zanin Martins, V., Valim, R. (2020). *Lawfare, la guerra jurídica*. Editorial Astrea.

FAUSTO MARCHIARO*

Poder Judicial y reforma constitucional en Argentina: antesala para contrarrestar el fenómeno de la guerra jurídica**

Introducción

Proyectar las reformas necesarias para encarar y poner freno al fenómeno de la guerra jurídica en América Latina –y en Argentina en particular– requiere partir de un análisis situado de la problemática. En este sentido, un diagnóstico adecuado nos facilitará la observación del estado de situación actual y los motivos que llevaron a que el *lawfare* impacte tan efectivamente sobre el campo nacional y popular latinoamericano. Asimismo, centrándonos en el caso argentino, la corporalización del *lawfare* a través de la “judicialización de la política” o “guerra judicial-mediática” (Bielsa & Peretti, 2019), nos induce a elaborar estrategias políticas y discursivas conducentes a mitigar las formas específicas en que esta práctica se ha expresado localmente. A fin de realizar dicha tarea, nuestra lectura se guiará por las siguientes premisas –las cuales serán desmenuzadas e interpretadas conjuntamente dentro de la coyuntura geopolítica regional que nos atraviesa hoy día–:

1. El *lawfare* es un dispositivo de poder de carácter inédito, contrarrevolucionario de los procesos de cambio o progresistas originados a principios de siglo en Latinoamérica (Romano, 2019).

(*) Abogado UNR. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Latinoamericanos (CEJUSOL) Facultad de Derecho UNR. Estudiante de la Especialización en Epistemologías del Sur (CLACSO-Centro de Estudios Sociales de la Universidad de Coímbra). Correo electrónico: fausto-marchiaro@hotmail.com

(**) Ponencia presentada en el marco de las “I Jornadas Internacionales - Desafíos en el Campo de los Derechos Humanos. El *lawfare* en América Latina y su impacto en la vigencia de los Derechos Humanos”, organizadas por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina. 3 de diciembre de 2021, Espacio para la Memoria, Promoción y Defensa de los Derechos Humanos (ex ESMA).

2. Las arquitecturas institucionales contemporáneas no ofrecen al campo nacional y popular latinoamericano herramientas reales y suficientes para hacer frente a la problemática bajo estudio.

Superadas dichas instancias, estaremos en condiciones de esbozar lo que para nosotros debe asumirse como una estrategia política de contención y lucha frente a las nuevas tecnologías de derrocamiento (Carbone & Soler, 2017). Al ser el Estado democrático de Derecho el elemento sine qua non de la disputa política y la plataforma imprescindible para consolidar horizontes de emancipación nacional, se requerirá poner en marcha tácticas políticas a mediano y largo plazo –traducidas en reformas institucionales integrales– dentro de las cuales la reforma constitucional se muestra como una herramienta de fondo para paliar la práctica del *lawfare*.

En paralelo, el horizonte teleológico proyectado implicará inescindiblemente del apoyo de un gran espacio de la ciudadanía, respaldado en actos electorales y en la promoción de una agenda política en dicho sentido. Así, posibilitar una retaguardia frente a la guerra jurídica requerirá el desarrollo de un proceso político que hegemonice esta problemática como una de agenda estratégica para beneficio del pueblo todo. Por ende, el surgimiento de un “sujeto popular como sujeto constituyente” (Medici, 2013) deberá ser el catalizador que sintetice estas observaciones.

Sin embargo, el despliegue propositivo mentado no debe pensarse como una quimera capaz de poner punto final a las prácticas de guerra blanda. De alcanzarse los objetivos normativos e institucionales propuestos es esperable la aparición de resistencias y contiendas por parte de las agencias que han hecho del *lawfare* una “[...] herramienta ofensiva al servicio de los intereses económico-políticos de las minorías dominantes y privilegiadas” (Bielsa & Peretti, 2019, pág. 13). En consecuencia, nuestras sugerencias se inscribirán como la antesala necesaria para contrarrestar las tecnologías de derrocamiento que han assolado al campo nacional y popular argentino durante los últimos años.

El *lawfare* como proceso contrarrevolucionario al servicio de la hegemonía neoliberal

Somos partidarios de entender que el carácter inédito del *lawfare* explica en gran sentido las razones de su efectividad. Dicha originalidad implica la presencia de un producto histórico –*sui generis*– frente al cual no existen respuestas institucionales que le hagan frente. Por lo tanto, no nos resulta ya sorprendente la impotencia a la que se vieron sujetos los espacios populares en América Latina ante su emergencia. Dichas aseveraciones, relativas a una caracterización histórico-regional de nuestra problemática, son igualmente aplicables a las especificidades del caso argentino en virtud de que el *lawfare* debe comprenderse como una práctica regional contemporánea, moderna y

destinada a fines convergentes, a saber: restaurar las hegemonías neoliberales alteradas ante el surgimiento de los espacios progresistas, de cambio o posneoliberales (Romano, 2019). Empero, ¿cómo llegamos a tal conclusión inicial? ¿Qué elementos fundan tales premisas?

Una fenomenología de las guerras jurídicas en América Latina nos permite identificar elementos identitarios y prácticas comunes en sus diversas manifestaciones.⁽¹⁾ En tal sentido, destacamos:

1) La utilización estratégica de la ley como un arma de guerra (Vollenweider & Romano, 2017). A través de la manipulación dolosa y abusiva de diferentes instrumentos legales se busca, bajo el amparo de la “legalidad” y la “institucionalidad”, destruir, desestabilizar y aniquilar adversarios políticos (Romano, 2020). Promoviéndose acciones alejadas de la estricta legalidad, fundadas en mentiras, falsas acusaciones y violentado toda garantía procesal, el *lawfare* se ha materializado en golpes parlamentarios (2009 en Honduras, 2012 en Paraguay y 2016 en Brasil), la guerra judicial-mediática o “judicialización de la política” (2016 en Bolivia, 2018 en Brasil, 2015- ¿? en Argentina), la proscripción electoral por la vía judicial (2020 en Ecuador) y el *lawfare* electoral (2019 en Bolivia) (Estepa & Maisonnave, 2020; Romano, 2020; Weis, 2021; Romano et al., 2019). Por ende, entendemos a las guerras jurídicas como un género que comprende diversas especies, dentro de las cuales la “guerra judicial-mediática” (Bielsa & Peretti, 2019) ha sido la norma en nuestro país durante los últimos años - más adelante puntualizaremos acerca de la misma en tanto nuestras reflexiones se focalizarán en ella, sus actores principales y las acciones a desarrollar a fin de mitigarla -.

2) El lugar primordial ocupado por los medios masivos de comunicación. Es una constante a lo largo de todo el continente la concentración oligopólica de los espectros comunicacionales por parte de actores ligados al orden neoliberal y a sectores del poder real nacional e internacional (Estepa & Maisonnave, 2020). Estos se encargan de instalar socialmente, a través del “periodismo de guerra”⁽²⁾, cada una de las falsedades e infamias radicadas en las dependencias judiciales y organismos públicos. Así, a través de una verdadera saturación comunicacional que inunda los ámbitos público y privado de cada ciudadano, se crean ex nihilo verdades irrefutables –dada su intensidad– antes de que los organismos competentes estén en condiciones de dar su veredicto. Bielsa y Peretti (2019) señalan al respecto:

“La difamación, la calumnia, la injuria, la estigmatización fertilizan el terreno donde se siembra y cosecha la así llamada post-verdad, entendida como una distorsión deliberada de la realidad con el fin de crear y modelar la opinión pública e influir en las actitu-

(1) Romano y Tirado (2018) caracterizan a las guerras jurídicas y, al *lawfare* en particular, como especies comprendidas en un universo mayor representado por las guerras híbridas.

(2) Así calificó la actuación articulada por el Grupo Clarín sobre el espacio justicialista el entonces director jefe y analista político del multimédios Julio Blanck (El Destape, 2018).

des sociales. En los medios masivos de comunicación se descalifica progresivamente la imagen de algún candidato inconveniente para los intereses del o de los grupo(s) económicos(s). En la práctica, esto constituye un juicio paralelo y una penalidad precoz [...] Todo se ejecuta de hecho por vía de medios de difusión, sin pruebas fehacientes, y después se le pasa el `caso` a un juez dispuesto, para que termine la faena de aniquilamiento. Es el proceso de conversión del `lectorado` de los medios en potencial `electorado`." (pág. 12)

Asimismo, es de resaltar el "doble rasero de la ley" (Vollenweider & Romano, 2017), en tanto los medios deciden selectivamente espectacularizar los procesos legales llevados en contra de espacios políticos progresistas y, paralelamente, invisibilizan aquellos dirigidos a representantes del establishment - empresarios, políticos, lobistas, etc. -.

3) La profusión de guerras tecno-digitales a través de las redes sociales. A través del Big Data, el control de información privada almacenada por grupos económicos concentrados y la actuación de bots y trolls, se promueven campañas de desinformación en las redes sociales tendientes a manipular la opinión pública (Estepa & Maisonnave, 2020). Estos espacios, controlados por actores transnacionales y librados a una verdadera anomia, anegan la vida de cada usuario y ciudadano, representando una trinchera de batalla más en la formación del sentido común. Su lógica de actuación es la misma que la de los medios hegemónicos, o sea, reproducir ad infinitum injurias y noticias falsas a fin de demonizar adversarios políticos e imposibilitar todo verdadero debate democrático racional.

4) El relato de la "corrupción" como catalizador de la persecución legal (Romano, 2020). La experiencia histórica contemporánea ha demostrado que el principal móvil detrás de las operaciones legales de desestabilización y derrocamiento ha sido el de endilgar a los espacios políticos populares y sus referentes actos de "corrupción", la participación en asociaciones ilícitas en perjuicio de las arcas estatales, la elaboración de negociados espurios y complejas operaciones legales y financieras a favor de sus intereses particulares (Romano, 2020). En consecuencia, se instalan socialmente los discursos de la antipolítica, el de las "castas" que se enriquecen a costa de los esfuerzos de los contribuyentes, el carácter nocivo de los políticos y el Estado como estafadores y responsables de todos los males que aquejan a la ciudadanía. A contrapelo, el dispositivo mediático y comunicacional ensalza las virtudes excelsas del ámbito privado el cual es representado como actividad eficiente, eficaz, apolítica y honesta. Por lo tanto, la reinvidicación de lo público - común denominador del discurso populista latinoamericano -, "debe ser extirpada del Estado apelando entonces a las `buenas prácticas` del sector privado (eficiencia y transparencia) para desplazar la `lógica` de lo público, asociada al derroche y a la mala gestión de `los políticos`" (Romano, 2020, pág. 11).

5) Los espacios progresistas o posneoliberales como víctimas predilectas del *lawfare* (Romano, 2019). No todo ejercicio de la jurisdicción o aplicación de las normas

estatales ante la comisión de ilícitos debe ser interpretada como *lawfare* (Observatorio de *Lawfare* CELAG, 2021). Más bien, el carácter esencial de éste radica en su invención como dispositivo de poder dirigido a la desestabilización y derrocamiento de procesos políticos populares. La emergencia a comienzos del siglo XXI del ciclo progresista, reformador o posneoliberal ha significado el nacimiento de experiencias políticas y culturales plebeyas capaces de disputar el sentido común al modelo de vida neoliberal (Sader, 2009). Ante esta experiencia histórica, los poderes fácticos – en un contexto geopolítico regional de disputa, de pérdida de la hegemonía global de los Estados Unidos de América y de sociedades transparentes (Han, 2013) – rediseñaron sus estrategias de poder e influencia, emergiendo el *lawfare* como una técnica sofisticada, práctica y altamente eficiente.

6) “El uso ilegal e ilegítimo de los servicios de información del Estado” (Bielsa & Peretti, 2019, pág. 13). La utilización espuria de las agencias de inteligencia estatal al servicio del armado de causas judiciales, la extorsión de ciudadanos a fin de crear elementos de prueba ilegales, la realización de escuchas ilícitas y un trabajo mancomunado con “periodistas” y funcionarios estatales cooptados, han sido la marca insigne de la guerra judicial en América Latina y Argentina. En nuestro país, durante el gobierno de Mauricio Macri, se hubo de promover la mayor persecución judicial –de la historia de la democracia– en colaboración con agentes de inteligencia estatales y paraestatales, ideándose causas armadas en momentos puntuales y estratégicos de la vida política nacional.⁽³⁾ Al respecto, el informe de la Comisión Bicameral del Congreso de la Nación titulado “Fiscalización de los organismos y actividades de inteligencia. Espionaje ilegal 2016-2019” (2021) es la prueba más contundente respecto al papel de los servicios de inteligencia en la puesta en práctica del *lawfare* sobre el kirchnerismo durante el gobierno de la Alianza Cambiemos.

Asimismo, es menester dejar en claro que, pese a las especificidades propias de cada caso, en cada una de las materializaciones del *lawfare* en nuestro continente se han visto presentes los elementos descriptos. A su vez, las cercanías de tiempo-espacio, las similitudes metodológicas puestas en marcha y los efectos políticos y socio-culturales producidos refuerzan nuestra tesis de que el *lawfare* ha sido diseñado a fin de posibilitar recambios gubernamentales, aniquilar adversarios políticos y en consecuencia restaurar ciclos políticos de carácter neoliberal (Romano, 2019).

Por último, a fin de problematizar posturas como la de Gargarella (2021) quien ha afirmado que “No hay *lawfare*, sino una burda y patética historia de dominio del poder sobre la Justicia”, resaltemos dos elementos más a efectos de conceptualizar nuestro objeto como una práctica inédita, propia de la época neoliberal:

(3) Vollenweider y Romano (2017) hacen hincapié en que el “timing político” es uno de los elementos primordiales del *lawfare*. El despliegue de la ofensiva no se realiza de manera arbitraria sino en momentos específicos de las coyunturas nacionales a fin de resultar eficaz. Un ejemplo claro lo constituye la causa del Lava Jato frente a Lula da Silva en 2018 previo a los comicios presidenciales del mismo año.

1) Tal como señala Zaffaroni (2019), la difusión de noticias falsas, la promoción de injurias a fin de manipular la opinión pública y la persecución de opositores políticos pueden calificarse como una constante de la historia de nuestros pueblos. Entonces, ¿no existe un paralelismo evidente entre dichas prácticas y las propias del *lawfare*? ¿La guerra jurídica no sería más bien una aplicación de los mismos elementos en el contexto de la sociedad actual, la cual detenta nuevas tecnologías y recursos? Pese a dichas similitudes, bien podemos afirmar –y ello es probado por la evidencia científica contemporánea– que jamás la utilización de la ley como un arma de guerra, en conjunto con operaciones mediáticas y comunicacionales, se constituyó en el dispositivo de poder aplicado por excelencia por los sectores del poder real a fin de restaurar su poder político –al menos en América Latina–.

El *lawfare* se ha valido de instrumentos otrora inexistentes. La contemporánea sociedad de la transparencia (Han, 2013) posibilita el despliegue de la psicopolítica digital (Han, 2016) como herramienta de dominación a nivel colectivo. Los medios de comunicación y las redes sociales –objetos que han definido nuevas formas de habitar el mundo– al inundar la vida de cada usuario y consumidor, posibilitan una domesticación del sentido común jamás visto en la historia. Es así que Byung-Chul Han (2016) señala: “A partir del Big Data es posible construir no solo el psicoprograma individual, sino también el psicoprograma colectivo, quizás incluso el psicoprograma de lo inconsciente” (pág. 18). Tal dispositivo de poder, detentado por el establishment neoliberal, ha sido el instrumento más sofisticado y efectivo del *lawfare*. El “periodismo de guerra” y la saturación comunicacional empleada en las redes sociales en aras de demonizar adversarios políticos ha construido el sentido común neoliberal que hoy habita mayoritariamente en nuestras sociedades. En éste, se deglute irracionalmente la ponzoña de mentiras transmitidas en las pantallas, así, la condena es anticipada y el acto final de destrucción del adversario aparece como necesidad histórica. La construcción de posverdades es el carácter peculiar que distingue al *lawfare* de las tradicionales herramientas de desestabilización y asalto al poder.

2) El *lawfare* no puede comprenderse sino dentro de las especificidades históricas de las sociedades latinoamericanas contemporáneas. Habiendo sido durante el siglo XX la técnica del golpe de Estado militar el dispositivo preferido para restaurar el poder oligárquico (Rouquié, 1981), dichas prácticas no resultan posibles en la actualidad. La pérdida de legitimidad de las Fuerzas Armadas y el afianzamiento de la democracia como proceso histórico común a lo largo del continente explican que la intervención armada no cuenta con avales positivos por parte de la ciudadanía (Bielsa & Peretti, 2019). Asimismo, debemos entender que la democracia como sistema hegemónico global –al menos en “Occidente”– luego de la caída del Muro de Berlín (1989), la disolución de la Unión Soviética (1991) y el “fin de la historia” proclamado por Fukuyama (1992) sirvió al modelo de vida neoliberal en tanto respondió a sus intereses corporativos. En América Latina, el nacimiento del ciclo progresista puso en tensión dicho principio rector. En

virtud de ello, la utilización de nuevas tecnologías de derrocamiento -desplegadas bajo la opacidad del Derecho, la “institucionalidad” y el blindaje mediático – aparecieron como el instrumento más adecuado para obturar las limitaciones que la propia democracia imponía al establishment neoliberal.

Lawfare en Argentina y Poder Judicial anacrónico

Hasta aquí hemos tratado de fundamentar la primera premisa sugerida al comienzo de nuestras meditaciones. A partir de ello podemos deducir la siguiente conclusión: al ser el *lawfare* un fenómeno inédito resulta natural que no existan mecanismos institucionales suficientes para hacerle frente. A su vez, y antes de esbozar lo que para nosotros debe asumirse como una estrategia política de fondo ante nuestra problemática, debe quedar en claro lo siguiente: el impacto del *lawfare* en Argentina supera la mera distinción teórica entre Constitución formal y real, desconstitucionalización y la histórica práctica de perseguir adversarios políticos.

Centrándonos en las particularidades del caso argentino, debemos partir del hecho de que el *lawfare* ha tomado forma en nuestras tierras a través de la “guerra judicial-mediática” (Bielsa & Peretti, 2019; Vollenweider & Romano, 2017).⁽⁴⁾ A cuenta gotas desde la primera presidencia de Cristina Fernández (2007-2011) y claramente desde el año 2015, sectores del Poder Judicial han tomado una relevancia clave en la vida política argentina (Estepa & Maisonnave, 2020). La “judicialización de la política” ha significado la intromisión del Poder Judicial en áreas de competencia exclusiva de los otros poderes estatales, el bloqueo de planes de gobierno y la utilización de “procesos judiciales” como herramienta para encarcelar y proscribir referentes políticos de peso. Haciendo mención solamente a Cristina Fernández de Kirchner,⁽⁵⁾ ésta se vio involucrada en las siguientes causas: “Vialidad, Hotesur, Los Sauces, Gas Natural Licuado, Cuadernos, Dólar Futuro, Memorándum con Irán, Concesiones viales y subsidios de trenes, Diarios a Santa Cruz, Ruta del dinero K y Documentos históricos” (Ibidem, p. 81). Tales operaciones hubieron de ser desarrolladas en coordinación con referentes políticos opositores –por citar sólo el caso Nisman/Memorándum con Irán, allí militaron fervorosamente Laura Alonso y Patricia Bullrich (Ragendorfer, 2019)–, servicios de inteligencia y medios masivos de comunicación realizando “periodismo de guerra”.

(4) Dadas las características de esta exposición, ello será tomado como una premisa aceptada por la comunidad teórica. Por ende, no se desmenuzará cada uno de los acontecimientos que implicaron *lawfare* en Argentina. Al respecto véase Bielsa & Peretti (2019), Estepa & Maisonnave (2020) Vollenweider & Romano (2017) y Weis (2021).

(5) Otros funcionarios de talla afectados fueron Amado Boudou, Milagro Sala, Luis D’ Elía, Andrés Larroque, Axel Kicillof, Alejandro Vanoli, Héctor Timerman, Aníbal Fernández, Carlos Zannini, entre otros tantos

En lo que hace al Poder Judicial, semejante tarea hubo de involucrar tanto a fiscales como a jueces.⁽⁶⁾ A su vez, pese a la multiplicidad de causas radicadas en diferentes fueros y tribunales a lo largo del país, el aparato federal de Comodoro Py ha sido sin dudas el núcleo del *lawfare* en Argentina (Zaffaroni, 2021a). Allí, juzgados de primera, segunda instancia y la Cámara de Casación Penal de la Nación han acumulado un poder de magnitudes siderales, promoviendo oficiosamente la guerra jurídica y la persecución de militantes del proyecto kirchnerista. La máxima expresión de esta problemática se ve representada en la invención de la “doctrina Irurzun”. Según ésta, la detentación de “poder residual” al haber dejado de ser funcionario implicaría el peligro concreto de entorpecer investigaciones judiciales en curso. En consecuencia, la prisión preventiva aparece como justificada y razonable, quebrándose la regla constitucional del principio de inocencia (Dandan, 2019). Pese a ser acuñada por el camarista Martín Irurzun, la misma habría de ser mentada por el supremo Ricardo Luis Lorenzetti (Verbitsky, 2020b). Lo señalado nos revela la dimensión estructural del problema, afectando a sectores de todo el aparato judicial.

Amén de lo indicado, la manipulación del Poder Judicial y la vigencia del *lawfare* como política de Estado durante la alianza Cambiemos se confirma con los siguientes puntos:

1. La promoción de la Mesa Judicial (Dandan, 2020).
2. La designación en comisión de los supremos Horacio Rosatti y Carlos Rosenkrantz a través del decreto de necesidad y urgencia N° 83/2015.
3. La persecución y posterior coacción a efectos de dejar sus cargos a funcionarios judiciales antipáticos para el macrismo. Entre otros, la Procuradora ante la Corte Suprema Alejandra Gils Carbó (Dandan, 2021) y los jueces federales Eduardo Freiler y Carlos Rozanski (Mizrahi, 2018).
4. La designación, haciendo omisión de la letra constitucional, de jueces adeptos en juzgados estratégicos –que luego intervinieron en causas de persecución judicial–. El caso más relevante fue el de los jueces Leopoldo Bruglia, Pablo Bertuzzi y Germán Castelli (Verbitsky, 2020b).
5. El dictado de la Ley del Arrepentido N° 27.304, utilizada como mecanismo para obtener pruebas fraudulentas y testimonios falsos en procesos judiciales de “corrupción” (Estepa & Maisonnave, 2020).
6. El encarcelamiento arbitrario y extorsivo de empresarios titulares de medios de comunicación promotores de líneas editoriales disidentes al macrismo. Tales fueron los casos de Cristóbal López y Fabian de Sousa (Verbitsky, 2019).
7. El juez federal Daniel Rafecas reveló que, en el curso de una reunión convocada en Comodoro Py por el supremo Ricardo Luis Lorenzetti, el cortesano “les aseguró que todas las instancias superiores les iban a confirmar y convalidar todas las decisiones

(6) En Argentina el cuerpo de fiscales funciona bajo la órbita del órgano extra poder Ministerio Público Fiscal. No obstante, podemos encasillar la actuación de ambos como un todo.

de primera instancia que dictaran contra los dirigentes y ex funcionarios kirchneristas” (Verbitsky, 2020c).

Los argumentos vertidos podrían llevarnos a la conclusión de que el problema del *lawfare* en Argentina –en lo que hace al Poder Judicial– radicaría esencialmente en una manipulación de los poderes reales sobre la Justicia, fundamentalmente en la era Cambiemos. Coincidiríamos así con la definición dada por Gargarella (2021). Empero, sin dejar de ser razonable y valedera la postura del nombrado jurista, creemos que pasa por alto una cuestión fundamental: la estructura constitucional del Poder Judicial es la condición que ha posibilitado el desarrollo del *lawfare*. ¿Por qué argüimos ello?

1. El diseño institucional del Poder Judicial argentino data de la Constitución de 1853. La Constitución, como elemento vertebrador de la vida institucional de un Estado, expresa las particularidades del momento histórico de su sanción. Ello nos lleva a preguntarnos, ¿cómo pretendemos gestionar las problemáticas que nos atraviesan en la contemporaneidad con un sistema pensado para las necesidades de la vida decimónica?
2. Argentina ha atravesado 7 reformas constitucionales, incluyendo las propias de gobiernos de facto, ninguna de las cuales ha efectuado cambios significativos o estructurales a las lógicas de funcionamiento del Poder Judicial. La incorporación en 1994 de las figuras del Defensor del Pueblo, el Consejo de la Magistratura y el Ministerio Público no han implicado un cambio de paradigma en cuanto a los caracteres esenciales de este poder estatal.
3. Al ser nuestro Poder Judicial un hijo natural del primer constitucionalismo, éste perpetúa y reproduce los fundamentos ontológicos que dieron nacimiento al mismo. Hablamos aquí de su carácter “contramayoritario”.
4. Las lógicas de funcionamiento del Poder Judicial contrarían todo principio republicano. Ello debido a que
 - a. Sus miembros no son electos por mecanismos estrictamente públicos y democráticos.
 - b. El ejercicio de sus funciones escapa la mayoría de las veces del conocimiento de todo ciudadano.
 - c. Los mecanismos de sanción y remoción de jueces y fiscales son corporativos, responden a lógicas palaciegas y se hayan fuera de toda opinión del pueblo.
 - d. Los cargos son a perpetuidad.
 - e. Los salarios que perciben resultan exorbitantes, ubicando al personal judicial fuera de la realidad cotidiana de todo ciudadano.
5. En lo que hace a la Corte Suprema:
 - a. Su actuación es arbitraria en tanto decide per se cuándo tomar un caso o no. La Corte, desde la asunción de competencia en cuestiones de derecho común a partir de la doctrina de la “arbitrariedad” (Fallos 311:948), interviene en asuntos

jurisdiccionales por su mera voluntad y no en los casos taxativos marcados por la Carta Magna o los que harían al control de constitucionalidad.

Esta situación se vio más agravada aun con la doctrina de la “gravedad institucional”, la cual –creada pretorianamente sin apego a ley alguna– facilitó el per saltum directo ante el máximo tribunal creando competencia originaria por la mera voluntad arbitraria del tribunal. Semejante privilegio jurisdiccional hubieron de detentar en el año 2020 los jueces Bruglia y Bertuzzi –promotores acérrimos de la guerra jurídica– al serles habilitada la competencia originaria ante la Corte (Verbitsky, 2020b).

- b. El recurso al “writ of certiorari” conferido por el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación permite al máximo tribunal denegar justicia sin dar fundamento alguno. En lo que hace al *lawfare*, en el año 2020 Amado Boudou se ha visto privado de tutela judicial efectiva ante la Corte Suprema fruto de la invocación de esta rémora monárquica (Peñafort, 2020).
- c. Su autogobierno por acordadas escapa a todo control ciudadano.
- d. Al ejercer el control de constitucionalidad, y por ende tener la facultad de decretar la vigencia de toda norma, resulta una acumulación de poder exorbitante que una mayoría compuesta por 3 sujetos pueda definir la institucionalidad del país (Zaffaroni, 2021c).
- e. Siendo cabeza del Poder Judicial, es evidente –al menos– su anuencia omisiva al despliegue del *lawfare* durante los últimos años.

Sujeto popular constituyente y estrategia política emancipatoria

El recorrido trazado nos ha permitido observar el estado de situación en el cual nos hayamos situados. En este escenario, dos elementos disímiles convergen y posibilitan la vigencia del *lawfare* en Argentina: una Constitución vetusta –carente de mecanismos que hagan frente a las operaciones de guerra blanda– y un Poder Judicial anacrónico, ideado en las postrimerías del Ancien Régime para solucionar problemáticas de una sociedad hoy inexistente.

En consideración de ello, la promoción de una reforma constitucional se nos muestra como una herramienta oportuna para hacer frente a las nuevas guerras jurídicas. Es más, elevamos tal discusión a términos de necesidad histórica. En ésta, cuestiones como la concentración del espectro comunicacional, el acceso democrático al derecho humano a la información, la regulación de las plataformas digitales, un Poder Judicial republicano y democrático, la implementación del sistema penal acusatorio, el control interpoderes a las agencias de inteligencia y la definición de mecanismos preventivos del uso ilegítimo de la ley, aparecen como los puntos troncales a tratar. Sin una Constitución Nacional que exprese una organización y control de los poderes reales, la vida

política democrática en comunidad se vuelve un oxímoron en sentido estricto. Cristina Fernández de Kirchner (2018) puso en escena tal discusión en los siguientes términos:

“Se requieren nuevas arquitecturas institucionales para preservar a la democracia [...] Tengan en cuenta ustedes que esta forma de organización, de gobernanza del mundo occidental, data de 1789 [...] ¿A alguien se le ocurriría hoy sacar una muela o hacer una operación [...] cómo se sacaban en el 1789? Seguro que no [...] Nosotros, a pesar del inmenso desarrollo tecnológico, estamos con lo mismo [...] Ello exige repensar nuevas arquitecturas institucionales que permitan la regulación institucional de nuevos actores que tampoco existían en aquellas épocas. No existían las multinacionales, las transnacionales, no existía la financiarización del capital [...] no existía nada de lo que hoy existe y que tiene un inmenso poder [...] Hay una estructura de poder que no está reflejada ni en la Constitución ni en la regulación.”

Entonces, ¿por qué una nueva Constitución Nacional? Básicamente por el hecho de que la misma es la piedra angular de la vida política bajo el paradigma del Estado de Derecho. En segundo lugar, a razón de que nuestro sistema constitucional de carácter rígido permitiría asegurar a largo plazo las conquistas políticas plasmadas en una futura Carta Magna. Finalmente, en virtud de que una autodepuración de los organismos institucionales que facilitaron el despliegue del *lawfare* aparece más bien como una especulación propia del realismo mágico. Apreciación esta última compartida por referentes como Zaffaroni (2021b) y el actual Ministro de Justicia Martín Soria (Dandan, 2021).

Si entendemos la construcción del poder político como una estrategia (Laclau & Mouffe, 2010), resultará evidente que nuestras sugerencias deberán inscribirse como un horizonte ideal, a largo plazo. Mientras tanto, en términos de táctica inmediata, propuestas de reforma como la presentada por Alberto Fernández en el año 2020 –ratificada en la inauguración del año parlamentario 2021– resultan adecuadas y útiles. Ello, en su justa medida dado que la misma no contempla los puntos viscerales del fenómeno que hemos tratado. Así, compartimos su conceptualización como de “emergencia [o] urgencia” (Estepa & Maisonnave, 2020,). A la vez, no podemos dejar de marcar que las reformas legislativas corren el riesgo de pecar en fragilidad. Los avatares políticos y electorales, plasmados en fluctuaciones de las correlaciones de fuerzas y en la representatividad parlamentaria, podrían tirar por la borda todo proceso integral de reforma.

Al mismo tiempo, el horizonte teleológico que hemos proyectado implicará inescindiblemente del apoyo de un gran espacio de la ciudadanía, respaldado en actos electorales y en la promoción de una agenda política en dicho sentido. Así, posibilitar una retaguardia frente a la guerra jurídica requerirá el desarrollo de un proceso político que hegemonice esta problemática como una de agenda estratégica para beneficio del pueblo todo. Por ende, el surgimiento de un “sujeto popular como sujeto constituyente” (Medici, 2013) deberá ser el catalizador que sintetice nuestras observaciones. De allí su carácter emancipador.

Finalmente, todo lo señalado debe leerse en su justa medida, en términos de realismo político. Caso contrario caeríamos en teorizaciones propias del infantilismo y la ingenuidad. De alcanzarse los objetivos normativos e institucionales propuestos es esperable la aparición de resistencias y contiendas por parte de las agencias que han hecho del *lawfare* una “[...] herramienta ofensiva al servicio de los intereses económico-políticos de las minorías dominantes y privilegiadas” (Bielsa & Peretti, 2019, pág. 13). En consecuencia, nuestras sugerencias se inscribirán como la antesala necesaria para contrarrestar las tecnologías de derrocamiento que han asolado al campo nacional y popular argentino durante los últimos años. En palabras de Damián Selci (2020):

“La emancipación no podría ser un cambio brusco de régimen, sino una trabajosa alteración de formación hegemónica; no podría configurar una totalidad racional inmutable, sino una totalización hegemónica precaria; no podría ser transparente, porque la política y el poder seguirían operando ya que forman parte de la institución de lo social [...] Ocurre que la emancipación total no es posible, pero siempre lo serán las emancipaciones parciales, contingentes, y que mueven a una vigilancia constante.” (pág. 111 y 112)

Referencias

- Bielsa, Rafael & Peretti, Pedro** (2019) *Lawfare. Guerra judicial-mediática* (Buenos Aires: Ariel).
- Carbone, Rocco & Soler, Lorena** (Eds.) (2017) *Franquismo en Paraguay. Modelo para golpes* (Asunción: Arandurã).
- Comisión Bicameral de Fiscalización de los Organismos y Actividades de Inteligencia (2021) *Espejismo ilegal 2016-2019* (Buenos Aires).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (1988) en Martínez, Saturnino y otras s/ homicidio calificado. Fallos 331:948 (Buenos Aires).
- Dandan, Alejandra** 2019 “*Irurzun y la sociedad carcelaria*” en *El cohete a la Luna* (Buenos Aires). <https://tinyurl.com/9cp4zmvj>
- Dandan, Alejandra** 2020 “*Las rutinas de la mesa judicial*” en *El cohete a la Luna* (Buenos Aires). <https://tinyurl.com/et7kywdk>
- Dandan, Alejandra** 2021 “*Son muchos los moros*” en *El cohete a la Luna* (Buenos Aires). <https://tinyurl.com/dwcu3p3y>
- El Destape (Ed.) 2018 “El día en el que Julio Blanck reconoció que Clarín hizo “periodismo de guerra” contra el kirchnerismo” en *El Destape* (Buenos Aires). <https://tinyurl.com/55retfjx>
- Estepa, Constanza Marianela & Maisonnave, Marcelo Andrés 2020 “Poder Judicial, medios de comunicación y política: *Lawfare en Argentina*” en *Nullius* (Manabí) Vol. I, N° 2, pp. 70-89.
- Fernández de Kirchner, Cristina** 2018 “*Capitalismo, neoliberalismo y crisis de la democracia*”, Primer Foro Mundial del Pensamiento Crítico, Buenos Aires, 19 de noviembre de 2018. <https://tinyurl.com/6vnpavxs>

- Fukuyama, Francis** 2020 (1992) *The End of History and the Last Man* (London: Penguin Books Ltd.)
- Gargarella, Roberto** 2021 "Entrevista en Infobae sobre 'La conversación entre iguales'" en Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política (Buenos Aires). <https://tinyurl.com/2c3e8bnh>
- Han, Byung-Chul** 2013 (2012) *La sociedad de la transparencia* (Barcelona: Herder).
- Han, Byung-Chul** 2016 (2014). *Psicopolítica: Neoliberalismo y nuevas técnicas de poder* (Barcelona: Herder).
- Laclau, Ernesto & Mouffe, Chantal** 2010 (1985) *Hegemonía y estrategia socialista* (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica).
- Medici, Alejandro** 2013 "Nuevo constitucionalismo latinoamericano y giro decolonial. Seis proposiciones para comprenderlo desde un pensamiento situado y crítico" en *El Otro Derecho* (Bogotá) N° 48, pp. 19-62.
- Mizrahi, Franco** 2018 "El gobierno va por Rafecas" en *El cohete a la Luna* (Buenos Aires). <https://tinyurl.com/2s3bsssv>
- Observatorio de *Lawfare* CELAG (Ed.) 2021 "No todo es lawfare" en CELAG. <https://tinyurl.com/b3js92ez>
- Peñafort, Graciana** 2020 "La Corte de los milagros" en *El cohete a la Luna* (Buenos Aires). <https://tinyurl.com/r8babha9>
- Ragendorfer, Ricardo** 2019 "Los cambios de doctrina que generan estupor en las filas del macrismo" en *Tiempo Argentino* (Buenos Aires). <https://tinyurl.com/yu4ejbre>
- Romano, Silvina María** (Comp.) (2019) *Lawfare. Guerra judicial y neoliberalismo en América Latina* (Sevilla: Mármol Izquierdo – CELAG).
- Romano, Silvina María** 2020 "Lawfare y neoliberalismo en América Latina: una aproximación" en *Revista Sudamérica* (Mar del Plata) N° 13, Diciembre 2020, pp. 14-40. <https://tinyurl.com/4zckjp3j>
- Romano, Silvina María & Tirado, Arantxa** 2018 "Lawfare y guerra híbrida: la disputa geopolítica en América Latina" en CELAG. <https://tinyurl.com/npwh79ns>
- Romano, Silvina María, Lajtman, Tamara, García Fernández, Aníbal & Tirado, Arantxa** 2019 "EE.UU. y la construcción del golpe en Bolivia" en CELAG. <https://tinyurl.com/4raw9h92>
- Rouquié, Alain** (1981) "Dictadores, militares y legitimidad en América Latina" en *Crítica y Utopía. Latinoamericana de Ciencias Sociales*, N° 5, septiembre 1981. <https://tinyurl.com/7pnwfvty>
- Sader, Emir** (2009) *El nuevo topo: los caminos de la izquierda latinoamericana* (Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina).
- Selci, Damián** (2020) *La organización permanente* (Buenos Aires: Las cuarenta y El río sin orillas).
- Verbitsky, Horacio** 2019 "La persecución" en *El cohete a la Luna* (Buenos Aires). <https://tinyurl.com/cxym3rzs>
- Verbitsky, Horacio** 2020a "El gobierno de los jueces" en *El cohete a la Luna* (Buenos Aires). <https://tinyurl.com/w5wt29b5>

- Verbitsky, Horacio** 2020b *"¡Basta!"* en El cohete a la Luna (Buenos Aires). <https://tinyurl.com/27dvjj3j>
- Verbitsky, Horacio** 2020c *"En el centro del ring"* en El cohete a la Luna (Buenos Aires). <https://tinyurl.com/4n2hs4y5>
- Vollenweider, Camila & Romano, Silvana María** 2017 *"Lawfare. La judicialización de la política en América Latina"* en CELAG. <https://tinyurl.com/ecwfwwb4>
- Weis, Valeria Vegh** 2021 *"El lawfare como golpe por goteo. Un análisis desde la criminología crítica sobre democracia, sistema penal y medios en Latinoamérica"* en Revista Pensamiento Penal, N° 403, septiembre 2021. <https://tinyurl.com/yntr2wwe>
- Zaffaroni, Eugenio Raúl** 2019 *"Prólogo"* en Romano, Silvana María (Comp.) *Lawfare. Guerra judicial y neoliberalismo en América Latina* (Sevilla: Mármol Izquierdo – CELAG).
- Zaffaroni, Eugenio Raúl** 2021a *"El lawfare es impulsado por un grupo de 20 personas en Comodoro Py"* en Tiempo Judicial. <https://tinyurl.com/2xbc27nd>
- Zaffaroni, Eugenio Raúl** 2021b *"Zaffaroni comparó la persecución a Cristina con la que sufrieron Perón e Yrigoyen"* en El Destape (Buenos Aires). <https://tinyurl.com/ue83mces>
- Zaffaroni, Eugenio Raúl** 2021c *"Tres jueces deciden la institucionalidad del país"* en IP Digital (Buenos Aires). <https://tinyurl.com/yehkdh9x>

CLAUDIA MARÍA BARBOSA*

A importância da dimensão política da accountability social do Judiciário brasileiro para a democratização da justiça e para a superação do modelo de gestão do serviço judicial** ***

Introdução

Democracia representativa, igualdade, exercício limitado do poder e responsabilização em caso de abuso são características do constitucionalismo liberal. A forma com que se organizam os mecanismos de divisão, compartilhamento, controle e sanção no exercício do poder político é traço distintivo de sociedades mais ou menos democráticas. Embora a arquitetura do poder e mecanismos de *checks and balances* diferenciem-se de um Estado a outro, a preocupação com o equilíbrio entre os Poderes de Estado é comum, assim como parece ser a preocupação com o recente desequilíbrio em favor do Judiciário, cuja contenção parece ainda não ter encontrado ferramentas adequadas por parte dos demais Poderes ou do cidadão, comumente aliado do exercício do poder.

A teoria da separação de poderes de Montesquieu parte de duas premissas até hoje incontestáveis: a primeira afirma que “o detentor do poder tende a dele abusar, indo até onde encontra limites”; a segunda adverte: “para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder” (Montesquieu, 1993:

(*) Claudia Maria Barbosa é professora titular de Direito constitucional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e pesquisadora bolsista produtividade do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq

(**) Pesquisa conduzida com apoio do CNPq. Projeto Universal n. 436598/2018-3

(***) Artigo originalmente publicado em Barbosa, Claudia Maria. A importância da dimensão política da accountability social do judiciário brasileiro para a democratização da justiça e para a superação do modelo de gestão do serviço social 2021 en Augusto, C. B. et al. Novas direitas e genocídio no Brasil: pandemias e pandemônios (São Paulo: Tirant lo Blanch) V. II.

170). Enquanto o Judiciário sob o modelo *civil law* construiu-se como um poder neutro, “nulo” como afirmava Montesquieu, o controle sobre seus atos concentrava-se na necessidade de averiguar se determinada decisão encontrava amparo legal e constitucional; no contexto da judicialização, em que assumiu um inédito protagonismo político, a fiscalização do Judiciário adquiriu outros matizes, e a sua legitimidade passou a depender também da existência de eficientes mecanismos de controle sobre a atuação da instituição e de seus membros.

A independência judicial, embora seja pressuposto do Estado democrático, quando sustentada no poder político tornado explícito dos juízes e mau equilibrada na *accountability* do Judiciário, favorece o cenário para um “governo de juízes”. O protagonismo da elite judicial, combinado com a baixa densidade da democracia representativa, fragilizam ainda mais a Política e afastam o Povo, titular do Poder, do seu exercício, o que favorece o exercício arbitrário dos Poderes em geral, e do Judiciário em particular, em um ciclo vicioso que precisa ser rompido.

Esse é o ciclo que conduz à necessidade de fortalecer-se a *accountability* social do Judiciário, a qual combina a dimensão política que se procura na emancipação social e na densificação da democracia, com a dimensão gerencial, que se perfaz no aperfeiçoamento dos processos de tomada de decisão sobre a política judiciária e a prestação jurisdicional.

Concebe-se a política judiciária como espécie do gênero política pública que, como tal, reflete modelos de organização de poder e de gestão; tem por objeto a prestação jurisdicional que possa assegurar a efetividade do direito humano e fundamental do acesso à justiça; realiza-se por meio do sistema de justiça, uma rede capitaneada pelo Poder Judiciário que envolve também outras instituições, como o Ministério Público, advocacia, órgãos de segurança pública e organizações da sociedade civil com foco no acesso à justiça.

No contexto das democracias liberais em que se verifica o empoderamento judicial, o controle e participação social sobre a política judiciária, vale dizer, a *accountability* social judicial, para garantir o efetivo e indistinto acesso à justiça a todos os cidadãos, parece indicar um caminho profícuo para equilibrar independência e *accountability* do Poder Judiciário, e ampliar a qualidade da justiça.

As dimensões política e gerencial da accountability no estado liberal

Em 1944, quando já não era possível ignorar os graves efeitos da II Guerra Mundial sobre a classe trabalhadora europeia, na Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho aprovou-se a Declaração de Philadelphia, que agasalhou a proposta de um

Estado Keynesiano, do tipo de Bem-Estar Social, o qual respondia à necessidade de reconstrução do tecido social e da infraestrutura econômica no pós-Guerra (OIT, 1944). O Estado de Bem-estar social pressupunha uma forte atuação do Estado no sentido de assegurar aos cidadãos bens e serviços necessários ao seu bem-estar, como saúde, educação, assistência social, entre outros. Era um tipo estatal em que o chamado primeiro setor (Estatal) era mais expressivo e no qual as políticas públicas e prestação de serviços, inclusive a Justiça, estavam concentrados na estrutura do Estado e em sua organização burocrática e hierarquizada, em um regime típico da chamada *Public Administration (PA)*.

Encerrada a fase que o historiador inglês Hobsbawm consagrou como “A era dourada do capitalismo” (1949-1973), a eclosão da crise do petróleo, o visível excessivo custo de manutenção do Estado-Providência e a enorme dependência dos cidadãos em relação a esse mesmo Estado, denunciado por Hayek em seu “O caminho da servidão”, encontraram expressão no chamado Consenso de Washington, que em 1989 consagrou um pensamento monetarista ao condicionar empréstimos internacionais a países em desenvolvimento à sua adesão a um conjunto de medidas econômicas recessivas (Hobsbawm (1995); Hayek (2010)). A pauta neoliberal do Consenso de Washington induzia a diminuição paulatina da presença do Estado na vida do cidadão, e em contrapartida operava a transferência ao setor mercantil privado, o chamado segundo setor, da oferta de bens e serviços antes centrados no Estado. No contexto neoliberal, o Estado então recua em seu papel de provedor e passa a assumir um papel regulatório na oferta de bens e serviços que serão prestados pelo setor privado. A Justiça continua sendo monopólio do Estado, mas o “serviço judiciário” passa a espelhar uma relação entre consumidor e fornecedor, e não mais entre cidadão e Estado.

No espaço deixado pelo Estado e não ocupado pelo mercado passam a atuar organizações de um chamado terceiro setor, não estatal porque opera serviços que não se constituem em monopólio e/ou não são mais prestados por ele, e tampouco mercantil, porque seus serviços não atendem prioritariamente à lógica de mercado, própria das empresas do setor mercantil. A mudança no papel do Estado refletiu em ajustes sobre como bem implementar políticas públicas e qual o melhor modelo para desenho, oferta e gestão de serviços públicos, ou seja, para a governança pública, implicando mudanças também na chamada política judiciária, compreendida como espécie do gênero política pública.

Assim é que a trajetória estatal do modelo keynesiano para o neoliberal simetricamente operou também uma transição da chamada *Public Administration (PA)*, centrada nas melhores práticas de gestão operadas pelos entes estatais e fortemente hierarquizada no seio da estrutura burocrática do Estado, para a *New Public Management (NPM)*.

A NPM advogava a superioridade do setor privado sobre o setor público e evidenciava a necessidade de ampliar-se a transparência e eficiência do serviço público sob marcos

regulatórios eficientes (Osborne, 2010: 5). Essas ideias são próprias da chamada “segunda onda” da Administração Pública, na qual o forte papel da hierarquia no seio das organizações cede espaço para redes integradas por múltiplos atores, onde o papel do Estado passa a direcionar as políticas, deixando a entrega dos serviços públicos a cargo de organizações não estatais, primariamente do segundo setor e residualmente no terceiro setor (Bevir, 2009).

Essa atuação capilar tornou-se um dos focos centrais no conceito da *new governance*, como bem identifica (Bevir, 2009). A justiça, como um direito do cidadão, cede espaço para o serviço judiciário, e medidas de “terceirização” focadas na lógica da eficiência, tais como os mecanismos alternativos de solução de conflitos (ADR), a negociação, a conciliação, a arbitragem e até mesmo a justiça restaurativa, passam a ser oferecidas na solução de diversas espécies de conflitos. A operacionalização da *new governance* assenta-se na perspectiva de desenvolver e conduzir parcerias em redes informadas por um ethos de renascimento do setor público, capaz de distinguir práticas ruins e boas de gestão para melhorar a administração dos negócios públicos e influenciar políticas voltadas à inclusão social, nascendo assim a *good governance* – boa governança, uma ideia baseada em regras, processos e comportamentos que definem a natureza e os limites da autoridade política (Bevir, 2009: 93).

O Banco Mundial e a Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento PNUD têm enfoques diferentes para a boa governança. Enquanto para o Banco Mundial, que financiava programas de infraestrutura em países em desenvolvimento, a boa governança estava usualmente fundada em uma estratégia para o desenvolvimento direcionada para a redução do setor público e a ampliação da autorregulação do mercado, no seio da promoção de instituições democráticas liberais, na visão do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, a ênfase dos programas financiados eram as condições sócio-política e as garantias de democratização do processos de tomada de decisão sobre políticas públicas.

Infelizmente, como parece ser fácil observar hoje, a autorregulação do mercado opõe-se à democratização do processo de tomada de decisão, especialmente quando este está voltado ao empoderamento do cidadão. Ainda, a redução do setor público parece opor-se à melhoria de condições sociopolíticas, de maneira que Banco Mundial e as Nações Unidas, pelo menos sua agência do PNUD, parecem colidir quando se trata de traçar mecanismos que assegurem a boa governança.

Essa oposição teve consequências práticas. Esperava-se que a nova onda da Administração Pública sob a NPM tivesse produzido bons resultados, mas não foi o que se viu. Nos primeiros anos deste Século já havia indicações de que a prestação de serviços públicos havia se tornado pior e mais cara no modelo econômico neoliberal do que era no Estado-Providência (Piketty, 2013). Parte da proposta da NPM, portanto, estava em crise. Seus críticos registram que a atuação de múltiplos atores sobre a políticas

públicas e a prestação de serviços *fragmented service delivery and weakened central control without establishing markets*" (Bevir, 2010: 6). A resposta vinda dos agentes econômicos que haviam assumido a prestação de serviços públicos no cenário de privatização, foi aquela que priorizou seu maior interesse, ou seja, o lucro, secundarizando o interesse público e oferecendo o serviço público mais caro e, não raramente, de pior qualidade.

Essa resposta exigia mudanças na governança que permitissem ao Estado coordenar a rede dos atores encarregados da prestação de serviços públicos, impulsionando no seio da *new governance* o regime de *New Public Governance* (NPG), a qual *"posits a plural state where multiple independent actors contribute to the delivery of public services, and a pluralistic state where multiple processes inform the policy-makers system"*. Um de seus traços mais fortes é a forma pela qual primeiro, segundo e terceiro setores, com uma pluralidade de atores inéditos, passam a articular-se para definir políticas públicas e organizar a prestação de serviços necessários em uma sociedade. Esta nova governança pública traduz um novo tipo de regime gerencial do setor público e perfaz-se na forma de condução da definição de políticas e prestação de serviços públicos que engloba responsabilidade, transparência e responsividade, aglutinados na ideia de *accountability* (Osborne, 2010: 9).

A feição gerencial da *accountability* expressa uma forma desejada de exercício da autoridade pública na gestão do setor público. Há, contudo, uma dimensão política da *accountability* que exsurge no pressuposto de que os Estados democráticos liberais que funcionam majoritariamente por meio de mecanismos democráticos representativos precisam aprofundar processos democráticos participativos e deliberativo, sob pena de minar a própria democracia. Explica-se: em democracias representativas o governo exerce legitimamente o poder porque recebe dos cidadãos autorização para tanto. Usualmente essa autorização dá-se pelo processo de escolha pela via eleitoral, o qual está debilitado. Problemas que perpassam os custos eleitorais, a fraca capacidade regulatória dos Estados e sua fragilidade ante às grandes corporações; a diversidade de grupos de interesses e a demodiversidade; a qualidade e quantidade da informação recebida, são elementos que contribuem para a progressiva redução da qualidade do que se considera a concepção hegemônica de democracia, que progressivamente perde intensidade.

Em um movimento contrário, verifica-se a emergência de práticas ainda minoritárias de aprofundamento da democracia, contra-hegemônicas, marcadas pelo pluralismo, pelo dissenso, e pela participação, e cujo propósito é o resgate da democracia, de forma a densificá-la, com potencial para transpor o paradoxo de que *"a extensão da democracia ter trazido consigo uma enorme degradação das práticas democráticas"* (Santos, 2005: 42). Conforme registram Pogrebinschi e Ventura *"experimentos participativos e deliberativos, têm o potencial de ativar a competição política, a responsividade, a igualdade, dimensões essenciais a qualquer avaliação da democracia"* (Pogrebinschi e Ventura, 2013: 10).

Assim como os elementos que definem uma administração *accountable* acabam por incrementar a qualidade dos processos de tomadas de decisão e controle sobre políticas públicas e prestação de serviços públicos em uma sociedade, a qualidade da democracia cresce quando densifica-se a participação social. Assim, as dimensões política e gerencial da *accountability* caminham juntas ao encontro do resgate do setor público para o interesse coletivo e, por consequência, do judiciário democrático e *accountable*.

Governança e accountability judiciais

Distante do modelo liberal que atribuía ao Estado a tarefa de definir e implantar políticas e prestar serviços públicos, no neoliberalismo reduziu-se o papel do Estado, cabendo-lhe tão somente a direção das políticas públicas e a regulação da prestação de serviços, ficando a cargo de outros agentes, principalmente privados, a entrega do serviço. Essa situação refletiu também na arquitetura institucional típica do Estado liberal, sustentada na união política e na divisão funcional tripartite dos Poderes estatais, que passou a ter novas feições: o Legislativo passou a ter um papel preponderantemente regulatório para direcionar as políticas; o Executivo esteve encarregado da prestação de serviços essenciais e fiscalização dos demais; ao Judiciário enfatizou-se a obrigação de tornar eficaz a prestação jurisdicional.

Nesta visão que condicionou o financiamento de reformas estruturais nos países em desenvolvimento nos anos 90 pelo Banco Mundial, a justiça compreendida como um direito, cede espaço a uma concepção de serviço judiciário no qual o cidadão é o consumidor e o magistrado o fornecedor, cabendo ao Poder Judiciário gerir a entrega eficiente do serviço (Dakolias, 1986). Problemas de corrupção, lentidão e ineficiência da justiça seriam resolvidos pela melhoria da governança judicial, que propugnava uma administração pública mais aberta, transparente, eficiente, responsiva e, portanto, *accountable* (Barbosa, 2012: 185).

Em contraste com a visão do Banco Mundial, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) tinha o foco da boa governança em condições sociopolíticas, apoiadas nos princípios da *"equality of participation in decision-making; responsiveness to stakeholders, attempt to secure a broad consensus; accountability of stakeholders; transparency in decision-making; the rule of law; the productive use of resources; guaranteed rights"*.

Concernente com o papel do Estado reduzido a uma "super agência regulamentadora", a dimensão política dos Poderes estatais, de certa forma dissolvia-se na sua capacidade de bem gerir a prestação de serviços públicos, e torná-lo *accountable*. Mas, diferente de muitos dos serviços públicos que passaram à iniciativa privada, a prestação jurisdicional continuou a ser monopólio do Estado, e no arranjo institucional típico do Estado liberal, sustentado na limitação recíproca dos poderes e no *rule of law*, o Poder Judiciário tinha que ser independente.

A independência judicial não é um fim em si mesma. Ao contrário, ela é necessária para assegurar o estado de direito e a imparcialidade das decisões judiciais. A imparcialidade, por outro lado, é condição para que a decisão tomada por um juiz não eleito (e, portanto, sem representação popular) possa ser legítima, de maneira a avaliar a legitimidade da justiça (Piana, 2010: 2). O Judiciário independente que detém o monopólio da prestação jurisdicional e deve procurar assegurar de forma eficaz a justiça, exige um modelo eficiente de governança que seja capaz de equacionar independência e responsabilidade, precisamente o equilíbrio que pode ser expresso na *accountability* judicial.

Contudo, os limites do controle sobre a atuação do Judiciário, que já eram frágeis no contexto positivista de autocontenção do magistrado diante da lei, se desfazem diante do fortalecimento do protagonismo político do Judiciário. Nesse contexto, o Judiciário *accountable*, conforme adverte Greene (2006: 76 e ss.), tornou-se condição necessária para a legitimação e independência que devem marcar o exercício democrático do Judiciário, evitando os riscos do caminho irresponsável ao estabelecimento de uma *Juristocracy* (Hirschl, 2004).

Ainda que formalmente existam mecanismos voltados ao controle da ética devida pelos magistrados no seu exercício profissional, a efetividade destes mecanismos é frágil, os espaços de efetiva participação social no funcionamento do Judiciário são escassos e, via de regra, não são capazes de assegurar a prevalência do interesse público sobre o interesse privado, ou o interesse corporativo de sua categoria profissional. E não há razão específica para se acreditar que os juízes possuam uma ética peculiar de correição diferente daquela dos agentes políticos ou dos atores privados. Ao contrário, o fato de os mecanismos de controle sobre a atuação do Judiciário serem muito frágeis, facilita o abuso do poder, razão para fortalecer-se a *accountability* social judicial.

De forma geral, a *accountability* expressa a obrigação dos detentores de poder assumirem responsabilidade por suas ações sendo, portanto, aplicável aos setores público e privado, e a entidades com ou sem fins lucrativos, independente de seu ramo de atuação. Os detentores de poder “*refers to those who holds political, financial or other forms of powers and include officials in government, private corporations, international financial institutions and civil society organization*” (Malena, 2004: 2).

Na governança do setor público, especificamente, a *accountability* “*refers to the ability to ensure that public officials are answerable for their behavior – forced to justify and inform the citizenry about their decision and possibly eventually be sanctioned for them*” (Peruzzotti e Smulovitz, 2006: 5).

Importa distinguir uma *accountability* legal que reflete a necessidade de o agente atuar em conformidade com a Constituição e as outras normas, e uma *accountability* política, associada à capacidade de o estado oferecer respostas às demandas da sociedade, estando portanto mais ligada à ideia de responsividade que, como esclarece Powell,

refere-se à “habilidade da democracia de transformar as preferências dos cidadãos em políticas” estando, portanto, interconectada com o conceito de democracia representativa (Powell 2004, apud Pogrebinschi e Ventura, 2017: 7).

Em um trabalho que se tornou referência para os estudos das organizações, o cientista político Guillermo O’Donnell (2009) distinguiu espacialmente duas esferas da *accountability*: a vertical, que pressupõe uma ação entre desiguais – cidadãos versus representantes, e a dimensão horizontal, baseada na relação entre iguais – checks and balances, entre os poderes constituídos. Nesse caso, *accountability* eleitoral é tipicamente vertical, vez que implica em uma relação cidadão x representante, enquanto o processo de impeachment do Presidente é expressão da *accountability* horizontal, processada entre os Poderes constituídos do Estado.

Na governança pública a *accountability* expressa primariamente uma ideia de responsabilização do agente. Embora essencial, essa perspectiva é apenas ex post facto, mas quando o foco é aprimorar as políticas públicas e os serviços prestados, exige-se também intervenção anterior. Tal exigência evidencia a necessidade de acrescentar-se à responsabilidade, também as dimensões da transparência, participação, reclamação, avaliação, resposta e, concordando com Bovens (2010: 7 e ss.), também a possibilidade de enfrentar consequências. Enfrentar consequências, por vezes, vai além da sanção, porque admite, por exemplo, julgamento moral.

O comportamento ético, a existência e disponibilidade de informações, a possibilidade de atender à demanda do constituído e a responsabilização em caso de desvio de conduta expressam diferentes dimensões da *accountability*. Mas....quem controla os controladores? A insuficiências dos modelos existentes e a necessidade de ampliarem-se os arranjos institucionais que tornam efetiva a *accountability*, levaram Perruzzotti e Smulovitz a sugerir um terceiro tipo de *accountability*: a social, caracterizada como “a non electoral yet vertical mechanisms of control of political authorities that rests on the action of an array of citizens associations and movements and the media” (Perruzzotti e Smulovitz, 2006: 6).

A ênfase no papel do cidadão está expressa também em Malena et al., (2004), para quem “social accountability can be defined as an approach towards building accountability that relies on civic engagement, i.r., in which it is ordinary citizens and/or civil society organizations who participate directly or indirectly in exacting accountability” (Malena et al., 2004:3).

Em relação aos mecanismos que favorecem a *accountability* social, Peruzzotti e Smulovitz ressaltam que “mechanisms of social accountability can be initiated by the state, citizens or both, but very often they are demand-driven and operate from the bottom-up” (Peruzzotti e Smulovitz, 2006: 10). Quando operada por meio de mecanismos institucionalizados, há autores que preferem identificá-los como mecanismo transversal ou híbrida.

A *accountability* social que advém do engajamento cívico tem características bastante positivas, como indicam Peruzzotti e Smulovitz (2006: 10). Ela é operada por setores organizados da sociedade civil que buscam monitorar o funcionamento ou induzir demandas, e não atuam pela lógica do voto majoritário nem se constituem em mecanismos intraestatais de freios e contrapesos. Desta forma, elas ampliam o repertório de formas de controle eleitoral ou constitucional usualmente vigente, o que colabora para densificar a democracia. Além disso, mecanismos sociais de controle e monitoramento podem funcionar todo o tempo e não se reduzem ao momento eleitoral do voto, favorecendo um controle social contínuo sobre as condições do exercício do poder. Por último, eles também diferem em relação às sanções que podem impor, porque elas são em geral simbólicas, mas isso não significa que sejam menos efetivas (Peruzzotti e Smulovitz, 2006: 10).

A *accountability* social potencialmente amplia a participação da sociedade na consecução e definição de políticas e na prestação do serviço público, e nesse sentido deveria ser apoiada em todo processo de governança, especialmente do setor público. No caso do Judiciário, contudo, sua condição de independência e sua responsabilidade em salvaguardar o estado de direito, ampliam essa necessidade.

Por outro lado, a *accountability* social depende da sociedade organizada, vale dizer, de instituições organizadas e, principalmente, do cidadão, individualmente ou em grupo, participar das políticas de governo e dos espaços de decisão, o que implica, na prática, em formas de distribuição de poder. Nesse sentido, a participação cidadã e, portanto, a *accountability* social, já traz embutida em si mesma uma perspectiva de reação por parte daqueles que detêm o poder e não desejam compartilhá-lo.

É importante perceber, portanto, que a *accountability* social pressupõe uma gramática social distinta daquela típica das democracias representativas, que funcionam a partir da ideia de autorização. Nesta o povo detém o poder e o transfere ao representante para exercê-lo, tecnicamente, em seu nome; naquela há uma disputa pelo poder e a transferência da titularidade de seu exercício se dará pela conquista. A forma como é operada pode (ou não) constituir-se em mecanismos de emancipação social.

Redesenhar essa gramática importa na densificação da qualidade da democracia e na assunção de responsabilidades por parte do cidadão. O exercício da *accountability* social pressupõe um cidadão engajado, capaz de distanciar-se de interesses individuais em prol da coletividade.

Há diferentes formas e níveis de participação social, porque certamente existe um caminho longo a ser percorrido entre o ritual formal da participação e a efetiva delegação e controle do cidadão sobre o sistema de justiça.

O fortalecimento do sistema de justiça por meio de garantias que lhes buscavam assegurar a independência, é uma realidade em muitos países; o desafio agora é desenhar

uma política judiciária apta a entregar ao jurisdicionado um sistema de justiça democrático, igualitário e justo. O desafio é fazê-lo superando o contexto de teorias de gestão focadas no cliente-consumidor de um serviço eficiente que funcione à margem do Estado, para pensá-la com foco no jurisdicionado cidadão.

Considerações finais

O enfoque neoliberal do Estado reflete diretamente a concepção de prestação jurisdicional prevalente em análises sobre o Poder Judiciário, de onde o enfoque na eficiência e qualidade da justiça, compreendida como serviço público a ser prestado ao cidadão, prevalece sobre discussões sobre a democratização do acesso à justiça. Este enfoque privilegia a dimensão gerencial sobre a dimensão política da *accountability*, desafiada pelo envolvimento do cidadão na concepção da avaliação da política judiciária.

A dimensão gerencial enfatizada na onda da *New Public Management*, fortalece-se no contexto em que pretendeu-se retirar das mãos do Estado a responsabilidade sobre os direitos de saúde, educação, segurança, e transferi-los à iniciativa privada. Sob o argumento central de lhes ampliar a eficiência, transformou-se direitos em serviços. A justiça, contudo, continuou a ser monopólio estatal, mas a exigência da eficiência da justiça em detrimento do direito de acesso à justiça tornou-se também a tônica da prestação jurisdicional. A combinação de eficiência com a qualidade sustentou a boa governança, onde cabem os desafios de tornar o serviço público eficiente, acessível e sua gestão transparente, exequível, responsiva e exigível e exequível, ou seja, torná-lo *accountable*.

Referências

- Assis, Vinícius Quem julga o juiz? 2016 Pública Disponible en <https://apublica.org/2016/09/quem-julga-o-juiz/> Accedido el 3/12/2019.
- Barbosa, Claudia Maria.** A importância da dimensão política da *accountability* social do judiciário brasileiro para a democratização da justiça e para a superação do modelo de gestão do serviço social 2021 en Augusto, C. B. et al. Novas direitas e genocídio no Brasil: pandemias e pandemônios (São Paulo: Tirant lo Blanch) V. II.
- Barbosa, Claudia Maria y Pamplona y Daniele Anne** 2018 Limites e possibilidades da eficácia da prestação jurisdicional no Brasil (Curitiba: Letra da Lei).
- Barbosa, Claudia Maria** 2013 "A legitimidade do exercício da jurisdição constitucional no contexto da judicialização da política" en Barreto, Vicente de Paulo, Schwartz, Germano e Duarte, Francisco Carlos. Direito da sociedade policontextural (Curitiba: Appris).
- Barbosa, Claudia Maria y Pamplona, Danielle** 2009 "A judicialização da política e as audiências públicas no supremo tribunal federal" en Paradigma (Ribeirão Preto) Vol. No 14 Série 18.

Bevir, Mark 2009 Key concepts in governance (London: Sage Publications Ltd.).

Bovens, Mark 2010 "Two concepts of *accountability*" en West European Politics, Vol. 33 No 5.

Conselho nacional de justiça (2018) Relatório Anual. (Brasília: CNJ) Disponible en <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/66f93461194c2d4dbef4647b3de29b4b.pdf>. Accedido en 28/nov/2021.

Dakolias, Maria 1996 "O setor judiciário na América latina e Caribe: elementos para reforma" Traducción Sandro Eduardo Sardá (Washington: Banco Mundial) Documento técnico 319 Disponible en <https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf> Accedido en 10/02/2022.

European network of councils for the judiciary. Report on Independence, *accountability* and quality of the judiciary: indicators and surveys leading a process of positive change 2019 Disponible en <https://pgwrk-websitemedia.s3.eu-west-1.amazonaws.com/production/pwk-web-encj2017-p/GA%2019/ENCJ%20IAQ%20report%202018-2019%20adopted%207%20June%202019%20final-july.pdf> Accedido en 04/12/2020.

Hayek, Friedrich 2010 (1944) O caminho da servidão Traducción de Liane de Moraes y Anna Maria Capovilla (São Paulo: LVM Editora).

Hobsbawm, Eric J. 1995 (1994) A era dos extremos Traducción Marcos Santarrita. 2 ed. (São Paulo: Companhia das Letras).

Justa.org.br. 2019 Disponible en http://justa.org.br/wp-content/uploads/2019/06/1_4924989468760342688.pdf. Accedido en 10/12/2019.

Justiça em números, 2019. Conselho Nacional de Justiça (Brasília: Conselho Nacional de Justiça).

Malena, Carmen, Forster, Reiner y Singh, Janmejay 2014 "Social *Accountability*: an introduction to the concept and emerging practices" Social Development Paper: participation and civic engagement Paper No 76 Disponible en <http://documents.worldbank.org/curated/pt/327691468779445304/pdf/310420PAPER0So1ity0SDP0Civic0no1076.pdf> Accedido en 28 nov. 2019.

Montesquieu, Charles de Secondat, Baron de. 2005 (1748) O espírito das leis. Traducción Cristina Murachaco. 3 Ed. (São Paulo: Martins Fontes)

Nieto, Alejandro. El Desgobierno judicial 2005 (2004). 3 Ed. (Madrid: Editorial Trotta).

O'Donnell, Guillermo 1998 "Accountability horizontal e novas poliarquias" Lua Nova (São Paulo) Vol. No 44 Disponible en http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451998000200003&lng=en&nrm=iso Accedido en 06/12/2019 <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451998000200003>.

Organização internacional do trabalho 1944. Convenção de Filadélfia. Disponible en <https://www.dgert.gov.pt/declaracao-de-filadelfia> Accedido en 24 de agosto de 2020.

Osborne, Stephen P. 2010 (2009) Emerging perspectives on the theory and practice of public governance (London: Routledge).

Pedroso, João, Trincão, Catarina y Dias, João Paulo 2003 Tribunais em sociedade: por caminhos da(s) reforma(s) da justiça (Coimbra Editores, Coimbra).

- Peruzotti Enrique y Smulovitz, Catalina** 2006 "Social *Accountability*: an introduction" en Enforcing the rule of law: social accountability in the new latin american democracies (Pittsburgh: University of Pittsburgh Press).
- Piana, Daniela** 2010 Judicial accountabilities in new europe: from rule of law to quality of justice (Farnham, England: Ashgate Publishing Limits).
- Piketty, Thomas** (2013) O Capital no século XXI. Traducción Monica Baumgarten de Bolle (Rio de Janeiro: Intrínseca).
- Pogrebinschi, Thamy y Ventura, Tiago** (2017) "Mais participação, maior responsividade: as conferências nacionais de políticas públicas e a qualidade da democracia no Brasil" en Dados – Revista de Ciências Sociais (Rio de Janeiro), Vol. No 60 N. 1.
- Santiso, Carlos** 2004 "Economic reform and judicial governance in brazil: balancing independence and *accountability*" en GARGARELLA, Roberto; Gloppen, Siri y Skaar, Elin. Democratization and the Judiciary: the accountabilities function of courts in new democracies (London: Frank Cass Publishers).
- Santos, Boaventura de Sousa** (Org.) 2005 Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. 3 Ed. (Rio de Janeiro: Civilização Brasileira).

JOAQUÍN BENAVIDEZ*

El *lawfare* desde los procesos colectivos

Introducción

Desde la Revolución Francesa de 1789 al día de la fecha la gran mayoría de los Estados de occidente han adoptado la división tripartita del poder. Doscientos treinta y tres años han pasado de aquella proclama que en su momento fue trascendental pero que hoy adquiere determinados bemoles y matices. En la actualidad nos encontramos frente a diversos poderes fácticos, con sus respectivos intereses, con una compleja dinámica de múltiples actores - incluso de espacios divergentes - que inciden en nuestras vidas cotidianas y que no poseen ningún tipo de control popular y mucho menos democrático.

El contexto sociopolítico y normativo de la Argentina amerita una [re]visión en las formas y procedimientos mediante el cual el Poder Judicial “resuelve” los conflictos. Habitual e históricamente los procesos judiciales se han desarrollado dentro de la esfera meramente individual – personal, esto tiene su razón de ser, el Poder Judicial se estructura para resolver este tipo de conflictos y no otros. En nuestros tiempos, como bien se sabe, gran parte de la conflictividad sociopolítica genera consecuencias expansivas, es decir, afecta –ya sea de manera directa o indirecta– a muchos sujetos.

La constitución de 1994 –como gran parte de las constituciones de la región– establece derechos subjetivos colectivos como así también garantías procesales de índole colectiva. Es decir, contamos con elementos, herramientas e instrumentos que nos permiten pensar y abordar los conflictos judiciales en clave colectiva.⁽¹⁾ En un mundo donde la

(*) Abogado (Universidad Nacional de La Plata); Estudiante - Becario CONACYT en la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí (UASLP). Correo electrónico: joaquin-benavidez760@gmail.com

(1) La Constitución en su artículo 43 expresa que se podrá interponer acción de amparo para proteger “derechos de incidencia colectiva en general”. Es decir, el constituyente deja establecida manifiestamente una categoría genérica. Después, a título enunciativo, menciona que se podrá interponer dicha acción

conflictividad social es cada vez más masificada, el Poder Judicial imperiosamente necesita de una [re]conversión. Esto se debe a múltiples razones, fundamentalmente a la existencia de una mayor injerencia por parte del Poder Judicial en la propia dinámica de poder.

Ante este panorama, los procesos colectivos resultan una herramienta con la capacidad suficiente de estimular directamente a la autoridad estatal, quien posee la obligación de garantizar el acceso colectivo a la justicia y de tutelar efectivamente los derechos humanos. Ante la presencia de políticas abusivas tanto del sector público como del privado los procesos colectivos posibilitan la participación ciudadana en aquellos asuntos de interés público, convirtiéndose en un instrumento sumamente fructífero para la resolución de conflictos donde existen fuertes implicancias sociales y políticas estructurales.

En el caso del *lawfare* las consecuencias colectivas que genera dicho fenómeno son sumamente evidentes. La judicialización de la política denota su carácter policéntrico producto de los numerosos nodos de intereses que allí se confrontan. El *lawfare* no sólo violenta los derechos y las garantías individuales del o la dirigente que vivencia y sufre la guerra política por la vía judicial, sino que también violenta los derechos económicos, sociales y culturales de millones de personas que se beneficiarían de las políticas de transformación estructural que emprenden dichos dirigentes y por lo cual muy probablemente resultan perseguidos o perseguidas.

¿Por qué no poder accionar colectivamente ante ello? ¿Acaso no hay consecuencias del *lawfare* en los derechos humanos y colectivos?

Lawfare y procesos colectivos

Durante las últimas décadas, los poderes judiciales de los Estados de América Latina han generado grandes cambios en los ejes del poder. La mutación en la naturaleza del proceso judicial como medio para resolver controversias comienza a tener novedosos rasgos y caracteres. Ahora, las cortes y tribunales inferiores resuelven conflictos que anteriormente eran resueltos por la propia política generando dicha situación una alteración en las propias estructuras y dinámicas de los sistemas democráticos representativos.

La articulación entre el Poder Judicial, los medios hegemónicos de comunicación y determinados intereses exógenos develan que la democracia representativa se encuentra

contra cualquier forma de discriminación, como así también a los derechos que protegen el ambiente, al usuario y al consumidor. A esto, debemos sumarle los derechos colectivos que surgen de los tratados internacionales de derechos humanos. Por lo tanto, una lectura amplia de lo que implican los "derechos de incidencia colectiva en general" conlleva indefectiblemente a un reconocimiento que va más allá del "formal" y que consiste en que el Poder Judicial pueda efectivamente materializar la legitimación judicial para la defensa y ejercicio de los derechos humanos y colectivos.

completamente encorsetada. A esto debe sumársele que tanto desde las propias organizaciones sociales, como de organizaciones no gubernamentales e incluso departamentos propios del Estado, con mayor frecuencia acuden a las instancias judiciales para poder vehiculizar sus demandas y hacer valer sus intereses.

De aquí se desprende que el Poder Judicial tenga un rol más protagónico y activo que antes. Los conflictos que tradicionalmente eran resueltos en otras esferas de lo público ahora se resuelven en el ámbito estrictamente judicial generándose así un proceso de judicialización de la política, que siempre existió, pero con otras formas. Tal como expresa Andrés Scharager:

“[...] la judicialización es un fenómeno polifacético que ha transformado las relaciones entre actores sociales en pugna, generando impactos diversos en el debate público, en las agendas gubernamentales y en el desarrollo de la conflictividad” (Scharager, 2020: 283).

La conflictividad que genera *lawfare* posee muchas connotaciones las cuales han sido abordadas desde múltiples disciplinas y perspectivas analíticas. Encontramos, por ejemplo, estudios y análisis vinculados al campo de lo militar, de lo comunicacional, de lo geopolítico, entre otros. Desde la posición de Vollenweider y Romano, el *lawfare* constituye “el uso indebido de instrumentos jurídicos para fines de persecución política, destrucción de imagen pública e inhabilitación de un adversario político” (Vollenweider y Romano, 2017: 1). Para Barbara Ester, en cambio, el *lawfare* se concibe como “un método de disciplinamiento de las elites que aspiran al control de los Estados”. (Ester, 2019 :113).

Mas allá de las distintos enfoques teóricos o plexos valorativos en torno al *lawfare* en América Latina, el *lawfare* no fue inventado únicamente para obstaculizar a los gobiernos progresistas, sin embargo, tal como expresa Romano, el número de casos y la persistencia en la utilización de la vía judicial para la persecución de líderes del progresismo permite entender al concepto como una batalla política que se dirime en el terreno judicial (Romano, 2019: 20-21).

Esto ya nos da la pauta de que los impactos en la dimensión colectiva de los derechos producto de estas persecuciones a dirigentes populares no son para nada menor. Si observamos el caso de encarcelamiento de Lula Da Silva en Brasil o el caso de Evo Morales en Bolivia o los procesamientos a Cristina Fernández de Kirchner en la Argentina, podemos afirmar que la persecución a sus personas implica en gran medida una *atomización de intereses colectivos y populares a una esfera meramente personal e individual*. Dicho de otro modo, el proceso judicial al recaer únicamente sobre la persona del dirigente contrae intereses colectivos. Es decir, se “individualizan” conflictos que poseen fuertes implicancias sustancialmente colectivas.

Esto nos interpela a [re]posicionar el derecho. Si los jueces, quienes no poseen una representación democrática directa comienzan a tener una mayor influencia sobre las

demás esferas de lo público, y a su vez, resuelven asuntos de altas dimensiones colectivas, sociales y políticas exigiéndoles tan solo la “motivación” de sus resoluciones judiciales ¿De dónde emerge la legitimidad del Poder Judicial para resolver en tal o cual sentido? ¿Dónde queda la tutela de derechos humanos y colectivos?

La coyuntura política contemporánea no sólo argentina sino de gran parte de América Latina devela un momento crítico y de fuertes anomalías en la democracia representativa producto de esta [re]organización del poder. Como postula Marco Feoli:

“La judicialización de la política implica, en síntesis, otorgar a las cortes una determinada labor de control sobre los otros órganos públicos o utilizarlas como arena de combate para la resolución de asuntos que antes se solventaban en el ámbito del poder legislativo o del poder ejecutivo” (Feoli, 2016: 93)

¿Acaso este traspaso de poder no tiene sus implicancias en los derechos humanos y colectivos? Muchas veces se habla, por ejemplo, de las violaciones a los derechos individuales de Lula Da Silva por haber sido privado de su libertad e imposibilitado de competir por la Presidencia del Brasil, algo que es real y cierto, pero ¿Qué hay de los derechos sociales, económicos y culturales de aquellas personas que se sienten representadas por Lula Da Silva y sus políticas? Según expresan Romano y Parra:

“En un escenario donde el progresismo logró postular una democracia sustantiva, la derecha, liberal o conservadora, recurre a la juristocracia y su articulación con el aparato mediático para dirimir la batalla que no logró ganar por la vía de las urnas, o bien para lograr cierta legitimidad en el gobierno, al tiempo que reorienta al Estado rápidamente hacia una vía neoliberal, recuperando el fuerte componente antipolítico de ese orden” (Romano y Díaz Parra, 2018: 19)

Siguiendo a la investigadora argentina, utilizar la ley “desde arriba” propicia el crecimiento de la “juristocracia” lo que a su vez genera una deformación en el alcance del aparato judicial en la política, intentando ahora resolver por la vía judicial lo que debería ser resuelto por la política (Romano, 2019: 23).

Ahora bien, no toda judicialización de la política constituye necesariamente *lawfare*, siguiendo a Pilar Domingo, también existe una judicialización de la política “desde abajo” donde se pueden observar nuevas actitudes hacia los derechos desde los movimientos sociales de base quienes han ido asimilando la posible utilidad de apropiarse de lenguajes jurídicos y de derechos para avanzar sus proyectos políticos (Domingo, 2004: 35).

Lo antedicho nos genera el siguiente interrogante ¿Acaso los procesos colectivos no pueden constituir una herramienta legal a utilizar “desde abajo”? Siguiendo a Francisco Verbic, en lo que respecta a la tutela procesal colectiva de derechos en la Argentina, no es posible encontrar en el orden federal un mecanismo procesal comprensivo para enfrentar conflictos que involucran grandes grupos de personas (Verbic, 2017: 240).

Considero que la vía colectiva parece ser una forma realista y posible de defender conflictos de la envergadura como los que ocasiona el *lawfare*. Ahora bien, más allá de toda la cuestión estrictamente técnica en relación con la legitimación activa, la cosa juzgada expansiva y la representación adecuada en los procesos colectivos, creemos que es importante destacar algunas de las ventajas que trae el abordar los conflictos colectivamente.

Siguiendo al profesor argentino, la confluencia de muchos sujetos involucrados en el conflicto pone en jaque la noción tradicional del “caso judicial” dando lugar a la noción de “caso judicial colectivo”. Este tipo de conflictos al caracterizarse por su trascendencia social, económica y/o política requiere de un debate mucho más amplio del que exige una resolución de un conflicto individual (Verbic, 2017: 234).

El abordar los conflictos desde la perspectiva colectiva permite garantizar el acceso a la justicia de muchísimas pretensiones que, de no articularse colectivamente, no tendrían tratamiento alguno. Los procesos colectivos son relativamente novedosos en el derecho argentino. Como mencionamos líneas atrás, no existe una normativa de índole federal que regule este tipo de procesos, aunque si encontramos ciertas leyes⁽²⁾ que tratan cuestiones colectivas, pero, según expresa Verbic:

“Lo que ocurre es que estas normas se basan en un enfoque parcial y sesgado del fenómeno, ocupándose principalmente de regular la entrada y la salida del proceso (esto es, la legitimación y la cosa juzgada de los efectos de la sentencia) y evitando prestar suficiente atención a cómo debe diagramarse la discusión” (Verbic, 2013: 87)

Además, contamos con jurisprudencia como ser el fallo “Halabi” del año 2009 donde la Corte Suprema de Justicia de la Argentina definió los alcances de los derechos de incidencia colectiva (Art. 43 CN, párrafo 2°) como así también hizo hincapié en la garantía del debido proceso colectivo reconocido en art. 43 de la Constitución Argentina, afirmando el deber de los jueces de hacerla efectiva aun no existiendo una regulación en la materia.

En ese orden de ideas, los procesos colectivos representan instrumentos muy fructíferos para superar el paradigma formal e individualista del derecho y sus procesos. Los procesos colectivos se presentan, sobre todo, como herramientas de control democrático y popular ante la autoridad Estatal además de tener la posibilidad y capacidad de alcanzar soluciones igualitarias. Tal como expresa Verbic:

“Podemos ver de este modo que la posibilidad de discutir conflictos colectivos en sede judicial configura mucho más que un mecanismo de protección de derechos. Configura un verdadero canal de participación política directa que rompe con las modalidades tradicionales de intervención en el debate público, produce serias consecuencias de diversa índole y está generando, con ello, no solo un redimensionamiento del rol del Poder

(2) Ley de defensa del consumidor N° 24.240; Ley general del ambiente N°25.675, entre otras.

Judicial sino también un verdadero cambio de paradigma en la dinámica de distribución del poder en el marco de nuestras sociedades” (Verbic, 2017: 283).

Por lo tanto, debemos sacarnos los lentes formalistas y clásicos que consideran al proceso judicial como un mecanismo de resolución de conflictos exclusivamente personal y/o de índole privado. Allí también se disputan cuestiones sociales y políticas profundamente estructurales que hacen a la satisfacción y/o afectación de derechos económicos, sociales y culturales, y de derechos humanos.

El proceso judicial debe ser [re] pensado, las vulneraciones que genera el *lawfare* ontológicamente posee una dimensión colectiva, hegemónicamente rechazada, abandonada justamente por el potencial que allí subyace. Debemos abordar los conflictos desde otra óptica, porque los hechos que hoy generan los conflictos sociopolíticos son distintos, son más complejos, más dinámicos y expansivos.

Consideraciones finales

A pesar de que los procesos colectivos en el caso particular de la Argentina se hayan circunscripto mayoritariamente a cuestiones de índole ambiental o de consumo, creemos que, al no contar con una regulación adecuada en la materia, tenemos la posibilidad de discutir que clase de procesos colectivos y de Poder Judicial queremos. Esta clase de procesos adquiere un potencial mucho mayor si es que lo pensamos y lo articulamos para judicializar la política “desde abajo”. Sobre todo, ante una coyuntura de transferencia de poder hacia el Poder Judicial, quien entabla manifiestas articulaciones con medios hegemónicos de comunicación privados y factores económicos exógenos.

El Poder Judicial desde hace muchos años viene “resolviendo” conflictos que históricamente se dilucidaban en otras esferas del ámbito público lo cual, como hemos visto, ha generado cambios en la dinámica propia del poder. De aquí la importancia de los procesos colectivos no sólo en términos procesales y constitucionales, sino también en términos políticos. No debemos olvidar que el proceso judicial, al fin y al cabo, es un medio para resolver controversias, reparar y/o garantizar la efectivización de los derechos fundamentales.

Dotar a la sociedad de instrumentos colectivos para la modificación de estructuras institucionales violatorias de derechos es una obligación ciudadana, profesional, ética y política. De ahí que no sólo el Poder Judicial sino también los jueces en general deban [re] pensar sus roles en la función pública teniendo la ciudadanía un rol trascendental en la participación de este proceso de reforma y transformación. Si el Poder judicial tiene la obligación de garantizar el acceso colectivo a la justicia y la tutela efectiva de los derechos fundamentales ¿Por qué “individualiza” conflictos que tienen notorias dimensiones colectivas y policéntricas?

Dicho esto, parece que el proceso judicial deja de ser un mecanismo para resolver exclusivamente disputas privadas y se convierte ahora en una herramienta para alcanzar cambios y transformaciones sociales. De aquí es que emerge la importancia de debatir y trabajar sobre la posibilidad histórica de los procesos colectivos como instrumentos legales para garantizar la efectivización de derechos económicos, sociales y culturales como así también, en dotar de un instrumento de control popular sobre un poder estatal. Más aún en situaciones excepcionales y de despliegue de *lawfare*, donde lo que se encuentra en juego no es sólo la libertad personal y la privación de otros derechos de los dirigentes populares, sociales y/o ambientales, sino también sus políticas de transformación estructural, las cuales inciden en la efectivización de los derechos humanos y colectivos.

Referencias

- Domingo, P.** (2009). Ciudadanía, derechos y justicia en América Latina Ciudadanización-judicialización de la política. Los retos de América Latina en un mundo en cambio. Estado de derecho. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, N° 85-86, pp. 33-52.
- Ester, B.** (2019). Perú ¿guerra jurídica o método de disciplinamiento de las elites que aspiran al control del Estado? en Silvia M. Romano (comp.) *Lawfare. Guerra judicial y neoliberalismo en América Latina*. (CELAG).
- Feoli, M.** (2016). "Judicialización de la política y activismo judicial: una aproximación a América Latina" en *Revista Latinoamericana de Derechos Humano*, Volumen 27 (1), pp. 75-98.
- Romano, S. M.** (2019). Introducción. *Lawfare*, judicialización de la política y neoliberalismo en América Latina. En S. M. Romano, & M. i. editores (Ed.), *Lawfare. Guerra judicial y neoliberalismo en América Latina*. Buenos Aires: Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica (CELAG).
- Romano, S. y Diaz Parra, I.** (2018). Antipolíticas: neoliberalismo, autonomismo y realismo de izquierda en América Latina. Buenos Aires: IEALC-Luxemburg.
- Scharager, A.** (2020). "Mas allá del *lawfare*: avatares de la judicialización de las políticas públicas y los conflictos sociales en Argentina y América Latina" en *Revista de Direito da Cidade*, vol. 12, N°1. ISSN 2317-7721. pp. 280-305.
- Verbic, F.** (2013). "Los procesos colectivos en la República Argentina", *Revista Voces del Fénix*, N°30, "El secreto de tus ojos", pp. 84-91.
- Verbic, F.** (2017). Manual de introducción a los procesos colectivos y las acciones de clase. En Marco Fandiño y Leonel González (directores) *Dialogo multidisciplinario sobre la nueva justicia civil de Latinoamérica*. CEJA-JSCA.
- Vollenweider, C. & Romano, S.** (2017). *Lawfare y neoliberalismo en América Latina: una aproximación*. Centro Latinoamericano de Geopolítica. (CELAG).

Mesa 13

La colonización del sistema de justicia: la llamada Mesa Judicial en la era macrista. Complicidades en el intento de consolidación de una hegemonía

Mariana Catanzaro

Guillermo Francisco Torremare

Luis Kon

MARIANA CATANZARO*

Lawfare y Democracia

Sus implicancias en el ejercicio de Derechos Humanos: algunas consideraciones en torno a su tipificación penal

Antes de adentrarnos en la posibilidad de tipificar las acciones comprendidas por el *lawfare*, veremos qué se entiende primeramente por ese término. En inglés se llama "*lawfare*" a la persecución judicial o judicialización de la política, en especial de los referentes políticos de renombre en un lugar y momento determinado. Básicamente, se trata de denunciar actos supuestamente cometidos por políticos que sean candidatos o personas que pueden acceder a candidaturas. Los órganos judiciales darán curso a tales denuncias y la prensa con mayor audiencia se hará eco de todo tipo de detalle –real o supuesto– de la investigación.

El descrédito consistirá en ventilar cualquier tipo de hipótesis de funcionarios judiciales, y el aliento desenfrenado de los operadores mediáticos, que nunca develarán los intereses que representan, pero cuyas acciones tendrán como resultado la agonía política del denunciado. El fin de las acciones combinadas entre el denunciante, el poder judicial y el poder mediático será quitar del plano electoral al político que han planificado "cargarse". Así, el poder Judicial se utiliza como un actor partidario, para impedir la carrera política de un opositor o trabar una política pública.

Volvamos entonces a las preguntas iniciales: ¿El posible incorporar en el Código Penal las acciones descriptas? ¿Quiénes participan del delito como sujeto activo y pasivo? ¿Cuál es el bien jurídico protegido? El asunto tiene características singulares. Tome-

(*) Mariana Catanzaro, Abogada Doctora en Derecho Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid, adjunta en la FCJS de la UNLP. Miembro de la APDH Olavarría.

mos provisoriamente el concepto de “delito” de González Quintana. Quintana lo define como un “comportamiento típico, antijurídico y culpable”. Gustavo Arballo señala algunas características propias del *lawfare*⁽¹⁾. En síntesis, el constitucionalista sostiene que en primer lugar hay un sujeto con intereses políticos particulares que con una denuncia defectuosa, sin sustento sólido, insta una acción desestabilizadora políticamente y entonces se encuentra con:

1. El desvío de poder en la función judicial, es decir, los funcionarios judiciales deciden darle curso a una denuncia que, de no ser por los actores que concurren a la magistratura, sería desechada.

En el caso argentino, el derecho penal tiene un rigor que le es propio y que existe para proteger a las partes más débiles de la contienda ante un Estado poderoso. Sin embargo, fiscales y jueces de garantías (o sus equivalentes en los fueros pertinentes) se sujetan a la ley sólo en la medida en que alimente la hipótesis inicial: la del acusador. De esta manera, se desechan la búsqueda de la verdad como principio fundamental y el respeto de la legalidad estricta del fuero penal. Los funcionarios judiciales en estos casos utilizan de manera laxa las normas procedimentales y de fondo.

2. El *lawfare* involucra acciones simétricas y coordinadas por parte de funcionarios judiciales que llevan adelante la investigación de la denuncia, medios de comunicación que aparentan tener línea directa con la justicia, sectores políticos y otros sectores de poder que sacan provecho del descrédito orquestado.
3. Otro elemento determinante para describir el *lawfare* es que su incidencia y magnitud son verdaderamente trascendentes. Se trata de denuncias que no bien se instalan en la agenda pública y mediática, alteran –como en efecto dominó– la gobernabilidad, estabilidad y oportunidades electorales de los nombrados en las investigaciones. Las elecciones llegarán mucho antes de un pronunciamiento definitivo del poder judicial y el daño al candidato o referente político denunciado estará hecho.

La información que desprestige al político investigado por el Poder Judicial será publicada en las oportunidades que convengan al sector de poder más interesado en que esa persona no acceda a la candidatura y se repetirá en las radios, canales televisivos y redes todo el tiempo necesario para conseguir el propósito: desprestigio total del político o candidato.

4. La consumación del *lawfare* ocurrirá cuando se reviertan tendencias electorales, y queden así satisfechos los sectores de poder más discretos y desconocidos de la sociedad. Sus candidatos serán presentados como inmaculados y honestos por los mismos medios.

(1) Arballo, Gustavo 2 de diciembre de 2019: “¿Qué es *Lawfare*?” <https://chequeado.com/el-explicador/que-es-el-lawfare/> consultado el 10 de octubre de 2021.

Los efectos de esta polaridad serán varios. Algunos de ellos explícitos, como condenas, desprestigio, inhabilitaciones para cargos públicos, entre otros. Otros serán implícitos, como que el acusado sea quitado de la carrera política, facilitando el triunfo espurio de otro candidato y de su modelo político, económico y social. Parte de los efectos implícitos, y este es un punto clave, es que la atención puesta en los efectos explícitos provocan que los votantes se concentren en estos y voten "por descarte" al candidato que no ha sido denunciado (y que, incluso, ha sido publicitado como estándar de moralidad). En la elección de candidatos donde no hay *lawfare*, el votante razonable busca comparar propuestas electorales y votará a aquél candidato cuyo modelo social, económico e incluso jurídico sea más semejante al propio. Esta es una de las rocas que cimientan la democracia; de ahí que el efecto del *lawfare* sea tan perjudicial para ella.

En ocasiones, el *lawfare* se utiliza lejos de las vísperas de elecciones, pues no son los eventos electorales los que señala su utilización sino la necesidad de los grupos de poder de poner en marcha un sistema de boicot de modelos políticos. La suerte de los gobiernos, el éxito de las medidas que tomen en ejercicio de sus funciones, la prosperidad de figuras de la política parecen estar ligadas a la estricta aprobación de los sectores de poder real. Si algún referente político amenazara alguno de los intereses sensibles que estos sectores pretenden, tal referente posiblemente deba enfrentar acciones semejantes al *lawfare*.

Por todo esto parece ser enormemente necesaria la tipificación del *lawfare*. Por supuesto, la mera tipificación resultará insuficiente si las conductas descritas no se investigan y sancionan como corresponde. La pregunta que resta responder es: ¿dentro de qué tipos penales podría encuadrarse el *lawfare* y quiénes serían los sujetos activos y pasivos?

El 22 de septiembre de 2021 se publicó en la *Revista de Pensamiento Penal* un artículo de la Dra. Valeria Vegh Weis, "El *lawfare* como golpe por goteo. Un análisis desde la criminología crítica sobre democracia, sistema penal y medios en Latinoamérica". El artículo propone una visión innovadora del *lawfare*⁽²⁾. La Dra. Vegh Weis propone una conceptualización vinculada a las particularidades de este fenómeno socio-jurídico en Latinoamérica y analiza el *lawfare* en relación a la democracia, el sistema penal y los medios de comunicación, desde la perspectiva de la criminología crítica.

(2) Vegh Weis, V. El 22 de septiembre de 2021. "El *lawfare* como golpe por goteo. Un análisis desde la criminología crítica sobre democracia, sistema penal y medios en Latinoamérica". *Revista de Pensamiento Penal*. <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/89569-lawfare-golpe-goteo-analisis-criminologia-critica-sobre-democracia-sistema-penal-y> consultado el 25 de septiembre de 2021.

A raíz de algunas aproximaciones de la autora y de lo dicho hasta aquí, podemos proponer que los sujetos activos del *lawfare* son todos aquellos que denuncian falsamente, los funcionarios del poder judicial que den curso a la denuncia sobre la base de elementos probatorios insuficientes o de dudosa legalidad, y los medios de difusión que lentamente “amplían” los elementos de la causa, con real malicia y perpetuando en el tiempo (y en el discurso público) las intenciones del *lawfare*. Por supuesto, las acciones del denunciante, de los funcionarios del poder judicial y de los periodistas pueden asimismo encuadrarse dentro de otras figuras jurídicas (como la falsa denuncia, el cohecho pasivo y la responsabilidad ulterior), pero la característica del *lawfare* es la sistematicidad de estas acciones coordinadas. Encuadrar cada acción dentro de una figura jurídica individual, descartando su acción conjunta, invisibiliza el *lawfare* y su efecto pernicioso para la democracia.

Dicho de manera sencilla, no existe *lawfare* cometido en soledad, sino que requiere de estos elementos que asistan sistemáticamente. Va de suyo que a cada persona de existencia ideal la conduce una persona física que responderá penalmente por su parte en la comisión del delito.

Ahora bien; señalar quién es sujeto pasivo tiene al menos dos caminos. El daño inmediato que se produce contra aquél perseguido judicialmente y que resulta víctima de esa guerra judicial. Su nombre y honor son atropellados de manera singular, su procesamiento implicará violaciones al debido proceso y abusos de autoridad judicial. Pero hay otro del que es necesario hablar: el daño colectivo. Este daño afecta a quienes podrían votar al denunciado (y su modelo político) y no lo harán como consecuencia de esas acciones. Entonces, el bien jurídico protegido no es solo el honor de los candidatos o referentes denunciados, sino también el propio sistema democrático.

El Código Penal argentino contempla en su Título X a los delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional. El primer capítulo se denomina “Atentados al orden constitucional y a la vida democrática”. Así, el legislador se ha encargado de sancionar la rebelión en el art. 226: “Los que se alzaren en armas para cambiar la Constitución, deponer alguno de los poderes públicos del gobierno nacional, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporariamente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales o renovación en términos y formas legales”

Más adelante, en el art. 229, el CP tipifica el delito de sedición: “Serán reprimidos con prisión de uno a seis años, los que, sin rebelarse contra el gobierno nacional... deponer alguno de los poderes públicos de una provincia o territorio federal, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporalmente, el libre ejercicio de sus

facultades legales o su formación o renovación en los términos y formas establecidas en la ley.” Asimismo, el art. 230 establece: “Serán reprimidos con prisión de uno a cuatro años: 1. Los individuos de una fuerza armada o reunión de personas, que se atribuyeren los derechos del pueblo y petitionaren a nombre de éste (art. 22 de la Constitución Nacional); 2. Los que se alzaren públicamente para impedir la ejecución de las leyes nacionales o provinciales o de las resoluciones de los funcionarios públicos nacionales o provinciales, cuando el hecho no constituya delito más severamente penado por este código”.

La afectación al valor democracia no es sólo contemplable desde la perspectiva penal. El sistema internacional de protección de Derechos Humanos y los sistemas regionales de protección parten de presupuestos para que los Derechos Humanos sean efectivamente realizables. Así, se identifican estas condiciones para los Estados: Auto-determinación, que el Estado sea un Estado de Derecho y Democracia. Hay un vínculo ontológico entre la democracia y los Derechos Humanos. Como sostiene Nikken: “La democracia se sustenta sobre valores y principios que la identifican y distinguen (...) Sin democracia no hay derechos humanos”, de tal manera que “la abolición de la democracia es la ablación de la soberanía popular y su usurpación por quien ejerza el poder del Estado por la fuerza de los hechos”.

Queda claro que la amenaza que el *lawfare* importa para la democracia es, por antonomasia, una amenaza contra los Derechos Humanos. Las descripciones de las acciones mancomunadas de los sujetos para cometer el *lawfare* se asemejan a aquellas que el legislador incorpora en el Título X, en aras de proteger el sistema democrático y las autoridades creadas por él. Y si bien hay un sujeto pasivo y víctima directa del *lawfare* no debemos ignorar esta otra cara del asunto: la afectación al sistema democrático y a los Derechos Humanos, por los daños invaluable que podría causar. Por ahora, el tipo penal que sugerimos no ha sido incorporado en esta sección del Código Penal. Pero seguramente sea momento de reflexionar, dialogar y consensuar un tipo penal que lo contemple. Es, al fin y al cabo, la manera de dejar en claro que tales conductas son disvaliosas y no pueden tolerarse.

Referencias

Arballo, Gustavo “¿Qué es Lawfare?” <https://chequeado.com/el-explicador/que-es-el-lawfare/>

Buompadre, Jorge Eduardo “Derecho Penal. Parte Especial. 2ª Edición Actualizada. Contexto Libros, 2019.

Nikken, Pedro. “Los presupuestos de los Derechos Humanos”. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32984.pdf>

Vegh Weis, Verónica. "El *lawfare* como golpe por goteo. Un análisis desde la criminología crítica sobre democracia, sistema penal y medios en Latinoamérica Revista de Pensamiento Penal. <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/89569-lawfare-golpe-goteo-analisis-criminologia-critica-sobre-democracia-sistema-penal-y>

Código Penal Argentino. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>

GUILLERMO FRANCISCO TORREMARE*

El *lawfare* como fuerza legitimante de un gobierno

Responsabilidad del Poder Judicial en su desarrollo

I

Todo gobierno democrático, por el hecho de haber sido votado por el pueblo, tiene legitimidad de origen.

Esa legitimidad debe mantenerse durante el desarrollo del mandato. Es una condición necesaria para ejercer realmente el poder.

Cada uno de los gobiernos argentinos elegidos a partir de la recuperación democrática se dio a sí mismo una idea fuerza para que funcionara como su motor legitimante, una idea que lo identificara, que lo justificara y que resultara popularmente convocante.

La valoración y defensa de la democracia fue la principal idea fuerza que legitimó al gobierno de Raúl Alfonsín.

Durante su campaña electoral supo transmitir mejor que cualquier otro candidato la necesidad de apuntalar la democracia, entendiendo a esta tanto en su carácter de forma de gobierno como también de proyecto de convivencia social. Y más allá de las valoraciones sobre su gestión, es innegable que la mayoría de sus actos de gobierno tuvieron en miras el resguardo del sistema democrático, acechado por los poderes fácticos, tanto económicos como militares y eclesiásticos.

(*) APDH Asamblea Permanente por los Derechos Humanos

El logro de la estabilidad económica, más allá de sus penosos resultados ulteriores, fue la principal idea fuerza que legitimó al gobierno de Carlos Menem.

Tal estabilidad fue un verdadero alivio luego de las recurrentes crisis hiperinflacionarias con sus variadas consecuencias disvaliosas para el bienestar popular. Fue así al punto de lograr apoyos desde variados y contradictorios sectores políticos, económicos y sociales, apoyos que en definitiva tributaron a su reelección.

El gobierno de la Alianza, si bien intentó mostrarse como baluarte de la honestidad republicana, no alcanzó a postular con claridad y decisión una idea fuerza legitimante. Su capital político se diluyó rápidamente y no tuvo otro destino que abandonar la administración estatal a mitad de su mandato.

La reconstrucción de un Estado activo y presente de la mano de un proyecto económico de raíz keynesiana, la convocatoria a la movilización popular como expresión política y la valorización de los derechos humanos y la lucha de las organizaciones que los sostuvieron en el tiempo, fueron las ideas fuerza legitimantes del kirchnerismo.

El desafío fue exitoso y ello le valió un notable apoyo popular coronado por la doble reelección del proyecto que, en base a hechos concretos, resistió el ataque de los mismos sectores concentrados que habían agobiado al gobierno de Raúl Alfonsín.

En todos los casos, las ideas legitimantes que cada gobierno enarboló fueron a favor del conjunto del pueblo. Las tres grandes experiencias de gobiernos postdictadura supieron entender la necesidad popular imperante y proponer medidas de gobierno para atenderlas.

El gobierno de la alianza Cambiemos, coalición con muy fuerte predominio del ascendente Pro en desmedro de la tradicional Unión Cívica Radical, rápidamente se mostró como contracara de lo mejor que había logrado el proyecto kirchnerista.

Achicó las prestaciones estatales sin disminuir el empleo público, subió las tarifas de los servicios esenciales manera exorbitante, desertó de sostener una política de sesgo productivista generando desocupación y marginalidad, abandonó toda acción en favor de los derechos humanos y desconoció la larga lucha de sus organizaciones, bastardeó al Poder Judicial mediante una política de premios a obedientes y castigos a díscolos. Terminó generando un alto y condicionante endeudamiento externo.

Más allá de la forma de presentación y comunicación de esa política global y coherente, es claro que desde el momento mismo en que fue pergeñada se tuvo en miras un único resultado deseable y posible, el beneficio de un sector muy pequeño de la sociedad y el perjuicio de todo el amplio resto.

Frente a tal proyecto, ¿cuál podría erigirse como idea fuerza legitimante del gobierno?

Solo una: desarrollar una política de lucha, con ribetes épicos, contra la pretensa corrupción de los funcionarios kirchneristas, y hacerla ver exitosa. Esta idea venía siendo desarrollada por las fuerzas integrantes del nuevo gobierno desde antes de asumir, mientras ejercían su rol de oposición política.

En ese propósito contó con la invaluable colaboración de los medios de comunicación predominantes, enemigos con causa de aquellos a quienes se perseguiría.

El terreno para enjuiciar y encarcelar a ex funcionarios estaba debidamente preparado. Antes del procesamiento los medios de comunicación dominantes los habían presentado como culpables frente a la sociedad. La trastienda de la idea fuerza del gobierno presidido por Mauricio Macri sería de fácil factura: armar causas judiciales, encargarlas a jueces amigos debidamente premiados y fundar una doctrina de excepción para apunlar las prisiones preventivas. Luego solo quedaría exhibir mediáticamente un imputado tras las rejas y hacer un discurso valorando la virtud republicana y la honestidad pública.

La persecución ilegal de ex funcionarios, convertidos en opositores, utilizando la estructura del Poder Judicial, fue mostrada como una ejemplar lucha contra la corrupción. Esta idea fuerza legitimante tuvo su momento de gloria toda vez que, con la ya aludida promoción mediática, interpeló, convocó e identificó a una parte muy importante de la sociedad.

En definitiva, el *lawfare* –que no es nuevo en nuestra historia ni en la Región– fue la idea fuerza legitimante del gobierno de Cambiemos.

II

La presidencia de Mauricio Macri llegó a su término. El pueblo le negó con elocuencia la posibilidad de otro mandato.

Con los nuevos tiempos políticos aparecen las noticias y las investigaciones que dan cuenta del funcionamiento de la “mesa judicial” de Cambiemos.

Los funcionarios del gobierno que la integraban ya no están. Varios están siendo investigados, uno de los más importantes tiene orden de captura. Es esperable que este proceso se profundice y lleguemos a conocer toda la verdad.

Lo que aún permanece incólume, el sector del Poder Judicial que se prestó obediente a gestionar el *lawfare*.

Más allá de algunos nombres propios, meramente instrumentales –Bonadío, Irurzun, Stornelli, Hornos, entre muchos otros– hay una responsabilidad insoslayable de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La Corte, que es una de las cabezas del poder del Estado, debe garantizar el cumplimiento de las normas que integran el bloque constitucional federal. No lo hizo –y no lo hace– desde el momento en que, por acción en unos casos y por omisión en otros, permitió que sus tribunales inferiores persigan y encarcelen arbitrariamente a opositores políticos.

“Que la Corte Suprema es un engranaje fundamental, institución clave del paisaje del Estado de Derecho y garante del funcionamiento y consolidación de la Democracia, está fuera de toda duda” señaló hace más de 20 años el destacado jurista Augusto Morello. (Morello, 1998: 311) Si bien la expresión tiene más entusiasmo que evidencia, nos hacemos eco de su pertinencia y necesidad.

La libertad y las garantías que los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y el ordenamiento nacional abastecen son tutela efectiva frente a lesiones o amenazas provenientes de donde fuere –del Estado, o de los particulares, involucrando entre estos a los poderes económicos– y configuran el núcleo duro de las obligaciones de un Poder Judicial que tiene en la Corte Suprema a su última y más destacada responsable.

Así ha sido visto por diferentes órganos internacionales que velan por la vigencia de los derechos y garantías consagrados en los diferentes pactos supranacionales con contenido de derechos humanos. Hay responsabilidad internacional del Estado cuando su Poder Judicial no cumple acabadamente con su rol. Son antecedentes de ello lo resuelto por el Comité de DDHH de la ONU en el caso David Alberto Campora de 1982, por la Corte Interamericana de DDHH, en el caso Lacayo vs. Nicaragua, de 1997, y por el Tribunal Europeo de DDHH en el caso Ruiz Mateos vs. España, de 1993.

Que hayan existido, que aún existan, presas y presos políticos, es responsabilidad última del Estado nacional, uno de cuyos poderes tiene en su vértice a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, titular de los deberes antes señalados y por lo tanto máximo responsable en la cuestión.

Someter a juicio político –e indagar en sus eventuales responsabilidades penales– a los jueces y a la jueza de una Corte Suprema de Justicia que por acción y omisión avaló el *lawfare* es decidir dar el primer paso para andar el modo más seguro y eficiente de garantizar derechos, y también de evitar que un plan criminal pueda volver a ser usado como idea fuerza legitimante de un gobierno democrático.

Referencias

Morello, Augusto M. (1998). Estudios de Derecho Procesal, tomo I (Buenos Aires: Abeledo Perrot)

LUIS KON*

El caso AMIA

Hay una enorme cantidad de procesos que tienen su origen en el accionar de la Mesa Judicial y el uso del *lawfare* por parte del gobierno cuya gestión finalizó en diciembre de 2019. Entre ellos, quizás el de la AMIA sea un de los más emblemáticos.

Entre otras motivos puede encontrarse la causa en que sus orígenes son más antiguos y comienzan con un atentado producido el 18 de julio de 1994, en la sede de esa organización mutual, que ocasionó 85 muertos y cientos de heridos. Su investigación estuvo orientada durante 27 años mucho menos al esclarecimiento de la verdad y la determinación de su autoría, que a utilizarlo como una herramienta de la geopolítica por un lado y de luchas internas dentro de nuestro propio país, por otro.

Por eso es necesario apuntar como una cuestión preliminar algunas instancias relevantes de este tema que están condicionadas por la matriz creada desde el día del atentado. O veinticuatro horas después para ser puntuales. Es más, si se analiza, se descompone y se investiga pormenorizadamente esa matriz, podrá advertirse que durante 27 años, desde 1994 hasta hoy, no se ha hecho más que reproducir ilegitimidades que fueron construidas alrededor de todo lo que desplegó en esos primeros días.

Y en ese marco podrá concluirse que lo que la Mesa Judicial hizo en este tema, no es más que una derivación de todas las distorsiones que los ilícitos cometidos en el ámbito del Poder Judicial y los Servicios de Inteligencia, complementados por sus soportes mediáticos, ejecutaron para que la impunidad sea el único desenlace previsible, teniendo a la vista una causa que ha ingresado en un estado de parálisis programada.

Un capítulo aún no clausurado de ese proceso, gira alrededor del Memorandum con Iran y de los efectos generados por el intento de avanzar en un proyecto de acuerdo con la Nación a la que pertenecían los sospechosos imputados para interrogarlos.

(*) Abogado. Ex Profesor de Ciencia Política en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Coordinador de la Comisión de Asuntos Jurídicos del Llamamiento Argentino Judío.

Analizando esa secuencia, se podría desenredar e iluminar bastante un recorrido diabólico, donde las falsedades, el cinismo y el desinterés por las víctimas ha obstaculizado la búsqueda de la verdad, en un nivel que respalda a aquellos que propagan la idea que no somos una nación seria, creíble, dotada de seguridad jurídica concluyendo en que Argentina no es un país normal.

Pero esa falta de normalidad no es fruto de una idiosincrasia nacional u orientación de las fuerzas políticas de extracción popular, como tendenciosamente se pretende a veces exhibirla, sino que tiene como génesis la presencia de intereses oscuros, mezquinos y poderosos, que se han beneficiado con esa patología.

Existen en el caso AMIA varios trabajos dedicados a desenmascararlos, obra de sólidos investigadores y ensayistas que han producido valiosos materiales a los cuales esta ponencia sólo pretende sumar un modesto aporte, (LUTZKY, Horacio, Brindando sobre los escombros, Sudamericana, 2012 – ELBAUM, Jorge, Efecto Nisman, Ediciones B, 2019 – entre otros)

La matriz

Los motivos que han impedido en un período que ya supera el cuarto de siglo, esclarecer el atentado a la sede de la AMIA son el resultado de una estrategia que desde el momento mismo en que se produjo, orientó su investigación de una manera paradójal.

Paradójal porque antes de investigar se resolvió por intereses ajenos a los derechos de las víctimas, a quien había que atribuirle la culpabilidad. Exactamente el proceso inverso a reglas básicas no solo del Derecho Penal y la criminología, sino también del orden natural de las cosas. Más adelante se darán detalles de esta forma de iniciación del proceso que a esta altura tiene un alcance difícil de mensurar para explicar a que se ha llegado hoy en el plano jurídico.

Puede brindarse una idea de este despropósito, considerando que una investigación realizada por periodistas del diario PERFIL en noviembre de 2006, computó 113.600 fojas y 568 expedientes de doscientas fojas cada uno, a los que debían sumarse 400 legajos de investigaciones conexas, más de mil paquetes con intervenciones telefónicas y registros de la SIDE (Redacción de PERFIL, 2006, Tocala de nuevo Nisman, Buenos Aires)

Un inmueble de tres o cuatro ambientes, sería necesario para depositar toda esa información, lo que brinda una idea de la acumulación de archivos que más que a iluminar la investigación parecerían destinados a oscurecerla o dificultarla.

En las declaraciones de alguno de los protagonistas de este proceso, puede hallarse una pista que lleve a encontrar las oscuras motivaciones que han ocasionado esas falencias.

Lapsus

Sigmund Freud consideraba los lapsus, fenómenos muy serios y no creía que fueran intrascendentes, como suelen aclarar al cometerlos, aquellos que no tienen horas de tratamientos, de uno u otro lado del mostrador. Y entonces no aceptan que en la vida, como en el ajedrez, ficha tocada es ficha movida.

Se trata de esas conductas donde en forma involuntaria, un pensamiento inhibido sale a la luz sorprendiendo al auditorio mucho antes que al emisor, quien se entera tardía e irreversiblemente del significado de sus expresiones. A las que a veces en forma desesperada quiere enmendar expresando que quiso decir otra cosa. (LACAN, El Seminario, Los escritos técnicos de Freud, Paidós)

Exactamente eso le pasó al abogado Jorge Knoblovitz, actual presidente de DAIA cuando en el año 2013, junto con otros dirigentes entrevistó al canciller Timerman y al Secretario de Culto, Guillermo Oliveri, para discutir los alcances del Memorandum aprobado por el Congreso de la Nación. Medida que al día siguiente del retorno a la Argentina del canciller, luego de su firma, había avalado en una reunión que mantuvo con otros directivos y familiares que tenían esperanzas un tanto limitadas pero favorables a que el intento diplomático rindiera algún fruto.

Entre otras cosas, en ese proyecto se abordaba la posibilidad de que el juez de la causa, Canicoba Corral, junto con el fiscal Nisman, viajaran a Teheran a interrogar a los imputados.

En medio de un intercambio sobre la conveniencia y las oposiciones a la iniciativa, expresó el entonces secretario de DAIA: **-“Si Canicoba Corral va a Irán y le dicta a los acusados la falta de mérito porque la prueba no alcanza.....De qué nos disfrazamos..?”**

Que había debajo de ese verdadero espasmo de sinceridad?

Lo sabía muy bien otro personaje presente, Julio Schlosser quien concurría a esa reunión como Presidente de Daia y fulminó a Knoblovitz con una mirada destinada a que no continuara con esos razonamientos, al igual que el vicepresidente Waldo Wolf (–hoy diputado de Cambiemos– que se mantenía en silencio.

A pesar de ese discreto reproche, Schlosser había incurrido antes en otro sincericidio, alegando: “Los muertos ya están muertos, hay que pensar en los vivos.”

En estas insensibles confesiones, mezcla de ingenuidad y crueldad emparentadas, puede encontrarse una de las claves por las cuales el atentado continua sin esclarecerse.

Y es necesario mencionar estos antecedentes de comportamiento de directivos de DAIA porque años después, al conjugar su conducta con la Mesa Judicial y algunos magistrados cooptados para sus propósitos, volvieron a trabarla investigación del trágico suceso, desplazando el procedimiento hacia la persecución de dirigentes políticos.

Baja legitimidad de la representatividad

Para mensurar estos comportamientos es necesario aclarar que la institución que se autoatribuye la representación de la colectividad judía argentina, no tiene una dirección colegiada fruto de elecciones donde participan aquellos por los cuales dice hablar. (www.daia.org.ar)

En parte porque la misma constituye un colectivo heterogéneo, con distintas miradas sobre la política, la cultura, la educación y otras tantas manifestaciones existenciales de una comunidad.

Y también, porque no son personas físicas las que eligen a estos directivos. En realidad la comisión directiva de la DAIA es ungida por aproximadamente ciento cincuenta instituciones variadas (colegios, clubes, mutuales, barrios cerrados, countries, entidades de fomento y asociaciones civiles a veces extinguidas) coincidiendo a veces mandatarios que figuran como apoderados de más de una. O sea que entre menos de cien mandatarios, eligen a un staff que luego formula declaraciones o se dirige a las autoridades del país, como si hablara en nombre de todos los argentinos judíos.

Eso le permitió conducirse desde la perpetración del atentado hasta la fecha con un protocolo que no solo no ha impulsado medidas para esclarecerlo, sino que ha contribuido a encubrir a sus autores construyendo una pista falsa, se ha dedicado a obstaculizar la investigación y orientarla hacia un terreno carente de resultados, para utilizar ese entramado según sus estrategias locales y la subordinación a intereses geopolíticos del Estado de Israel y sus aliados en el plano internacional.

La DAIA, en las últimas décadas ha visto involucrados en procesos por el encubrimiento de la autoría del atentado, vaciamientos financieros y defraudaciones bancarias a parte de su dirigencia, comenzando por su Presidente Ruben Beraja. (2003, "Beraja se presentó detenido" *Diario Judicial*, 29/12/2003, Bs. Aires)

Todas las organizaciones que representan a la mayoría de los familiares (Memoria Activa, 18 J y APEMIA) no solo han tomado distancia de la institución, sino que la han denunciado penalmente por esa política. (2016, "Sobre la apertura de la denuncia de Nisman," *Boletín de Memoria Activa*, 29/12/2016, Bs. Aires)

Ha transitado también situaciones farandulescas y vergonzosas que dan cuenta del perfil de su dirigencia, como las que motivaron la renuncia de Presidente Cohen Sabban. (2018, "Esmeralda Mitre contó en detalle el acoso", *La Nación*, 7/5/2018, Bs. As.), justamente el firmante de la querrela destinada en diciembre de 2016 a reactivar el procedimiento.

Lo cierto es que esta última etapa del caso AMIA, girando alrededor de la impugnación del Memorandum, puede decirse que comenzó con los desacertados comentarios de la dirigencia en esa entrevista celebrada para abordar las derivaciones del intento diplomático.

Esto sucedió, porque cuando el canciller Hector Timerman, decide avanzar en la investigación del atentado o sacar el proceso del estado de parálisis en que se encontraba, como ya se ha apuntado, exploró con anticipación a los directivos de DAIA, AMIA y organizaciones de familiares, obteniendo su aprobación.

Es más. Reiteramos que apenas retornó del exterior, anunció rodeado de esos dirigentes, la suscripción del acuerdo y su remisión al Congreso para la ratificación.

No con mucho entusiasmo que tampoco era el que albergaba la Cancillería, sino con la idea que era mejor que el estancamiento y representaba una vía para aportar un respaldo a las decisiones del Juez y el Fiscal a cargo de las investigaciones. Enviarlos a Teheran para obtener declaraciones de los imputados, importaba un paso decisivo en el procedimiento.

Por otra parte, tenía también el aval del Departamento de Estado estadounidense, que en ese entonces había iniciado junto con la Unión Europea, auspiciado por la táctica del presidente Obama, un intento de arribar a un acuerdo de desnuclearización con Iran, alejando el peligro de un conflicto bélico que agitaban sectores del Pentágono y la derecha republicana.

En ese marco, cuando se firma el Memorandum, DAIA le ratificó el apoyo anticipado en los meses anteriores, cuando el secretismo imponía reservas sobre una negociación tan comprometida. (2017, "El día en que la DAIA apoyó el Pacto con Irán", *Noticias*, 20/12/2017, Bs.As)

Setenta y dos horas duró ese comportamiento.

Pasado ese lapso, sorpresivamente, la dirigencia sale a controvertirlo con cargos que con el tiempo llegaron a aludir a complicidad con el terrorismo, encubrimiento, impunidad para los autores, levantamiento de alertas rojas, inconstitucionalidad del futuro tratado, traición a la patria y otras descalificaciones que no dan cuenta de los motivos reales de esa decisión, totalmente alejados de los que hipócritamente esgrimían.

Los motivos reales

Estos motivos eran básicamente cuatro.

El primero derivaba de que para la política exterior israelí, la confrontación con IRAN era el eje de una estrategia y un acuerdo como el que se estaba gestando iba a contramano de esos propósitos. A través de la Embajada, puede suponerse que la DAIA recibe la orden de subordinarse a esos designios, instrucción que cumple verticalmente como ha sucedido con otras de ese carácter. Por eso, como se ha explicado antes, los directivos los eligen muy pocos, con pactos nunca difundidos. Nadie llega a dirigente de DAIA por

una elección abierta donde participe la colectividad judía y la misma no participa de debates que respalden decisiones tan relevantes como denunciar a una Presidenta, un canciller y demás funcionarios que implicaron en esta verdadera aventura.

Para computar la importancia de esta primera motivación, puede contemplarse que dos años después, el primer ministro israelí, Netanyahu, en el Congreso de EEUU, en una sesión plenaria, a propuesta de la bancada republicana, emitió un discurso crítico a la política del gobierno de OBAMA, rompiendo todas las tradiciones parlamentarias ya que no tenía precedentes que un jefe de Estado extranjero, atacara las decisiones del gobierno local, en los recintos de la sede legislativa. Es más. Sólo Winston Churchill había gozado de ese privilegio, como jefe de Estado extranjero, pero para avalaren 1941, la política del ejecutivo estadounidense. (2015, Carlos Chirinos, BBC MUNDO)

Viene a cuento esta consideración para registrar que si eso hacía el gobierno de Israel con la potencia más poderosa del planeta, que poco podía costarle complicarle la vida a la cancillería argentina, que sostenía una política pacifista en esa materia, más afín a la que proyectaba el partido gobernante en EEUU en 2013, el Partido Demócrata.

El segundo motivo es que desde julio de 1994, cuando un enviado de RABIN acuerda con MENEM, 48 horas después del atentado, que hay que responsabilizar a IRAN y descartar la pista siria, estas razones geopolíticas condicionan toda la investigación. Como se dijo, se eligió primero un culpable y después se inició el proceso de encontrar o construir pruebas.

Hay un cable enviado desde la embajada argentina en Israel el 19 de julio de 1994, que textualmente expresa que **“para el gobierno israelí es importante coordinar con el nuestro versión coincidente del atentado, principalmente por impacto tendrá manera de presentar la cuestión ante opinión pública israelí...”** Lo suscribe el embajador Otegui.

Este es un ejemplo del grado de anestesia sobre el comportamiento crítico, que genera el *lawfare*. A 24 horas del atentado, los jefes de dos Estados involucrados, no declaran que van a unir esfuerzos para investigar la autoría sino para dar una **“versión coincidente del atentado..”** y expresan desaprensivamente que esa es la “manera de presentar la cuestión”. (1994, AMIA, Diario del Juicio, “juicioamia.infosjusnoticia.gov.ar”, Bs. Aires)

Como si se tratara de promocionar una obra de teatro y no de buscar a los responsables de un acto terrorista, que ya contaba a esa altura con decenas de muertos y cientos de heridos.

Esa fue la confabulación de RABIN, MENEM, varios de sus ministros y sus embajadores.

A eso se refiere Schlosser, el Presidente de DAIA, cuando discurre acerca de que los muertos ya están muertos y hay que ocuparse de los vivos. Ocuparse de los vivos es

“**coordinar con el nuestro versión coincidente.:**”, como reza el cable y con esas restricciones investigar el atentado.

Cuando se pretenden buscar explicaciones para las causas por las cuales se desvió durante diez años el procedimiento hacia una pista falsa, se encarceló a una banda de policías que luego fue absuelta totalmente, se terminó procesando al Presidente Menem, al juez Galeano, fiscales, jefe de policía, Beraja y otros, hay que arrancar de ese cable que fue el punto de partida de la simulación exhibida como investigación del atentado.

El tercer motivo y con más contundencia, lo expresó Beraja en 1998 cuando dijo: “nosotros no podemos actuar como los familiares...” agregando que “hay que entender cual es la política del Estado de Israel frente a este evento...”

Son palabras vertidas en el discurso realizado en el Primer Congreso Cultural Judeo Latinoamericano, en Caracas en marzo de 1998.

Cerrando con una expresión concluyente acerca de que más importante que el dolor de los familiares, era “tratar de comprender que estamos **frente a un tema de política internacional**” (2009, Brauner, Susana, “Identidad y modos de participación política: los judíos argentinos de origen sirio en los 90”. Bs.Aires)

Y que en vez ocuparse de los muertos había que atender las razones de Estado del gobierno de Israel y la estrategia de los sectores republicanos, los halcones de la política exterior de EEUU. O sea un “tema de política internacional”

En esa línea, el sincericidio de Knoblovitz es coherente. Los interrogatorios y las conclusiones de la prueba podían llevar a exculpar a los iraníes o por lo menos a esos funcionarios y no era cuestión de que la verdad develada en el juicio, se llevara por delante una estrategia sin sustento probatorio pero muy bien sostenida durante veinte años.

Diez años dedicados y malogrados con autores inexistentes y otros diez con un proceso paralizado y subordinado a reclamos diplomáticos rituales en los foros internacionales para que Iran accediera a entregar a los presuntos autores del atentado.

Hay un cuarto elemento que no se suele destacar adecuadamente y radica en que los elementos que vinculaban a IRAN continuaban siendo confusos e incluso habían provocado la liberación de un diplomático de esa nacionalidad, detenido durante 15 días en Gran Bretaña, que no solo fue exculpado sino que obligó al pago de una indemnización de ciento ochenta mil libras al gobierno de Teheran. Un desenlace que importó un verdadero desprestigio jurídico y diplomático para nuestro país.

Un análisis cuidadoso de este incidente hubiera podido definir hace casi dos décadas el curso que debía seguir la investigación.

Por ello vale la pena detenernos en el mismo.

El 21 de agosto de 2003, el comisario Rubén Di Nizio, jefe de Interpol en nuestro país, informó al juez federal que Hadi Soleimanpour ex embajador de Iran en Argentina al tiempo del atentado, había sido arrestado en la ciudad inglesa de Durham y remitido a una dependencia policial de en Londres.

El detenido, pese a conservar su situación de funcionario diplomático no había sido acreditado como tal en el Reino Unido, donde ingresó con visa de estudiante, enrolado en el Instituto de Estudios Islámicos de la Universidad de Durham.

Inmediatamente, asistido por su abogado, compareció ante los tribunales británicos, a la llamada "audiencia de reconocimiento", primer paso hacia la eventual extradición a la Argentina.

El juez Workman le comunicó que quedaría detenido por lo menos hasta el 29 de agosto, fecha de una nueva audiencia en la que el tribunal decidiría concederle o denegarle el beneficio de la libertad provisional.

¿Que podía pasar a esta altura ante una detención tan espectacular y que podía producir un vuelco decisivo en el proceso judicial?

Nuestro país y Gran Bretaña tienen firmado un tratado para extradiciones aprobado en 1889 por ley 3043. El mismo textualmente establece en su art. 10 lo siguiente: " Puede aprehenderse a un criminal fugitivo en virtud de un mandato de prisión dictado por cualquier juez de instrucción o de paz, u otra autoridad competente en cualquiera de los dos países, mediante aquellas pruebas, informes o denuncias y aquellos procedimientos, que en la opinión de la autoridad que dé el mandato, justificarían análogo mandato si el crimen se hubiera cometido o la persona hubiera sido condenada, en aquella parte de los dominios, de las dos partes contratantes donde ejerza jurisdicción el juez de instrucción o de paz, u otra autoridad competente, bajo la condición, sin embargo, que en el Reino Unido el acusado ha de ser remitido, en tal caso, a la mayor brevedad, a Londres a disposición de algún juez de instrucción. De conformidad con este artículo el acusado será puesto en libertad tanto en la República Argentina como en el Reino Unido, si dentro del plazo de treinta días no hubiera hecho una requisitoria para la extradición"

A su vez, el artículo 14 del Tratado establece: "Si no se exhibiera testimonio bastante para la extradición dentro de los dos meses después de la fecha en que se aprehendió al fugitivo (o dentro del nuevo plazo que designe el Estado requerido o el correspondiente Tribunal del mismo), el fugitivo será puesto en libertad".

Estos fundamentos no se presentaron adecuadamente en ningún momento. Mientras tanto la detención afectó seriamente las relaciones entre Argentina e Irán, que quedaron al borde de la ruptura. El 23 de agosto, el encargado de negocios de nuestro país en Irán se reunió, a requerimiento de la cancillería iraní, con el director de América del Sud y con el director general de las Américas.

En sustancia, estos funcionarios reprocharon al gobierno argentino

1. no haber respondido a una propuesta de enviar un equipo de juristas iraníes a Buenos Aires para analizar la situación.
2. Cuestionaron la decisión judicial de pedir la detención de quien, como Soleimanpour, había sido "artífice de un aumento sensible de las relaciones culturales, políticas y económicas entre los dos países en su momento".
3. Sostuvieron a rajatabla la inocencia de Soleimanpour. - Insistieron en que su gobierno, totalmente ajeno al atentado, siempre lo había condenado, exteriorizando su voluntad de cooperar con la Justicia argentina.
4. Advirtieron sobre la gestación de un "ambiente hostil" por parte de la opinión pública y de otros organismos, que podría terminar presionando por una ruptura de relaciones, de la que ellos no eran partidarios.

Ante el incumplimiento del juez Galeano, el 12 de septiembre la Corte de Londres, liberó a Soleimanpur. (2003, Londres puso fin al caso Soleimanpour, Diario Judicial, 12/11/2003, Buenos Aires)

Se impusieron esas elevadas costas mencionadas al gobierno argentino y se desarticuló una más de las maniobras del *lawfare* en la causa AMIA.

Otros antecedentes

Existen otros antecedentes previos al Memorandum que dan cuenta de las irregularidades verificadas a lo largo de este proceso.

Uno de ellos se vincula a las dos etapas cumplidas en la investigación cuando estuvo a cargo del juez Galeano y los fiscales Eamon, Barbaccia y el propio Nisman diferenciándola de la tramitada ante el juez Canicoba Corral, permaneciendo Nisman en la fiscalía.

La primera etapa va desde julio de 1994, o sea desde el atentado hasta el fallo del 29 de octubre de 2004, del Tribunal Oral Federal 3, que anula todas las actuaciones y absuelve a los acusados contra los cuales se montó una pista falsa.

En lo que se refiere a la llamada pista iraní, Galeano emitió un fallo que dió por acreditada la responsabilidad, en el acto terrorista, de "elementos radicalizados de la República Islámica de Irán" dispuso también órdenes de captura nacional e internacional respecto

del ex consejero cultural de la embajada MohsenRabbani y de quien fue correo diplomático en 1994, BaratAlíBaleshAbadi, Ordeno asimismo renovar una orden análoga –pendiente desde 1994– contra el ciudadano iraní Alí Akbar Parvaresh y librar exhortos diplomáticos requiriendo, a título de colaboración, informes relativos a los movimientos de ingreso y egreso del territorio argentino, en los meses inmediatamente anteriores y las semanas posteriores al atentado, de numerosos diplomáticos y funcionarios iraníes, entre ellos el embajador HadiSoleimanpour.

Después sumó otras dos órdenes de captura, destinadas, como las anteriores, a que los sospechosos –los también iraníes AlíFallahijan e ImadMoughnieh– fuesen remitidos, incomunicados, a la sede del juzgado para recibirles declaración indagatoria.

Posteriormente, el magistrado emitió nuevas órdenes enderezadas a la captura nacional e internacional de los iraníes HadiSoleimanpour, Ahmad Reza Asghari, Hossein AlíTabrizi, Masoud Amiri, Seyed Yousef Arabi, Ahmad Alamolhoda, Mahmoud Monzavizadeh y Saied Baghban. Sobre el desenlace de la acusación a Solemainpur ya se ha realizado una mención en el capítulo anterior.

Los elementos indiciarios reunidos hasta aquel momento eran utilizados para sostener como presunción, que la embajada había sido utilizada inicialmente como centro de inteligencia para procesar los datos destinados a seleccionar el blanco del ataque terrorista, y para encubrir luego a quienes, como los correos diplomáticos, vinieron a organizar las tareas operativas. Ello conformaba, a juicio de Galeano, “un plexo probatorio e indiciario suficiente” para pedir la aprehensión del ex embajador Soleimanpour como presunto partícipe necesario en la realización del atentado.

La justicia británica, como ya se apuntó rechazó con rotundos fundamentos esta imputación.

Es importante destacar que en los considerandos de la resolución, el juez recordó que pocos días después del luctuoso acontecimiento el gobierno iraní rechazó, ante el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, las versiones relativas a su propio involucramiento, ofreciendo plena cooperación y asistencia para esclarecer el hecho.

En un programa periodístico televisivo con llegada a una audiencia muy numerosa, el embajador Soleimanpourdeclaró en Buenos Aires, el 26 de julio de 1994, que su país y él personalmente repudiaban el atentado y prestarían efectiva cooperación a fin de establecer culpas y responsabilidades. Algo más tarde, el encargado de negocios Mohamed Tabatabaei prometió “la buena voluntad” de su gobierno “de brindar la colaboración que se requiera a Irán para la investigación del atentado contra la AMIA expresando su convencimiento de que las autoridades de su país prestarían a la Justicia argentina una cooperación tal que despejaría cualquier sospecha infundada respecto de la participación de Irán en el vituperable crimen.

El 10 de agosto de 1994 el gobierno por los canales diplomáticos adecuados, solicitó formalmente al de la República Islámica de Irán que auxiliase a las autoridades judiciales argentinas para asegurar el comparendo de las personas cuya declaración indagatoria requiriera el juez de la causa, contribuyendo así a identificar y sancionar a los autores materiales del hecho. Específicamente solicitó la permanencia en el país de los funcionarios de la misión diplomática iraní, a fin de contar con su colaboración en la dilucidación de los hechos a cargo de los magistrados judiciales competentes. La cooperación de las autoridades iraníes con la Justicia argentina –advirtió– permitiría seguir manteniendo normales relaciones entre los dos países; “la gravedad del atentado terrorista, en el que murieron decenas de personas inocentes y hubo que lamentar centenares de heridos”, en cambio, “haría injustificable cualquier reticencia en el suministro de toda la información de que puedan disponer [el gobierno y los funcionarios iraníes] cualquiera sea su rango o calidad que invistan [. . .]”. La respuesta de las autoridades iraníes no se hizo esperar. En 48 horas se supo que, para el gobierno iraní, la nota del canciller argentino había resultado “muy insultante” por afectar su soberanía y su inmunidad. Mediante cartas rogatorias cuyo diligenciamiento se canalizó por vía diplomática, el magistrado argentino requirió al gobierno de Irán la colaboración indispensable para el progreso de la instrucción.

En ese proceso se encontraba cuando se produce primero el episodio ya apuntado que finalizó con el rechazo a la extradición de Solemainpur y su liberación. Pocos meses después se produjo la anulación de toda esa etapa del proceso, la absolución de los acusados y el inicio de una causa por encubrimiento contra el juez y otros involucrados, a la cual ya se ha hecho referencia.

La segunda etapa tiene un punto de inflexión en el año 2006, luego de la destitución y procesamiento de los fiscales Mullen y Barbaccia, como derivación de la nulidad del procedimiento. Quedó indemne el fiscal Nisman quien se puso a cargo de una Unidad Fiscal creada para atender la causa. El mismo presentó un dictamen que fue convalidado por el juez Canicoba Corral, por el cual acusó como autores del atentado a varios funcionarios del régimen iraní.

Luego de varios y prolongados intercambios, el 22 de octubre de 2008, el gobierno iraní rechazó la orden de captura dictada por la justicia argentina, contra los funcionarios a los que se atribuía responsabilidad penal en el atentado a la AMIA del 18 de julio de 1994.

El conjunto de pruebas que presentó Nisman para acusar a los iraníes derivaba de indicios y fue siempre muy inconsistente. Los que le aportaban pruebas eran disidentes y opositores del gobierno iraní que a su vez no habían sido testigos de nada sino que hablaban por dichos de terceros. La oposición de Nisman al Memorandum de Entendimiento, a la luz de lo que pasó tanto en los años anteriores a su muerte como en los posteriores, no deja dudas de que temía que un avance con indagatorias o declaraciones

testimoniales, podía develar la debilidad de la argumentación con la cual había pedido las órdenes de captura. Su principal apoyo no era la matriz probatoria que sostiene la actuación de un fiscal, sino el respaldo de los servicios de inteligencia de Israel y EEUU, sumados a la subordinación que tenían a su vez con estos sus homólogos argentinos y en particular Jaime Stiuso, con quien trabajaba más bien como un subordinado que en tándem como generosamente alguna vez se dijo.

El avance del Memorándum podía terminar con Nisman destituido y tal vez procesado, dado el enriquecimiento ilícito que se exteriorizó después de su muerte, que no sólo lo afectaba a él sino que complicaba seriamente a sus familiares más cercanos.

En esa línea, atacar al Memorandum y elaborar la imputación que culpabilizaba a la Presidenta, al canciller y otros implicados representaba una diabólica forma de defenderse atacando, utilizando toda la articulación geopolítica que siempre rodeó a la causa AMIA y algunas de sus protagonistas mayores (Patricia Bullrich, Laura Alonso, Jaime Stiuso). En un tramo decisivo de ese proceso recién iniciado, se le cayeron varias piezas. Entre los rechazos de los juzgados intervinientes y los silencios de quien deberían haberlo fortalecido, se desmoronó la denuncia sobre la que debería haber declarado ante la comisión bicameral, antes de su trágico final, con serios indicios que autorizan a concluir que se suicidó.

Esa denuncia, desestimada en el año 2015 luego por dos instancias judiciales con sobrados fundamentos, es la que arbitrariamente desenterró la DAIA para generar con la complicidad de dos magistrados, la reactivación artificial de la misma.

Era el fallo del juez Rafecas, que desestimaba la aventurada y temeraria denuncia del fiscal Nisman. Posteriormente confirmado en segunda instancia y pasado en autoridad de cosa juzgada.

Actualmente hay un fallo del Tribunal Oral en lo Federal No. 8 que absuelve a todos los acusados.

Como para confirmar que los elementos del *lawfare* se mantuvieron a lo largo de este desgraciado procedimiento, la sentencia analiza veinticinco visitas que los camaristas en forma oculta, realizaron a la residencia oficial del Presidente Macri en Olivos y a la Casa Rosada, en fechas ligadas al desarrollo de la reactivación de esa denuncia. También la relación familiar de uno de ellos (Borinsky) con uno de los letrados de la querrelante y la falta de excusación de uno y otro (Hornos) cuando en anteriores procesos entre 2011 y 2013, así lo habían exteriorizado.

En las consideraciones de la sentencia, se analiza como prueba documental, un acta de la Comisión Directiva de DAIA que da por probado el interés del Presidente Macri en el caso por una entrevista mantenida con los dirigentes de la entidad. Temperamento

corroborado cuando al dictarse la reapertura de la causa, Macri felicita públicamente a los magistrados. Conducta inédita que solo pudo naturalizarse periódicamente, por la influencia que el *lawfare* ha alcanzado en nuestra perturbada existencia democrática.

Conforme estos vínculos comprobados, puede sostenerse como lo indican los camaristas, que de conocerse estas conspiraciones los imputados hubieran tenido sobrados motivos para recusar a los jueces Borinsky y Hornos, que hoy se encuentran encausados en sendos procesos penales ya promovidos.

Hay mucho más para decir sobre este fallo, pero lamentablemente excedería totalmente los límites fijados para esta ponencia.

El autor de la misma, junto al Dr. Horacio Lutzky, patrocinó y representó a la Asociación Civil Llamamiento Argentino Judío, aceptada como *amicus curiae* por el Tribunal y cuyas argumentaciones, expresión del sentir de sectores progresistas de la colectividad local, fueron contempladas en el fallo.

Esa sentencia, resulta muy alentadora para quienes luchamos para la recuperación del Estado de Derecho y abriga esperanzas para que en un tiempo no muy lejano, pueda enterrarse el *lawfare* en la historia de las patologías jurídicas, llevarle flores y que en paz descanse.

Mesa 15

Propuestas normativas

Maximiliano Rusconi

MAXIMILIANO RUSCONI*

La revisión de las decisiones ilegítimas en el marco del *lawfare*

La realidad judicial en nuestra región. La crisis del derecho penal

América Latina vive horas muy difíciles. Escenarios políticos muy complejos y en ocasiones reflejando cierta incapacidad para siquiera explicar las tensiones sociales, universos comunitarios muy fragmentados, instituciones muy debilitadas en cuanto a su aceptación y respeto comunitario, y caminos de violencia en los modelos de control formal estatal que ni siquiera reconocen los límites propios del sistema regional y universal de derechos humanos. En definitiva en algunos países más que en otros, pero

(*) Doctor en Derecho (UBA). Profesor titular de Derecho Penal y Procesal Penal (UBA).

Miembro del Comité Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo. ex Profesor Visitante de la Universidad Autónoma de Madrid. Profesor Honorario de la Universidad San Martín de Porres (Lima, Perú).

Ex Fiscal General de la Procuración General de la Nación.

Ex Funcionario de la Misión de las Naciones Unidas para la Protección de los Derechos Humanos en Guatemala (Minugua).

Ex Asesor del Ministerio de Justicia, de la Procuración Penitenciaria y de la Presidencia de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados (Argentina). Latinoamericano de Investigación del Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Georg-August Universität Göttingen, Alemania, bajo la Dirección del Prof. Dr. Kai Ambos. (Lateinamerikanischen Strafrechtswissenschaftlichen Arbeitsgruppe Göttingen).

Ex Sub-Director del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. (2011/2013). Ex Director Académico del Campus Virtual de capacitación de la Asociación Pensamiento Penal (www.appcampus.com.ar).

Miembro fundador e investigador permanente del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de la República Argentina.

Codirector del Instituto de Derecho Penal del Colegio de Abogados de la Provincia de Neuquén.

Integrante del consejo de redacción de la Revista "Justicia Penal y Sociedad", Guatemala.

Integrante del Consejo de redacción de la Revista "Pena y Estado", dirigida por el Prof. Juan Bustos Ramírez (Chile).

Integrante del Consejo de Redacción de la Revista "Nueva Doctrina Penal", dirigida por los Profesores Julio Maier y David Baigún.

Miembro del Consejo de Redacción de "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal" de la Editorial "Ad-Hoc".

nuestra región atraviesa una realidad de enorme desigualdad social, de dura violencia institucional y de ausencia del Estado de Derecho.

Antes que nada debo celebrar este evento en épocas en las cuales corremos serios riesgos de que el sistema de protección propio de los DDHH anule su resguardo y deje de cumplir su misión esencial: la protección de los más débiles, la garantía de la libertad en aquellos que no tienen chance de ganarle a los poderosos por los caminos individuales y no comunitarios.

Yo en esta ocasión quisiera poner en relación dos ideas que parecen que corrieran por andariveles separados, y que sin embargo están presentes ambas en nuestra realidad regional cotidiana y reflejan lo más trágicos de nuestras realidades sociales.

En primer lugar la renovada tendencia a implementar en nuestra región y quizá en todo el mundo, modelos de gestión socioeconómico y político que subrayen ecuaciones donde un conjunto de ricos ganen todavía más y una enorme cantidad de personas protagonicen las escenas más trágicas y de impotencia de la pobreza y el hambre.

Al mismo tiempo una utilización cada vez más creciente de la persecución jurídico penal a efectos de dominar los destinos políticos de nuestros países.

Estos dos escenarios no aparecen con ese nivel de protagonismo de modo casual. Veamos:

Crisis moral y selectividad

La crisis del derecho penal parece ser un dato consustancial a ese sector del sistema judicial casi desde su mismo nacimiento como modelo de control social. El sistema penal siempre ha sufrido una crisis operativa (sólo tramita un número menor de los delitos cometidos y que en su gran mayoría no son conocidos por el sistema penal), una crisis de legitimidad social (no representa las preocupaciones sociales), una crisis de gestión (sus decisiones tardan años y están lejos de ser de calidad procesal) y, entre otras, una crisis de eficacia (de los casos ingresados al sistema solo llegan a la etapa de Juicio oral, un porcentaje cercano al 10 %). Estos datos verdaderamente decepcionantes han sido parte constitutiva del sistema de justicia.

Pero hay otra dimensión de esta crisis que ha atravesado todas las épocas y de un modo lamentablemente protagónico: una crisis ética, vinculada a la vigencia del principio de igualdad ante la ley, que se expresa en un funcionamiento esencial y dramáticamente selectivo. Por lo menos desde comienzos del siglo XX el derecho penal de toda la región ha sido selectivo. Esa selectividad, sin embargo, ha tenido dos etapas que expresan criterios diversos y un impacto diferentes en el tejido social e institucional.

Entre los primeros años del siglo XX -en particular desde las dos primeras décadas- y hasta la finalización de este siglo (de 1920 al 2000), esa selectividad debe ser leída, por lo menos en nuestra región, en el sentido de perseguir esencialmente a sujetos pobres o vulnerables

desde un aspecto socio-económico. Una recorrida por los establecimientos penitenciarios por toda América Latina demuestra éste extremo con imágenes conmovedoras y que han debido interpelar a los Juristas que tienen cierta sensibilidad humana e institucional. Durante estas décadas se instaló en América latina -de México a la Antártida- (salvo algunas primaveras estrictamente localizadas), un conjunto de gobiernos de extrema derecha, derecha, centro derecha, liberales (en el peor sentido), de capitalismo salvaje y, en los casos más trágicos mediante procesos dictatoriales ejecutados por gobiernos de facto que instalaron modelos económicos que inevitablemente generaron un conjunto cada vez mayor de excluidos. Se trataba de sujetos que no podían sumarse al mercado laboral, o habían sido expulsados de él, que no tendrían ninguna posibilidad de inserción social integradora y que ponían en riesgo “la propiedad privada de los exitosos” y la paz social de los “integrados”.

La pobreza, la exclusión, generaban la excusa social para la persecución, criminalización y el consecuente encierro. La excusa generó una doctrina acorde: la doctrina del estado peligroso, surgida de las entrañas del positivismo criminológico italiano, pero transformada de la original perspectiva clínica a la social. El derecho penal disciplinaba la pobreza que generaban los gobiernos de derecha auspiciados por los centros del poder conservadores de los EEUU.

Promediando el siglo, la criminología liberal surgida de movimientos intelectuales anglosajones (teorías del etiquetamiento, de los contactos diferenciales, etc) y la criminología crítica de origen marxista emanada del pensamiento sociológico latinoamericano, de diversos modos, denunciaron estos fenómenos de selectividad social o que aquí llamaremos de “primera generación”.

Ahora bien, la región ostenta un notable cambio de la tendencia ideológica de los gobiernos de los países latinoamericanos a partir del nacimiento del siglo XXI. En Argentina, Uruguay, Ecuador, Brasil, Venezuela, Bolivia, algunos países centroamericanos y en menor medida en Chile, se instalan en cambio gobiernos de mayor sensibilidad social, mayormente integradores, populares, de mayor compromiso comunitario. Estos procesos estuvieron liderados por un conjunto de líderes de tendencias ideológicas acorde, de ONGs, grupos de reflexión y debate, de enorme influencia y que posibilitaron que estos modelos ideológicos y políticos dominen durante casi dos décadas a la región.

En los últimos años notamos que el sistema penal suma, bajo la música de combatir estas tendencias, un criterio selectivo de segunda generación: la persecución penal de aquellos líderes políticos, ideológicos, de opinión, que han sido parte de este cambio de clima. El sistema penal regional ahora persigue, castiga, encierra a quienes han liderado este cambio político.

El derecho penal disciplinaba, bajo el mismo patrocinio regional de los EEUU, a los procesos políticos: “nunca más gobiernos de centro izquierda o de impronta popular”, sería la consigna no escrita de cada expediente penal en trámite. Las excusas son las previsibles, “lucha contra la corrupción”, “asociaciones ilícitas”, etc. La construcción de un discurso, de un relato,

cohesionado, unificado en cada uno de los trámites y en diversos países puede verificarse. Claro que para la primera selectividad alcanzaba con modelos bastante burdos. edictos policiales y, como dijimos, doctrinas peligrosistas congeniaban para ese encierro de la pobreza.

En cambio para esta selectividad de segunda generación se requiere un sistema más “integral”, en mayor medida sutil, pero también posiblemente mas dañino para el sistema republicano.

Se requiere un estado dispuesto a realizar las tareas de inteligencia ilegal, monopolios comunicacionales encargados de darle apariencia de legitimidad al origen de la información, fiscales y jueces con doble vara, aceptación generosa de la información que llega sorpresivamente y de modo anónimo, un uso indiscriminado de la prisión preventiva, multiplicación hasta el infinito de las mismas imputaciones para lograr que “toque” un juez dispuesto a asociarse a la persecución (forum shopping), un poder ejecutivo que de modo descarado estipule la agenda de los jueces y fiscales dóciles, organismos institucionales plegados a dicha estrategia como acusadores, consejos de la magistratura que protejan a los jueces socios y aplique correctivos a los jueces independientes, defensores oficiales que hagan la vista gorda y que bajo la excusa de defensas “a la carta del imputado” terminen ocultando el rol institucional de “garante del Estado de Derecho” de la Defensoría Oficial, legisladores “barulleros” que ayuden al clima protector de los que se suman a la persecución ilegítima, una embajada poderosa que contribuya al “protectorado”.

Las condiciones de legitimidad de la justicia penal: la verdad

A todo ello se suma que, como lo he dicho en muchas ocasiones, ha sido consustancial a todos los sistemas penales de todas las épocas ciertos niveles de incapacidad para lograr éxito en su tarea reconstructiva de la verdad histórica. Ello, en verdad, se ha manifestado en dos niveles.

En lo que llamaría el primer nivel de esa dificultad hay que subrayar una gran incapacidad ya tradicional para conocer el hecho como *notitia criminis*. Podemos aquí tomar como ciertas y creíbles las investigaciones que se han realizado en las últimas décadas, en mayor medida empíricas, que demuestran que sólo un menor porcentaje de los sucesos ilícitos en el contexto de una sociedad ingresan para su tratamiento en el sistema penal. En un segundo nivel y luego para reconstruirlo, una vez conocido en sus datos esenciales, con vocación normativa sobre todo en instancia de la audiencia principal o el juicio *stricto sensu*⁽¹⁾. El compromiso con una tendencia cognoscitiva del sistema de enjuiciamiento, extremo que no sufrió grandes consecuencias en el trayecto sobre el puente post-iluminis-

(1) En la actualidad, quizá, la relación traumática del proceso penal con la búsqueda de la verdad anida en la antinomia sobre la cual se monta la dialéctica procesal que, por un lado promueve esta búsqueda y, por el otro, instala como límite universal la protección de los derechos individuales y garantías constitucionales del sometido a proceso. Véase este dilema en ROXIN, Claus, La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 121, trad. del capítulo correspondiente de María del Carmen García Cantizano.

ta entre el antiguo y el nuevo régimen, siempre se ha mostrado como una pesada carga para la justicia penal. El problema no es sencillo, ya que los modelos culturales de la Europa continental en esta materia no admitirían tan fácilmente un abandono de la búsqueda de la verdad⁽²⁾ como eje principal del caso judicial. Se trata de uno de los legados inquisitivos de mayor prestigio y, posiblemente, buena salud a pesar de los embates culturales del mundo anglosajón. El problema, claro está, es que, los sistemas de enjuiciamiento penal nunca han logrado, en ningún momento histórico, ni bajo ningún paradigma organizacional, un mínimo de capacidad investigativa. La invocada hasta el hartazgo relación entre sistema procesal y búsqueda de la verdad en ningún momento ha descrito, bajo ningún ángulo visual, una realidad palpable o cuadro imaginativo creíble, aunque el slogan ha tenido la suficiente fuerza de convicción como para establecerse como el único objetivo legítimo del sistema judicial en materia penal⁽³⁾. Es que, debo insistir, ni el modelo procesal es un camino recomendable para ello, ni los jueces o fiscales representantes personalidades que nos hagan creer seriamente en las chances de acercarnos a la verdad. El mundo operativo de los sistema de justicia no ha demostrado capacidad verificable de investigación de los hechos, reconstrucción histórica de la verdad, o búsqueda de la verdad material. Ello ha sido así, ya sea por limitaciones sorpresivas o por lógicas derivaciones de un par de convicciones, tanto en las ordalías, como en los sistemas acusatorios puros, en la más dura inquisición, en los modelos llamados mixtos o en el mundo contemporáneo. Y ello, insistimos, más allá de la fuerza con la cual se invoque como eje funcional de cada etapa la relación con la búsqueda de la verdad material.

Ello explica que el problema de la verdad haya sido siempre un eje de reflexión por parte de quienes participan del escenario de la ciencia procesal en materia penal⁽⁴⁾. Si no nos dejamos seducir por las sutilezas de las explicaciones más o menos modernas, es difícil negar que cualquier alejamiento del concepto de verdad material lo único que busca es facilitar el camino para instalar una historia oficial del hecho que debe imponerse con la ayuda de los atributos jurisdiccionales.

Incluso, ello sucede más allá de que se aluda a títulos que ofrecerían tranquilidad a la hora de desprenderse del objetivo de la construcción de esa verdad, como la denominada verdad formal o verdad consensual.

(2) Para ver algunos problemas referidos a los vaivenes históricos de la "llamada" búsqueda de la verdad en el proceso penal, GÖSSEL, Karl Heinz, "La verdad en el proceso penal. ¿Es encontrada o construida?", en *En búsqueda de la verdad y la justicia. Fundamentos del procedimiento penal estatal con especial referencia a aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales*, Porrúa, México, 2002, p. 57 y siguientes. Ver, Bacigalupo Zapater, E. y otros, "La posición del Fiscal en la Investigación Penal: la reforma de la ley de enjuiciamiento criminal", Editorial Aranzadi, 2005, pag. 15.

(3) Sobre todo porque, como bien lo recuerda FOUCAULT: "Desde que la Edad Media construyó, no sin dificultad y con lentitud, el gran procedimiento de la información judicial, juzgar era establecer la verdad de un delito. FOUCAULT, Michael, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, traducción de Aurelio Garzón del Camino, Siglo XXI, México, 1976, p. 2

(4) Un análisis lúcido sobre las diferentes consecuencias y relaciones de las variaciones sobre el concepto de verdad, en Taruffo, Michele, *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*, Traducción de Daniela A. Scagliotti, Marcial Pons, 2010, en particular, págs.. 89 y sgtes.

Sin embargo, ello siempre ha generado un serio problema de legitimidad de las decisiones del sistema judicial provocado por la vigencia de la garantía de segundo rango del favor rei como deducción del principio de inocencia (como garantía de primer rango) y el correspondiente estándar probatorio que esas decisiones requieren para pronunciar la condena.

La exigencia institucional de construir sentencias basadas en la verdad sobre los hechos ha sido siempre una preocupación de tan alto grado y estima que incluso en épocas de poco resguardo a la dignidad del ciudadano sometido a proceso se ha mantenido incólume. Un ejemplo digno de mejores causas lo constituye la propia inquisición: la reconocida incapacidad investigativa del inquisidor (no sólo personal, sino institucional), y la irrenunciable búsqueda de a verdad real o material, llevaron al primer plano probatorio al testimonio, al relato de lo sucedido. Ese relato debía ser producido en primer lugar por los protagonistas (autor y víctima) y se transformaba en la gran obsesión del modelo procesal inquisitivo. De este modo, la negativa del autor del hecho a confesar, tenía que ser superada por un complejo y reglamentado sistema de aplicación de dolor (tortura).

Puede llamar legítimamente la atención que un sistema que no veía un problema en la tortura, evidentemente se podría haber permitido varios lujos procesales, pero nunca se permitió la osadía de abandonar la búsqueda de la verdad.

En el futuro, la búsqueda de la verdad tendría un obstáculo adicional: el respeto a la dignidad del imputado que ya no es un objeto de prueba sino que adquiere el rango cultural de sujeto procesal y con ello un conjunto de derechos esenciales.

Más allá de su enorme influencia en Europa Central y el posterior traslado de la cultura inquisitiva a América Latina y el Caribe, estos puntos de partida se han mantenido incluso bajo sistemas que hoy son denominados de modo diverso como modelos mixtos, o acusatorio formales, etc.

Las condiciones de legitimidad de la justicia penal: el respeto a las garantías constitucionales

Pero hay una segunda exigencia de legitimidad de los sistemas procesales de influencia europeo continental y eventualmente también anglosajona, para administrar en el marco de una comunidad la aplicación del derecho penal sustantivo. Es el camino que prevén los sistemas de gobiernos respetuosos del estado de derecho a efectos de que la aplicación del derecho penal se realice respetando ciertos requisitos que a esta altura se hayan establecidos y reconocidos en los sistemas regionales y universales de protección de los derechos humanos.

El sistema de enjuiciamiento penal, lo que llamamos el modelo procesal, del cual se ocupa el derecho procesal penal, y también la teoría del delito o el derecho penal sustantivo, son en verdad dos manifestaciones de la política criminal del estado, quizá se trata de dos manifestaciones principales junto con el sistema policial o el sistema penitenciario.

En particular la teoría del delito junto con el derecho penal sustantivo de un lado y el sistema procesal junto con el derecho procesal penal, del otro, representan los dos grandes pilares sobre los que se construye la política criminal del estado.

Se trata de observar la cuestión penal y procesal penal, desde la óptica de los axiomas fundamentales de protección de la dignidad del hombre.

He aquí el rol esencial desde el punto de vista político-criminal que debe cumplir no sólo el legislador del sistema de enjuiciamiento sino el funcionario judicial al cual está dirigida la norma procesal: auditar, aquí y allá, la norma procesal a la luz de su posible contradicción con alguna garantía. Los juristas no pueden, bajo ningún concepto, admitir que “la lucha esté perdida para los derechos individuales”.

Hace ya algunos años, Luigi Ferrajoli, de modo francamente magistral, advirtió sobre la necesidad de comenzar a entender al derecho como un sistema de garantías. Según el profesor de Camerino:

“El reto que hoy se deriva para la razón jurídica de las múltiples formas que adopta la crisis del derecho en acto no es más difícil que el afrontado, hace ahora dos siglos, por la ilustración jurídica, cuando emprendió la obra de la codificación bajo la enseña del principio de legalidad. Si bien, respecto a la tradición ius-positivista clásica, la razón jurídica actual tiene la ventaja derivada de los progresos del constitucionalismo del siglo pasado, que le permiten configurar y construir hoy al derecho -bastante más que en el viejo Estado Liberal- como un sistema de garantías constitucionalmente preordenado a la tutela de los derechos fundamentales.”

Es verificable que las continuas transformaciones del sistema de enjuiciamiento penal, no sólo en nuestra región, han respondido a diferentes cortes metodológicos a partir de los cuales se ha pretendido ofrecer ópticas autosuficientes para estructurar, en todo caso, “nuevos modelos”.

No cabe duda que en un momento se pensó que el eje debía pasar por un abandono definitivo del concepto de verdad adoptado -lógicamente- por los modelos inquisitivos -el debate verdad material versus verdad formal- Lo mismo ha sucedido, aunque con deprimente poca fortuna en nuestro país, con la idea de definir el sistema de enjuiciamiento bajo el objetivo de la participación ciudadana (juicio Por jurados, redefinición del concepto de víctima para habilitar a participar a la sociedad civil organizada en diferentes instancias, etc).

Algo muy similar se ha visto a la hora de buscar obsesivamente un conjunto de institutos que ofrezcan salidas alternativas “de calidad” durante la instrucción (probation, oportunidad, etc, etc), o con el ingreso de la reparación como tercera vía en el sistema penal, o con la manifestación técnicamente adecuada del principio acusatorio (investigación preliminar a cargo del Ministerio Público). Es posible afirmar, sin embargo, que nunca se ha formulado un modelo técnico- legislativo de propuesta de un sistema de enjuiciamiento que exponga el objetivo político-criminal de manifestar del modo más perfecto y sincero posible, el pro-

grama constitucional de garantías y límites dirigidos al sistema de enjuiciamiento o, para decirlo con palabras de Ferrajoli, dirigidos a definir el “cómo juzgar”. Es factible afirmar que, más allá del “corsi y recorsi” sobre esta o aquella garantía, estas discusiones se han volcado a propuestas legislativas que no han brillado por su audacia, sino que han significado, con mayor o menos felicidad, etapas evolutivas del mismo programa. En este sentido es posible que el camino de la ciencia procesal recién comience a ser delineado: ahora se trata de la construcción de un sistema de enjuiciamiento que, al mejor estilo de las revoluciones científicas descritas por T.Khun, cambie de paradigmas de modo radical. ¿Qué significa este cambio de paradigmas a la hora de referirnos al programa normativo alrededor del sistema de enjuiciamiento?: en primer lugar se trata de un abandono enérgico de todo programa legislativo que continúe con la tendencia al ritualismo corporativo, burocrático o simplemente administrativo. El universo normativo que se ocupa de regular al sistema de enjuiciamiento debe abandonar toda preocupación por todo aquello que no remita de modo directo a la reglamentación operativa de un límite constitucional que incida en el modo de juzgamiento. La regulación procesal debe comprometerse en primer término, y quizá también en último término, con el funcionamiento en “clave garantista”.

Así como la ciencia penal ha aplaudido la formulación de Roxín en el sentido de que toda discusión que no implique un verdadero problema político-criminal o de punibilidad debe dejar de ser tratado como un problema científico, del mismo modo, toda regulación que no tenga por función definir el alcance de una garantía debe dejar de ser considerado como un problema procesal digno de regulación en ese nivel normativo. Esto debe repercutir de modo claro en la organización normativa de los códigos procesales, organización que ha privilegiado el desarrollo cronológico del caso, la adjudicación de etapas a diversos grupos de funcionarios (jueces de instrucción, jueces de juicio, jueces de procedimiento intermedio), la discusión sobre el valor de las actas, la organización temporal de las diferentes intervenciones (vistas), etc.

Un Código Procesal en clave garantista se debe transformar en un sistema normativo que se encuentre estructurado sobre una matriz según la cual todo proceso que no remita a la administración de una garantía debe dejar de ser un problema político-criminal, y por lo tanto comienza a ser una dimensión no necesitada de reglamentación en ese nivel.

Un cuerpo normativo así influido se transforma en una organización sistemática de límites y, en verdad, en sólo eso.

En este modelo la reglamentación minuciosa de las exigencias que emanan de cada garantía constitucional debe ocupar el papel central y hasta la misma organización técnico-legislativa debe encontrarse en todo momento condicionada por esta finalidad político-criminal.

Es seguro que de este ensayo de trabajo legislativo se obtendrá un sistema normativo bien distintos a los cuales nos tiene acostumbrado el sistema procesal, sistema que a menudo acepta que ese lugar sea ocupado por cuestiones administrativas, burocráticas, de organización del trabajo y de definición de actuaciones funcionales verdaderamente insustanciales.

El desarrollo adicional de este proceso en el ámbito del derecho penal, confirmaría la homogeneidad de la impronta constitucional de ambas manifestaciones de la política-criminal del Estado.

La organización de un cuerpo normativo del proceso penal como estructuración de límites desnuda la influencia, ahora en el sistema de enjuiciamiento, de la conocida característica, normalmente sólo atribuida al derecho penal, del carácter fragmentario, de *última ratio* en el sistema de control formal o mínima intervención.

La tendencia constante a predicar esa característica del derecho penal sustantivo de modo exclusivo, parece desconocer que, como lo sugiere el texto de Maier citado más arriba, un punto de partida de esta naturaleza debe manifestarse, de modo coherente, tal cual lo sugiere su esencia político-criminal, tanto en el sistema penal sustantivo como en el sistema de enjuiciamiento. Más allá de que dicho axioma se lo considere un criterio regulativo de raigambre constitucional o un punto de partida exclusivamente valorativo.

De nada sirve que se incorpore como correctivo de la imputación a nivel de la tipicidad un conjunto de principios como el de insignificancia, o el de adecuación social, o el de riesgo permitido, si al mismo tiempo no se desarrolla un modelo procesal con sensibilidad como para dar lugar inmediato a las decisiones que remitan al juego dogmático de esos principios.

Un sistema de enjuiciamiento como organización de límites constitucionales, como instancia de deslegitimación de la pena estatal, implica reconocer en ese proceso un programa de mínima intervención. Este criterio de mínima intervención campea o debiera hacerlo por todo el ancho margen del sistema de enjuiciamiento: mínima intervención implica, reducción del uso de la prisión preventiva, respeto al *in dubio pro reo* en etapas intermedias, reducción de todo efecto estigmatizante, y toda reducción de los niveles de violencia institucional que despliega el sistema de enjuiciamiento a menudo.

El *lawfare*

En este sentido, como dijimos: particularmente en nuestra región, se viene hablando de un concepto hasta hace poco tiempo absolutamente desconocido por la mayoría: *Lawfare*. Aparentemente con *Lawfare*, uno se refiere a una Guerra jurídica, con un término en inglés que, según parece, aún no es reconocido en el Diccionario oficial del idioma, una mezcla de las palabras “ley” (*Law*) y “guerra” (*Arfare*), que pretende referirse a un uso del sistema judicial con la intención de dañar a un oponente.

Lawfare significaría la utilización de la ley y de los procedimientos jurídicos como arma de guerra: elegido un sector, por ejemplo político, como enemigo, la ley y los procedimientos judiciales son utilizados por los agentes públicos como una forma de perseguir a aquellos que fueron estigmatizados como enemigos.

La pregunta sería: ¿que pasó, concretamente, en el *Lawfare*? Creo que sería muy útil ilustrarlo con un pequeño y sencillo gráfico que nos otorga un impacto visual muy conmovedor y facilita la comprensión de la gravedad de lo que estamos describiendo.

¿QUE PASÓ EN EL LAWFARE?: LA DESTRUCCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO

- Abuso de la prisión sin condena (prisión preventiva).
- Pericias fraudulentas.
- Elección del juez amigo mediante el *forum shopping*.
- Elección del juez amigo con sorteos sospechosos.
- Elección del juez amigo mediante el *gambeteo* de las reglas de conexidad y la multiplicación de denuncias sobre el mismo hecho.
- Uso ilícito de actividades de inteligencia interna.
- Coordinación en la misma persecución orientada de varios organismos del estado: AFIP/ UIF/ Oficina Anticorrupción/ Diputados/ etc.
- Infiltración de las defensas técnicas particulares.
- Coordinación de algún Fiscal con algún Defensor Público (violando la defensa en juicio).
- Cooptación política de algunas víctimas/ querellantes.
- Utilización irregular e ilícita de la figura del arrepentido.
- Acusaciones que no definieron el hecho imputado violando nuevamente la garantía del derecho de defensa.
- Violación vertical a la independencia judicial con ordenes de las cámaras a los jueces de primera instancia acerca de cómo debían resolver.
- Extorsión a los "arrepentidos" con la amenaza de la prisión preventiva
- Filtración anticipada a los medios hegemónicos de información judicial sensible para la generación del "clima" favorable al Lawfare
- "Blanqueo" a través de los medios de comunicación de información obtenida de modo ilegítimo.
- Ignorancia sistemática de los planteos formulados por las defensas violando la ley procesal.
- Violación de las normas que regulan las vías de impugnación para asegurar las decisiones.

Claro que para que el concepto de *Lawfare* posea vigencia práctica se requieren tres protagonistas: el amigo oficialista que detenta el poder, el enemigo opositor al cual se le declara la guerra judicial y, por último, quienes conducen el emprendimiento bélico a favor del poder de turno, quienes ofrecen el alejamiento judicial de las normas como proyectiles (algunos miembros del sistema judicial).

No hace falta que, desde el Estado de derecho, se explique a los ciudadanos que semejante concepto describe un escenario lamentable. Ello es ya conocido por todos. Pero sí es necesario recordar que incluso la Guerra (seguramente en sí misma, ya, un crimen) esta sometida a reglas. Incluso el enemigo tiene un estatus normativo que hay que respetar.

Por supuesto que no es posible ocultar que hablar de enemigo en una democracia tiene efectos nocivos crecientes que culminan en la desaparición de las condiciones básicas necesarias para la vida comunitaria.

Sin embargo no cabe duda que hoy la llamada "grieta" también se ha apoderado del debate sobre la existencia del "*Lawfare*". Para quienes están a la derecha de la falla tectónica el "*Lawfare*" es poco menos que una categoría inexistente, que sólo aparece en boca de quienes del modo más mezquino buscan la impunidad del populismo con relación a los tremendos delitos cometidos cuando, por un error de programación regional, esa ideología ocupó el poder. Para el resto, el "*Lawfare*" es tan real que o lo ha vivido en carne propia, o ha estado cerca de sentirlo en la espalda o sus consecuencias han dejado marca en la piel de su propio referente político.

Debo decir que mi sensación es muy distinta a la primera y bastante cercana a la segunda. Aquello que es descrito como "*lawfare*" no es tan nuevo, ha pasado o sucede aún también en el mundo desarrollado, aunque de modo menos intenso y siempre es muy lesivo para el desarrollo comunitario.

Hoy sólo quiero traer a cuento una opinión de un jurista español, miembro del tribunal supremo de España y catedrático de derecho constitucional de la Universidad de Málaga. Demás está decir que cualquier lazo con el kirchnerismo será tan difícil de probar como el famoso hilo rojo de la conmovedora tradición oriental.

Cómo decíamos, Luis M. Díez-Picazo es magistrado del Supremo, se doctoró en la Universidad de Bologna, fue letrado del Ministerio de Justicia y ejerció la docencia en el instituto universitario europeo de Florencia y en la Escuela Judicial.

Este prestigioso autor tiene una pequeña, pero muy importante obra, publicada en su primera edición en el año 1996 (¡hace 25 años!) que se titula "La criminalidad de los gobernantes" (Editorial Crítica, Barcelona, 2000).

Allí Díez-Picazo (en el prólogo a la segunda edición publicada en Barcelona en el año 2000) dice: "Hoy mi visión sigue siendo la misma en cuanto a la actitud a adoptar frente a los (supuestos: la aclaración es mía) delitos cometidos por los gobernantes...". Para describirla el autor español realiza tres breves comentarios que, según creo, nos permiten ver hoy en día, en nuestro país, que aquello que hoy denunciamos como esa arbitrariedad sesgada por la ideología en la justicia penal federal no se presenta como tan inusual en el mundo, más allá del nivel de destrucción del estado de derecho que ha alcanzado en nuestro país. Veamos.

Díez-Picazo advierte en primer lugar sobre una "tendencia a presentar sistemáticamente como ilegal toda actuación del adversario que nos desagrade", algo que, según el catedrático, "...conduce a lo que Carl Schmitt llamaba la dialéctica amigo-enemigo... que es una concepción política poco compatible con el postulado de tolerancia inherente al pluralismo democrático" (p. 6).

En segundo lugar, Díez-Picazo observa que hemos llevado a que el derecho opere como si fuera un semáforo de sólo dos opciones: o verde o rojo. Que no todo sea dudoso en derecho no implica decir que todo está claro. Y nos describe este autor con fortalecida ironía: "No deja de ser conmovedor ver...hasta ayer mismo versados en los arcanos de la hermenéutica, gritar como cándidas doncellas que la norma jurídica ha sido violada".

En tercer lugar, no hay que pasar por alto la creciente tendencia a acudir a los tribunales de justicia para "esclarecer la verdad" sobre hechos de relevancia pública... si el juez se comporta como historiador o sacerdote, queda abierta la puerta a prácticas inquisitoriales". (p. 7).

Con ello Díez-Picazo critica el uso de la supuesta legalidad como ideología.

Con esta breve referencia queda bastante demostrada la tesis de la existencia (y no desde hace poco tiempo) del *lawfare* como un intento de llevar la lucha política al sistema judicial. La pena es la munición, y el anfiteatro del juicio es el escenario comunitario. Las antiguas exposiciones del suplicio del infractor/pecador ante los ojos comunitarios se han transformado en la exposición mediática de la capacidad de humillación del sistema y sus disfraces. Que el *Lawfare* sea visto con la gravedad que lo acompaña, que sea identificado como algo que debe cambiar, depende de que suene a los oídos de los juristas democráticos como una tragedia institucional. Necesitamos políticos valientes, jueces de la constitución y que un sector del periodismo vuelva a hacer periodismo sano y se guíe ya no por el camino de las conspiraciones sino por el que les indica ese GPS ético que no es otro que el que surge del diálogo que construyen la consciencia y el corazón ante cada decisión que tomamos en nuestra vida.

Para quienes niegan con socarronas sonrisas siquiera la posibilidad de que algo así pueda suceder, sólo sugerimos y los invitamos a leer los expedientes judiciales en donde ha sucedido esta tragedia. También los invitamos a leer....en general. Sólo leer.

Desde este ángulo me animo a decir que el concepto de *Lawfare* describe algo peor que la propia guerra. La guerra es una cosa y otra cosa es el crimen de guerra que se produce cuando se violan normas como las contenidas en el art. 8 del estatuto de Roma o los Convenios de Ginebra de 1949. Ejemplo, incluso en el contexto de una guerra, se define como crimen el someter a tortura o a otros actos inhumanos, incluyendo experimentos biológicos o destruir bienes y apropiarse de ellos de manera no justificada por necesidades militares.

Según puedo ver, en cambio, cuando se habla de *Lawfare* siempre nos referimos a violaciones de las reglas del proceso penal: violación al principio de igualdad ante la ley, violación al principio de proporcionalidad, detenciones ilegítimas, etc, etc.

Ello hace pensar en la enorme gravedad de estas situaciones. Los juzgamientos de los crímenes de guerra son resorte en tiempos de paz de la Corte Penal Internacional. La paz internacional debe ser acompañada del juzgamiento de los responsables de esos hechos. En este punto debemos recordar que ningún país se construye con la destrucción judicial del enemigo político. Nadie puede estar en contra del juzgamiento de supuestos hechos de corrupción, pero nadie puede aceptar que con tanta facilidad argumental se encarcelen personas solo por haber sido calificadas de enemigos u opositores.

La revisión del *lawfare*

Es por ello que es imprescindible proponer algún mecanismo de prevención y reparación de las lamentables consecuencias que este fenómeno de daño al Estado de derecho ha generado.

Como vimos, las prácticas de *Lawfare*, ineludiblemente implican la vulneración flagrante de la división de poderes de un Estado republicano. En la definición general de este tipo de prácticas dada más arriba, se advierte la permeabilidad del poder judicial, el cual es utilizado como instrumento, al juego o interés político proveniente —y como actividad propia— de los otros dos poderes del Estado.

Lo expuesto presenta su enorme impacto, también, en el principio de independencia judicial, en tanto el poder judicial entrega su esfera de autonomía de decisión al poder político que, en la enorme mayoría de los casos, asociados a los medios masivos de comunicación terminan de imponer la decisión jurisdiccional que elimina, neutraliza u obstaculiza el proyecto del opositor. Como anticipábamos, en este tipo de prácticas los medios de comunicación cumplen un rol esencial, en tanto permiten el logro de tales objetivos o el “sostenimiento” de decisiones judiciales, sea a través de una pseudo cohesión social mayoritaria que las aprueba o repudia; o bien a través del escarnio que puede desandarse a través de esos mismos medios para con los magistrados/as que no hayan aceptado la línea matriz tendida por el poder político de turno.

La idea no puede ser considerada ni absolutamente nueva, ni incorrecta, ni desproporcionada, sino absolutamente necesaria y urgente. No olvidemos que se trata de re discutir decisiones ilícitas, en favor del condenado y, como mínimo, en flagrante violación de garantías constitucionales.

Con mucho menos argumentos, incluso legitimidad ética, la normativa o la ciencia procesal y hasta los mismos operadores judiciales y la clase política ha aceptado institutos como la llamada Inaplicabilidad de ley, en donde se desarrollan acciones procesales en los supuestos en los cuales se confirma la existencia de un precedente que sea contradictorio con la doctrina establecida por la sentencia impugnada. Como sabemos, la finalidad del recurso de inaplicabilidad de ley se relaciona con la necesidad de establecer un amplio contralor de legalidad para lograr la uniformidad de la jurisprudencia. Acuerda al tribunal competencia negativa pues debe limitarse a establecer la doctrina aplicable al caso, anular el fallo impugnado en el supuesto de que su doctrina no se ajustare a aquélla, y a disponer la remisión de la causa a otra sala de la cámara a fin de que dicte nueva sentencia de conformidad con la doctrina fijada. Se persigue una decisión del tribunal plenario, que deje sin efecto la sentencia que originó el recurso, a fin de permitir el reexamen de la cuestión, y el dictado de una nueva decisión en el caso, por otra sala del tribunal, de conformidad a la doctrina plenaria establecida.

Asimismo, algunos han ido aceptando la llamada “cosa juzgada irrita o fraudulenta”, incluso en perjuicio del imputado, cuando, según se afirma, ella resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad.

Si este último instituto, de carácter hasta ahora pretoriano, se lo ha admitido aun en contra del imputado, entonces no hay razones para aceptar en una república que conviviéramos con sentencias inmorales e inconstitucionales con o sin firmeza.

Nada puede irritarnos más en una república que violar garantías, en perjuicio del imputado, para enjaular y destruir a quienes representaban una línea política alternativa y, para montar ese sistema, destruir la independencia judicial, la imparcialidad del juez, utilizar los sistemas de inteligencia para la persecución interna y e incluir el poder público y económico en el montaje monopolio o oligopolio de los medios de comunicación y destruir asimismo la libertad de prensa y la libertad de expresión.

Como lo hemos sugerido con un conjunto de juristas y compañeros se *trata de casos en los cuales se investiga la posible comisión de un delito, cualquier decisión que, obteniendo doble conformidad del órgano usual de revisión, implique una limitación del ámbito de actuación de alguna garantía constitucional en perjuicio del imputado, y exponga una manifiesta contradicción con decisiones y doctrinas anteriores de los mismos órganos jurisdiccionales. En esos supuestos es innegable la posibilidad de aceptar un recurso de revisión interpuesto por aquella persona agraviada.*

También en los supuestos en los cuales, es la decisión o resolución no se hubiera realizado control de convencionalidad de oficio a fin de constatar la pertinencia de esta bajo los estándares establecidos por el sistema interamericano de derechos humanos respecto del artículo 7.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

O se advierta la publicación de contenidos por parte de uno o más medios de comunicación masiva que pudieran haber afectado la percepción pública respecto del principio de inocencia sobre el afectado por la resolución, o se constate el incumplimiento grave de plazos procesales que podrían afectar los principios del plazo razonable durante el desarrollo de las actuaciones el derecho al debido proceso, o el Abuso y/o incumplimiento de presupuestos legales analizados bajo estándares de escrutinio estricto para el dictado de prisión preventiva, o el Deficiente implementación de las garantías procesales que regulan la intervención de un testigo protegido y/o de un arrepentido, o se noten Deficiencias en el respeto a las garantías del juez natural por razones intromisión en la asignación de competencias, de designaciones y/o direccionamiento en los sorteos de jueces, o se compruebe la Intromisión de funcionarios dependientes del Poder Ejecutivo en el desarrollo de las actuaciones o cuando ejercieran conductas o dieran expresiones en público aptas para, o destinadas a afectar la independencia de los jueces o la autonomía del Ministerio Público Fiscal.

La misma revisión debe producirse si hay elementos para confirmar la Intromisión de representantes de corporaciones profesionales en el desarrollo de las actuaciones o cuando ejercieran actos o dieran expresiones en público aptas para, o destinadas a

afectar la independencia de los jueces o la autonomía del Ministerio Público Fiscal, o sea visible la Inobservancia de las normas procesales con fines de persecución política.

Ahora bien, ¿cual sería el trámite que hay que darle a estos casos?. Obviamente hay detalles que dependen de los diferentes sistemas de enjuiciamiento de cada país y los modelos reguladores de las vías de impugnación, pero es indispensable que se estipule un plazo, quizá de 10 o 15 días de notificada la decisión, ante la sala que la pronunció, para interponer el recurso.

En ese escrito de interposición se deberán señalar la existencia de la contradicción en términos precisos, se mencionará el escrito en que se invocó el precedente jurisprudencial y se expresara los fundamentos que, a juicio de la parte, demuestren la procedencia del recurso. El incumplimiento de estos requisitos determinara su inadmisibilidad.

Del escrito de recurso se deberá dar traslado a la otra parte, por un plazo similar al de la interposición.

Una vez que se conteste el traslado o, en su caso, vencido el plazo para hacerlo, el presidente de la sala ante la cual se ha interpuesto el recurso remitirá el expediente a otra sala –*ad hoc*– de tres miembros que se originará en un sorteo entre magistrados del mismo rango y fuero, a efectos de determinar si concurren los requisitos de admisibilidad, si existe contradicción y si las alegaciones que se refieren a la procedencia del recurso son suficientemente fundadas. En esta sala de admisibilidad no podrá intervenir ningún magistrado que haya tenido participación en la resolución cuestionada.

Si lo declare inadmisibile o insuficiente, devolverá el expediente a la sala o juzgado de origen; si lo estimare admisible concederá el recurso en efecto suspensivo y remitirá los autos a la sala de decisión, que sorteada del mismo modo que la anterior, resolverá el conflicto para el caso particular pero como doctrina legal aplicable.

Además se debería incluir que en los casos de que la contradicción fuera palmaria, o se generara la sospecha de una violación a los deberes jurisdiccionales, la sala de decisión deberá enviar los antecedentes al Consejo de la Magistratura o al organismo que ejerza el poder disciplinario de los jueces y magistrados.

Así como los modelos de enjuiciamiento se van transformando para enfrentar diversas realidades, las injusticias y le desigualdad del poder que emergen de esta inmoral utilización de la justicia penal para consolidar un modelo de poder deben ser corregidas. Lo que hemos visto no puede justificarse con la tendencia políticamente correcta de “combatir la corrupción”, la ilegalidad se combate en el estado de derecho con instrumentos legales, no con más ilegalidad. Algunos países de nuestra región hemos aprendido con mucho dolor los costos de combatir acciones ilícitas interrumpiendo la vigencia del sistema de garantías constitucionales, el estado de derecho y la república.

Mesa 16

Lawfare y democracia en América Latina

Javier Calderón Castillo

Virgilio Hernández Enriquez

Ornella G. Condori

JAVIER CALDERÓN CASTILLO*

El *Lawfare* como mecanismo de reorganización de la geopolítica latinoamericana

Apuntes a propósito del caso ecuatoriano

Introducción

El *Lawfare* es una práctica geopolítica orientada a reorganizar la política local en favor de intereses foráneos confluyentes con los de grupos políticos/económicos locales. No es un mecanismo único, ni unívoco. Complementa la ofensiva conservadora en contra de los desafíos reformistas [y en algunos casos transformadores] de los diversos progresismos emergentes en el siglo XXI, encauzados por superar el modelo neoliberal. Es una táctica política de aniquilación de un sector político subalterno de la sociedad, que no tiene el control del Estado –al estar captado por las clases dominantes en los diferenciados procesos histórico-nacionales–, pero que ostenta el gobierno o cuenta con el respaldo social para lograrlo. Una práctica que destruye los cimientos de la democracia representativa, lo que significa, una acción de las clases dominantes para romper con el consenso democrático en América Latina.

Un concepto de *Lawfare*, fue elaborado en el 2001 por el oficial de las Fuerzas Armadas de EE.UU., Charles Dunlap (Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Century Conflicts), donde se integra una tradición de pensamiento militar del siglo XX que contemplaba el uso del derecho como parte de la guerra, y fue integrado al debate como una acción utilizada en contra de los intereses de los EE.UU., producto de las demandas y acciones legales tras la utilización de los métodos de torturas y asesinatos tras la promulgación de la Patriot Law, y en el marco de la guerra internacional en

(*) Magister en Sociología, doctorando en Ciencias Sociales Universidad de Buenos Aires. Investigador del Instituto de Estudios de América Latina y el Caribe-IEALC, de la UBA. Investigador del Centro Latinoamericano de Geopolítica-CELAG.

contra del terrorismo (Martí, 2020). Un instrumento de la guerra que, para Dunlap, puede ser utilizado en contra de los Estados, desde las organizaciones de la sociedad civil, defensoras de derechos humanos, a partir de la utilización del derecho internacional de los derechos humanos. Una perspectiva negativa del *Lawfare*, para los EE.UU. que el propio Dunlap matiza tiempo después, dando lugar a una faceta más clara de su utilización como instrumento de la doctrina de Seguridad Nacional de los EE.UU. (Romano, 2019, pág. 21). Es preciso considerar la desproporción y la asimetría en el acceso a la justicia como instrumento de guerra. Nos debemos preguntar, para el caso de América Latina ¿Qué fuerzas políticas tienen la capacidad de control o inciden con su ideología sobre el sistema judicial? y también ¿quiénes pueden convocar fiscales y jueces a la aplicación del *Lawfare*, garantizando impunidad para sus ejecutores? La respuesta más plausible, como hipótesis, es que sólo es posible aplicar el *Lawfare* desde la orientación epistémica del poder del Estado con la complacencia y ayuda de los EE. UU. el aliado más fuerte de las clases dominantes en la región, y el país que impulsa las líneas de reforma a la justicia en América Latina, poniéndose como ejemplo de gestión y administración “justa” de la justicia.

Este trabajo se orienta por desarrollar “una perspectiva crítica que afirma exactamente lo contrario a la postura de Dunlap: el *lawfare*, como abuso de la ley, materializa la asimetría, la colonialidad y la dependencia inscrita en las relaciones internacionales”, tal y como lo concibió Silvina Romano y Camila Vollenweider, en uno de los primeros trabajos realizados ante el uso del *Lawfare* en la región (Romano, 2019, pág. 22). Una materialización de la injerencia externa, con auspicio y ayuda local, que modifica las reglas de la competencia democrática, y con ello, se convierte en un instrumento de poder irregular circunscripto en la acción (de la vieja concepción) contra un enemigo interno que pretende transformaciones y reformas progresistas al orden social. Una “contrainsurgencia” disfrazada de lucha contra la corrupción.

Desde esta última perspectiva (sociopolítica y no jurídica) el trabajo aquí desarrollado, se orienta por relacionar la aplicación del *Lawfare* (con una perspectiva política y geopolítica), especialmente en Ecuador entre el 2016 y el 2021, y constatar algunas de las tendencias vistas en los trabajos primigenios sobre la temática y ampliar las perspectivas sobre los alcances de dicha estrategia para los procesos políticos latinoamericanos. La hipótesis disparadora que sostiene el presente trabajo nos lleva a pensar el *Lawfare*, tal y como se ha aplicado en Latinoamérica, como un ajuste a la estrategia contrainsurgente, con el objetivo de impedir el cambio del orden social en la región, entendiendo que “la contrainsurgencia no es un movimiento u organización sino una estrategia ofensiva, un conjunto articulado de acciones de diversa naturaleza (paramilitares, militares, psicológicas, cívicas, políticas y económicas) cuyos objetivos políticos y estratégicos son determinados por el Estado como parte desafiada, en función de la derrota del movimiento insurgente” (Franco Restrepo, 2009, pág. 358).

Esa renovación de la estrategia contrainsurgente en AL alcanza al menos cuatro dimensiones:

1. Define a los grupos reformistas como insurgentes, sumándolos a los “enemigos” marxistas y revolucionarios a quienes estaban dedicadas por sus prácticas, discursos de odio y alcances judiciales [y en algunos casos extrajudiciales] en el contexto de la guerra fría;
2. Destruye las bases del “consenso democrático” impuesto por las clases dominantes en las sociedades latinoamericanas desde el fin de los Estados de excepción a finales de los años 80 (las dictaduras, los estatutos de seguridad nacional y los frentes nacionales), reconfigura su idea de representación política y limita la pugna por el poder desde las distintas facciones sociopolíticas;
3. Debilita el equilibrio de poderes sobre el cual está cimentado el concepto de Estado y Democracia esgrimido en las reglas constitucionales de la mayoría de países en AL, al pretender negar los fueros políticos, permitir condenas mediáticas, favorecer sectores del poder, e intentar proscribir fuerzas políticas plebeyas; y,
4. Consolida un sistema supranacional que limita la soberanía política. Desde organismos multilaterales como la OEA (y del entramado de cooperación norte-sur) se impugnan las formas de organización del pueblo y sus decisiones políticas bajo una acción de “bandera falsa” en contra de la corrupción, o en favor de la democracia; al tiempo que se interviene, rompiendo los principios elementales de la diplomacia, desde terceros países en procesos electorales, como lo hizo el gobierno colombiano en las elecciones presidenciales de Ecuador.

El caso de *Lawfare* en Ecuador es paradigmático por la virulencia de su aplicación, así como los alcances y logros obtenidos. El encarcelamiento del expresidente brasilero Lula Da Silva, subsidiario del triunfo de Jair Bolsonaro, con la trama ilegal de la causa LavaJato y del ataque sobre Odebrecht (y la obra pública ejecutada por capitales latinoamericanos) es el ejemplo más emblemático, aunque es en Ecuador donde la aplicación del *Lawfare* ha tenido mayor repercusión institucional. En primer lugar, porque fue impulsado desde diversos poderes, con la “legitimidad” de ser liderado por un hombre elegido por el propio Rafael Correa como su sucesor en la contienda política. Lenin Moreno se convirtió en el símbolo de una persecución simbólica sin precedentes. Ayudó a poner en prisión a su vicepresidente, destruyó una institución insignia de la Constitución de Montecristi, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social– CPSCC, a través de un referéndum. Retomó el endeudamiento de Ecuador con el Fondo Monetario Internacional (rompiendo un legado del gobierno de la Revolución Ciudadana) y reactivó la base militar de EE. UU. en territorio ecuatoriano. Moreno, a través del *Lawfare* cambió instituciones, modificó el escenario político y restauró el neoliberalismo. Intentó proscribir la fuerza política más grande del Ecuador y despejó el camino para el triunfo de Guillermo Lasso.

El alcance del *Lawfare* en Ecuador golpeó con mucha fuerza la posibilidad de construir un proyecto de cambio para el Ecuador, desanimó a la ciudadanía, definió al “correísmo” como enemigo de Ecuador, generó miedo en los principales liderazgos que promueven el cambio y modificó el consenso democrático. A continuación, se desarrollan estos y otros elementos organizados en cuatro dimensiones que dan cuenta de forma sucinta los alcances del *Lawfare*, teniendo como referencia lo ocurrido en Ecuador.

El correísmo: el nuevo enemigo interno

El *Lawfare* en Ecuador es una realidad. Ha tenido una evolución particular, mostrando distintas fases y formas de aplicación desde 2017 cuando el poder ejecutivo, en cabeza de Lenín Moreno, impulsó la proscripción del movimiento político que lo llevó al gobierno como parte de la disputa geopolítica regional de las derechas por la restauración neoliberal, en sinergia con los EE. UU. El uso del *Lawfare*, determinó la configuración de un nuevo enemigo interno, encarnado primero en el propio Rafael Correa y luego se extendió hacia todo el movimiento político, simpatizante del ideario de la Revolución Ciudadana.

La persecución personal contra el expresidente Rafael Correa fue la primera fase del *Lawfare*, con una activa participación de los medios de comunicación y de un sector del poder judicial, se iniciaron 32 procesos judiciales con una condena a priori impuesta por periodistas, por las agencias de los EE. UU. y por el propio arco político-económico que consolidó una coalición de gobierno en torno a Moreno, con el Partido Social Cristiano-PSC y la Alianza CREO de Guillermo Lasso.

Esa primera fase concluyó con la proscripción política de Correa al ser sentenciado en un proceso judicial irregular llamado primero “arroz verde” y luego con un nombre más mediático: “sobornos”, luego de condenar al vicepresidente elegido democráticamente Jorge Glas a seis años de prisión. Una persecución personal que no acabó con el proyecto de la Revolución Ciudadana. Ese movimiento tuvo buenos resultados en las elecciones locales de 2019, lograron la prefectura de las provincias de Manabí y de Pichincha, dos grandes distritos electorales (González, 2019), Correa ya se había medido en el referéndum/consulta popular de 2018, convocando a votar en contra de las modificaciones constitucionales logrando aglutinar cerca del 32 % de los votos (Calderón, 2018). La persecución y proscripción de Correa y Glas no fue suficiente para enterrar el proyecto político progresista.

40 procesos judiciales en contra del expresidente Rafael Correa explican una sistemática persecución con el objetivo específico de proscribir su acción política y su movimiento. Una guerra judicial que no cesa y cumplió su cometido. El expresidente no pudo postularse a la vicepresidencia en las elecciones de 2021, tras ser sentenciado por el caso “sobornos”, un proceso judicial lleno de irregularidades y actos exprés del

poder judicial, que dejan dudas de su objetividad y de las garantías judiciales. Está claro que la decisión del poder económico, mediático y político de la derecha ecuatoriana se expresó en esos fallos. No quieren a Correa en competencia, y lo convirtieron en el "enemigo interno". Una decisión antidemocrática con repercusiones institucionales imposibles de determinar, aunque es claro que la proscripción está dando sus frutos en materia electoral.

En esa persecución teledirigida, los principales aliados del expresidente Correa se convirtieron en blancos de la justicia y de arbitrariedades. El vicepresidente Jorge Glas fue borrado de la escena política. Desde la presidencia, el parlamento y el poder judicial rompieron con todos los esquemas democráticos para la resolución de las diferencias políticas. Le retiraron los fueros como vicepresidente, aceleraron o alargaron los tiempos procesales a su antojo y la condena llegó con el concurso de testigos protegidos, arrepentidos de dudosa procedencia y poniendo la carga de la prueba sobre el imputado (Calderón & Gómez, 2019, pág. 86). Jorge Glas estaba condenado desde el pronunciamiento público de Lenín Moreno señalándolo de corrupción. Ni sus enfermedades que conllevan riesgo de vida, han sido considerados para otorgarle beneficios como casa por cárcel o uso de tobillera. Todo indica que cumplirá su condena, antes que las cortes internacionales vean el expediente y remedien la injusticia.

Se ejecutó la proscripción judicial de Correa con un concierto orquestado por militares, políticos, medios de comunicación, jueces y asambleístas, con la ayuda de terceros países (falta determinar el papel de la justicia brasilera y de los EE. UU. quienes acercaron los dichos de los testigos contra Glas y del inicio del debate sobre Odebrecht en Ecuador). Queda clara la intencionalidad de apuntar contra Correa en procesos teledirigidos, con un efecto racimo expandiendo hacia sus aliados o integrantes del poder ejecutivo. No querían dejar en pie a ningún funcionario del anterior gobierno, en especial aquellos que no se plegaron a las nuevas reglas de la gestión del presidente Moreno.

Una larga lista que resume el tamaño de la guerra judicial. A las y los funcionarios del gobierno se les acusa de varios tipos de delitos penales: peculado, asociación ilícita, enriquecimiento ilícito, cohecho, entre otros, incluyendo algunas polémicas o extravagantes, como los procesos por la irregularidad en la Deuda Pública, aunque el gobierno de Correa logró desendeudar a Ecuador y tenía saneada la deuda con el FMI. Cuatro de los funcionarios mencionados se encuentran encarcelados, y siete de ellos están exiliados. Rafael Correa está condenado, pero en libertad, por residir en Bélgica, aunque el gobierno de Moreno insistió a la Interpol para su ubicación y detención internacional. Pedido desestimado, varias veces, por ese organismo policial internacional.

Como el "enemigo interno" no está en prisión y siguió como referente de un tercio de la población ecuatoriana, los líderes del *Lawfare* pusieron en marcha una segunda ola de guerra judicial, menos sofisticada que la primera, que comprueba, eso sí, las ver-

daderas intenciones y alcances de la guerra jurídica. Los funcionarios y asambleístas perseguidos ya no fueron judicializados por delitos relacionados con la corrupción, sino por “rebelión o instigación a la rebelión”. Una definición política de la vieja escuela de la guerra fría, destinada a eliminar la resistencia y la diferencia política. Ya las formas y los principios de la democracia representativa estaban echados al mar.

Las acciones de la Fiscalía (la punta de lanza usada por Moreno y ahora por el presidente Lasso) obligaron a cuatro emblemáticos asambleístas, en cabeza de Gabriela Rivadeneira, a buscar asilo político, mientras que la prefecta de Pichincha, Paola Pavón, y otros dirigentes de la Revolución Ciudadana como Virgilio Hernández y Christian González fueron detenidos y procesados por “instigar” las protestas ciudadanas del año 2019. Moreno recargó el cañón del *Lawfare* con la proscripción y los estatutos de seguridad, volvió a convertir al Estado ecuatoriano en perseguidor de facciones críticas de la sociedad, como en los peores años de las dictaduras.

Este último listado de perseguidos por la nueva/vieja modalidad de *Lawfare*, centrada en la persecución por razones políticas (de forma abierta, en el caso de Correa y Glas fue velada con el tema corrupción), además de dejar al descubierto la verdadera motivación de las causas judiciales, demostró la hostilidad y la participación necesaria de los medios de comunicación en la legitimación de causas judiciales sin bases legales. Las detenciones de la prefecta de Pichincha, Paola Pavón, de Virgilio Hernández y de Christian González, se convirtieron en espectáculos televisivos, grabados y transmitidos en vivo por los canales de televisión y por redes sociales, violando, entre otras cosas, los derechos de las y los detenidos, y generando un efecto de instigación al buen nombre, y a la presunción de inocencia. Otra acción propia de una dictadura.

Los instigadores y líderes del *Lawfare* lograron desterrar a jóvenes liderazgos de la política, mantuvieron la matriz del enemigo interno “correísta”. Se configuró un nuevo modus operandi de la guerra judicial, marcada por el amedrentamiento y el hostigamiento policial para perseguir a los opositores políticos. De la misma manera que se persiguió a familiares de algunos liderazgos correístas, el caso más fuerte, fue la persecución en contra de Pedro Rivadeneira Sandretti, padre de la Asambleísta Gabriela Rivadeneira. La fiscal general lo acusó de enriquecimiento y asociación ilícita, fue capturado con un espectacular cubrimiento mediático, aunque luego de dos meses el juez a cargo del proceso judicial lo dejó en libertad y sobreyó el procedimiento al no encontrar ningún mérito. Era todo un montaje judicial.

El objetivo inmediato era impedir el triunfo del clivaje correísta en las elecciones del 2021, y lo lograron. Crearon un ambiente hostil, obligaron a importantes referencias del correísmo a salir del país y anticiparon una campaña política cargada de miedo y odio. Aún con toda la persecución, Andrés Arauz, el candidato correísta, ganó la primera vuelta electoral, aunque luego se alineó el bloque de poder que lidera la guerra

antiprogresista, y terminó segundo en el ballottage ante un candidato deslucido, sin propuestas, quien cabalgó sobre los efectos del *Lawfare*: con el miedo de la militancia correísta a participar en la política, el descrédito del correísmo ante una parte de la población y con una candidatura a la defensiva. No era para menos. El *Lawfare* en Ecuador, resultó una maquina para perseguir a los liderazgos de la facción política ligada al expresidente Correa.

Como se dijo en la introducción, la guerra contrainsurgente no se limita a atacar insurgencias armadas que buscan el poder político. Esta busca, de forma principal, limitar cualquier posibilidad de cambio político, una hipótesis que se comprueba tras revisar las condiciones y los detalles de las acciones y fases del *Lawfare* en Ecuador. Una contrainsurgencia sutil con alcances similares a las masivas violaciones de DDHH ocurridas en el continente bajo la tenebrosa doctrina del enemigo interno. Con estas condiciones, podemos preguntarnos si en Ecuador realmente existe democracia.

Destrucción de las bases del “consenso democrático”

“La democracia representativa, tal como es sostenida por el liberalismo, lejos de impulsar la participación popular en la sociedad política y en la sociedad civil, tiende a inhibirla” (Pereyra, 1989). Dicha inhibición devela la orientación restrictiva y autoritaria de sus defensores, que ven como un problema el ethos ilimitado de la soberanía y la voluntad popular. Es un postulado presente y evidente en los grupos de derechas que impulsan el *Lawfare*, como lo estuvo en los grupos que promovieron los Estados de excepción en el marco de la guerra fría; es la narrativa de la corriente ideológica que justifica el uso de las dictaduras y el autoritarismo para “defender la democracia”, que actúan en procura de la restricción de libertades y derechos políticos basados en la relación amigo/enemigo y en la dicotomía hobbesina entre el bien y el mal.

La formalidad democrática de la representación está alterada en los países donde se desarrolla el *Lawfare* y triunfa su cometido, de crear un nuevo enemigo interno y aplicar las técnicas de guerra asimétrica para combatirlo para destruir a liderazgos políticos, funcionarios públicos, que actúan en los marcos normativos creados por el llamado “consenso democrático”. Esto quiere decir, que una facción del poder está resquebrajando tal consenso, con el conocimiento y la claridad de que su destrucción puede llevar a los países a nuevos ciclos de violencia, y por supuesto, con la convicción de que la democracia a veces no es tan buena, como lo declaró el nobel de literatura Vargas Llosa en una reunión de la ultraderecha, donde nos ensordeció cuando dijo que: “Los latinoamericanos saldrán de la crisis cuando descubran que han votado mal. Lo importante de unas elecciones no es que haya libertad en esas elecciones, sino votar bien”. Es decir, para esa facción del poder el único voto válido es por ellos, es por quien nos diga Vargas Llosa, los demás votos no importan.

Un fuerte mensaje de Vargas Llosa y sus partidarios. Una sentencia de un sector del poder interesado en controlar el Estado, no en la participación, la representación, ni menos en la democracia. Ello nos ayuda a pensar una pregunta central: ¿AL está ante el fin del consenso democrático pos-Estados de excepción? A la luz de lo ocurrido en Ecuador durante los últimos cuatro años, la respuesta puede ser afirmativa, lo que nos lleva a la cuestión sobre cómo AL logró revertir la imposición formal de la democracia, tras la violenta represión en los años 70 y 80, dando lugar a proyectos transformadores anclados en una estrategia propia de la representación, es decir, la capacidad de modelación de los proyectos emancipatorios en su lucha por el poder político.

El tránsito a la democracia, conocido como el consenso democrático, fue relativamente reciente en América Latina, se llegó a éste luego de un periodo de restricciones violentas impuestas (en forma de dictadura, o en forma de estatutos de seguridad) por el temor a la soberanía y a la voluntad popular. Un consenso logrado con un alto grado de coacción violenta cuyo proceso real en lo institucional y gubernamental ha sido lento -resistido por un sector del poder tradicional/conservador-. El *Lawfare*, como mecanismo geopolítico y económico se expresa como resultante y no causalidad del debilitamiento del “consenso democrático”, llevándolo a un límite que abre la incógnita sobre su propio fin.

Aunque fue un consenso centrado en la democracia formal, al permitir que todas las facciones políticas de la sociedad compitieran por el control del gobierno (bajo el estrecho sistema de representación) permitió la disputa por demandas sociales reprimidas por la fuerza en los regímenes de excepción. Desde la soberanía del pueblo surgieron fuerzas con miradas superadoras del neoliberalismo (y su democracia formal) y en algunos casos se constituyó una nueva legitimidad social (Dussel, 2006)

La competitividad política, aún en condiciones restrictivas, permitió abrir la posibilidad de constituir democracias participativas, mucho más profundas a la formalidad liberal:

“Desde la retirada de los militares como comando político armado de los intereses geopolíticos imperiales, la democracia representó para las clases subalternas la vigencia de garantías constitucionales, la libertad de opinión, la libre transitabilidad, la posibilidad de votar en elecciones, la vigencia de derechos humanos elementales y, en menor medida, la libertad de asociación sindical (...)” (García Linera, 2020).

De esa manera, la realidad política latinoamericana trascendió (sin negar la democracia representativa) el “consenso democrático” con fuerzas populares y sociales que emergieron con bríos en búsqueda de justicia social; un proceso que se desenvuelve en forma de disputas por el poder político y económico (sin acciones violentas), no sólo por la administración de las instituciones estatales, fortalecidas por vientos participativos (ibid., 2017).

Un nuevo momento, quizás inesperado para las derechas, con movilizaciones sociales constituyentes y procesos políticos de interpelación al neoliberalismo y profundamente

democratizadores, como el ocurrido en Ecuador. Desde el 2007 ese país entró en una oleada constituyente, ampliando la participación y buscando un camino soberano de crecimiento económico y distribución de la riqueza. La democracia de la justicia social (como se puede entender la democracia sustantiva) se enfrentó a la democracia liberal, no fue vista por las élites del poder como una posibilidad de ampliación de ésta, sino como un riesgo para su reproducción. Las derechas, perdedoras en los procesos electorales, viajaron al pasado y con la incompatible visión autoritaria y elitista del poder decidieron emprender una restauración neoliberal, usando como bastión un sector del poder judicial, subsidiario y beneficiario de ese poder. Una tensión que muestra con claridad el forcejeo irreconciliable entre el principio de la soberanía popular (y de pueblo) y la lógica de la acumulación capitalista (Pereyra, 2012).

Una disputa en la que se inmiscuyó EE. UU. en favor de los partidos y grupos de la derecha "afectadas" por un estancamiento declinante de sus propuestas, desprovistas de la capacidad reproductiva de su poder bajo las condiciones de legalidad democrática sin "atajos". La opción resultó ser un giro en contravía del propio discurso liberal/formal, tras lo cual decidieron allanar el camino del poder elitista, quitando a sus contrincantes del medio, utilizando diversas estrategias de poder blando, incluido el *Lawfare*.

Un "atajo" que demuestra la decisión de un sector de las derechas de AL en complicidad con los EE. UU. para desconocer la soberanía y la competencia política de los sectores subalternos. No se explica de otra manera el alineamiento y la sistematicidad en los casos de *Lawfare*. Un hecho que explica -en parte- la visión restringida de las derechas sobre la democracia representativa: sólo les sirve cuando ganan las elecciones, cuando las pierden la democracia es un orden social por resquebrajar. El *Lawfare* es un mecanismo de un engranaje mayor, que no explica por completo las disputas por el poder en la región y no es la única forma de guerra, no es un concepto totalizante que detalle un momentum político, ni las debilidades del progresismo, ni es un todo explicativo de la disputa política de la época. Es ante todo un factor disuasivo y disciplinador, utilizado por las derechas para debilitar las capacidades competitivas de las fuerzas progresistas y de izquierda.

El "consenso democrático" es enterrado de esa manera por las derechas que lo impusieron a sangre y fuego. El doble racero internacional para debatir sobre la democracia en la región no permite debatir con amplitud los efectos del *Lawfare* y el deterioro democrático promovido por las derechas aliadas de los EE.UU., los debates sobre el tema se soslayan, y se centran en los países distantes al panamericanismo, que pretende la unidad regional. No es posible decir a la larga lista de funcionarios perseguidos y procesados en Ecuador, que existe democracia en su país, cuando la se desató una cacería judicial en contra de correístas. No resulta justificable que Moreno haya modificado las reglas democráticas definidas en la Constitución de Montecristi, basadas en el consenso democrático, para controlar la Fiscalía y las Altas cortes del poder judicial para afinar la guerra judicial, que

se encaminó a cerrar la democracia y llevarla a los mínimos que quiere y gusta el señor Vargas Llosa, y todos los que él representa. Aún así, el 32 % de la población sigue “votando mal” y resistiendo a la proscripción impulsada por la derecha a través del *Lawfare*.

¿Con el *Lawfare* se resquebrajó el equilibrio de poderes?

El expresidente Moreno puso todo su capital político, y constituyó alianzas con las coaliciones de derechas lideradas por Nebot y Lasso con el propósito de cambiar la constitución, derogar el mandato del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social-CPCCS. Su objetivo fue designar un Consejo afín a sus intereses y desvincular a toda la estructura institucional impregnada o cercana a las ideas del expresidente Correa. El CPCCS transitorio, destituyó 28 funcionarios de alto nivel: Fiscal, contralor, Consejo de la Judicatura, entre otros, y nombró de forma definitiva los funcionarios destinados a reemplazar a los defenestrados de esas instituciones (violando la constitución, pues su carácter transitorio se lo impedía).

En sendos juicios sumariales, donde los funcionarios no tuvieron forma de defensa, recibieron acusaciones mediáticas (sin pruebas), y tuvieron que abandonar los cargos. Un tiempo después ese proceder antidemocrático develaría la verdadera razón de todo ese descontrol institucional: la proscripción definitiva de Rafael Correa y la persecución general del correísmo. La selectividad de los procesos es tan fuerte, que sectores opositores al correísmo y al tiempo opositores de Moreno y Lasso, se deslindan de Correa cuando el gobierno intenta conectarlos. Se creó un cinturón de fuego alrededor de la Revolución Ciudadana, que impide a otros sectores acercarse, hacer alianzas o promover pactos.

Para comprender un poco mejor lo ocurrido con el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, es necesario ampliar su papel en la Constitución de Montecristi. En ella creó una institución ligada a la participación de la sociedad civil como “arbitro” destinado a garantizar el equilibrio de poderes, un poder participativo e incluyente de la sociedad civil con atribuciones innovadoras orientadas a resolver las fallas estructurales de la participación ciudadana. El mecanismo de elección de ese Consejo es por votación popular, no de designación presidencial:

“La selección de las consejeras y los consejeros se realizará de entre los postulantes que propongan las organizaciones sociales y la ciudadanía. El proceso de selección será organizado por el Consejo Nacional Electoral que conducirá el concurso público de oposición y méritos correspondiente, con postulación, veeduría y derecho, a impugnación ciudadana de acuerdo con la ley” (Constitución Política Nacional, 2008, pág. art. 206)

El CPCCS se convirtió en ese arbitro de la democracia, y sobre todo de la ampliación participativa, encargada de elegir las principales autoridades del poder judicial: fiscal

general, procurador general, etc. Una experiencia democratizadora del poder judicial. Razón fundamental para que Moreno, y sus aliados socialcristianos, centraran su estrategia en destruir dicha institución. Primero revocando el mandato de quienes habían ganado el concurso de méritos establecido por la Constitución, nombrando de forma discrecional (sin contemplar méritos) un CPCCS transitorio con mandato destituyente. El CPCCS transitorio destituyó a las cabezas de las principales instituciones judiciales del país, y nombró en su reemplazo a un grupo de funcionarios afines al gobierno de Moreno.

La situación no concluyó con esta maniobra. En el 2019 el gobierno se vio obligado a convocar elecciones del CPCCS aplicando el nuevo mecanismo establecido por la reforma del Referéndum y la Consulta Popular, en un momento político donde resultaba insostenible la transitoriedad de los consejeros. Las elecciones resultaron para Moreno un gran fracaso. Se eligieron los consejeros del CPCCS con un resultado independiente y su mayoría de integrantes resultó distante al proyecto de restauración de Moreno y de los socialcristianos. Un hecho que provocó otro abrupto proceso de destrucción democrática.

La Asamblea Nacional-AN abrió procesos sumarios, en forma de juicio político, en contra de cuatro consejeros y los destituyó. Los medios acompañaron el juicio político justificando la acción de la AN con el argumento de una falta grave de las y los consejeros al revisar los nombramientos del CPCCS transitorio, y porque los editorialistas consideraban que los consejeros estaban contaminados de correísmo. Una verdadera razia antidemocrática, que le dio una estocada final al proyecto democratizador de la constituyente de Montecristi. En ese proceso fueron destituidos las y los cuatro consejeros porque los partidos sospechaban que eran correístas y por pretender cumplir con una de sus funciones principales: la transparencia y el Control Social.

Con las manos atadas y con la velada amenaza de juicio político por sus actuaciones, el actual CPCCS quedó en firme en agosto de 2019. Para el 2020, Moreno decidió desfinanciarlo, no recibió presupuesto solicitado para desplegar su acción de control ciudadano, sólo para sostener lo mínimo de su nómina. Su función como el poder de Transparencia y Control Social quedó por completo desinstalado. Como resultado el CPCCS no pudo seguir siendo el centro de la estrategia anticorrupción y control de la actuación del poder judicial; la pandemia dejó al descubierto la colosal corrupción de distintas instituciones, mostrando las causas estructurales de dicha acción delincinencial, sin que el CPCCS pudiera articular la lucha en contra de ese cartel de la corrupción, ni contribuir a cuidar el dinero de las y los ecuatorianos.

De la misma manera, quedó en evidencia el deterioro del consenso social en torno a la Constitución de Montecristi, y la ruptura democrática. El poder delegado por la Constitución para el control ciudadano y de interinstitucionalidad en la lucha contra

los delitos relacionados con el detrimento patrimonial del Estado resultó fracturada, Moreno con la destrucción del CPCCS y el nombramiento de sus amigos en los altos cargos del poder judicial, concentró en la Fiscalía General del Estado todo el poder, ya no ciudadano, sino punitivo, con el cual se sojuzgan opositores y se determinan las prioridades para los procesos judiciales, las causas de fuga de capitales, paraísos fiscales, los *inapapers*, los *panamápapers*, están engavetados en la oficina de la todopoderosa Fiscal General, Diana Salazar, aliada incondicional del presidente Moreno.

En esas condiciones, la acción judicial del Estado ecuatoriano se consolidó como un arma en contra del enemigo interno correísta, de la restauración neoliberal, y fue el comienzo del retorno a la instalación de un régimen represivo de tipo conservador/punitivo. Con las movilizaciones sociales y populares del 2019 esto quedó demostrado. Cuando la sociedad se expresó en contra del gasolinazo y las organizaciones indígenas, campesinas y sindicales se movilizaron, la acción estatal fue en extremo represiva y punitiva. El resultado fueron 1152 personas detenidas, 7 fallecidas, y cerca de 1320 heridas. Esas causas las lleva la Fiscal Salazar de una forma arbitraria, apuntaron en contra de las y los integrantes del correísmo que lograron escaños de importancia en las prefecturas de Manabí, Pichincha y la férrea oposición al gobierno de Moreno desde la Asamblea Nacional. Nos queda la pregunta ¿luego de esta intensa modificación institucional todavía hay división de poderes en Ecuador?, y otra más concreta, ¿cuál país o institución multilateral ha denunciado esta situación? Un asunto geopolítico que se resuelve con silencio, como tampoco se denuncia el asesinato sistemático de liderazgo sociales en Colombia, en Honduras, o en Guatemala, países con gobiernos aliados a los EE.UU.

Consolidación de la injerencia supranacional

Partimos de la siguiente cuestión: ¿Cómo fue posible el desarrollo de esta cacería política sin que la OEA, EE. UU. dijeran algo, como si lo hacen sobre la democracia en otros países de la región?, una pregunta quizás más clave es entender si ¿Lenin Moreno y Guillermo Lasso tuvieron el apoyo de ese entorno geopolítico? La respuesta empieza a elaborarse a partir de dos cuestiones centrales definidas durante el gobierno de la Revolución Ciudadana (2007-2017). La primera fue el desendeudamiento con el Fondo Monetario Internacional (con el logro de una estabilidad financiera y económica histórica para Ecuador), y la segunda fue la terminación del acuerdo militar con EE. UU. firmado en 1999 por el expresidente Jamil Mahuad (1998-2000), que permitía la existencia de una base militar de ese país en territorio ecuatoriano en la localidad de Manta. La Constitución de Montecristi prohibió la presencia de bases extranjeros en el Ecuador (2008, pág. art. 416).

En la reinstauración del neoliberalismo, liderada por Moreno y el círculo restaurador socialcristiano y financiero, la presidencia decidió endeudar de vuelta al Ecuador con el FMI, disminuyó salarios y facilitó aumentos a la gasolina que desataron movilizaciones sociales de gran envergadura (Pastor, 2019). Una decisión no sólo enfocada para volver a las ataduras técnicas de los funcionarios del FMI, sino de un enorme carácter simbólico, crearon una ventana para volver al pasado.

Ante tales hechos, en octubre de 2019, un sector de la sociedad compuesto por trabajadores, indígenas y pobladores salieron a las calles en contra de las medidas económicas del poder Moreno-PSC-Lasso, que dieron lugar a una nueva narrativa de la guerra judicial, la corrupción dejó de ser la excusa para la persecución del “enemigo interno”, se judicializó a la prefecta de Pichincha Paola Pabón, y a otros líderes del proyecto de la Revolución Ciudadana, arrestándolos por 60 días e iniciando un inaudito proceso judicial por rebelión. Una situación que provocó el exilio de otras y otros líderes de esa formación política, como Gabriela Rivadeneira, al quedar expuesta la decisión estatal de detener y procribir a las nuevas generaciones de progresistas, identificadas con el expresidente Rafael Correa.

La permanencia de Correa en la escena política, con un respaldo de más de un tercio de la población, desencadenó una nueva fase de *Lawfare* orientada a perseguir a esa generación de líderes y lideresas de la Revolución Ciudadana, y para borrar de las instituciones cualquier tipo de influencia política de dicho proyecto político. Se consolidó una asociación del poder, liderada por Moreno, Lasso, y el PSC, agenciada y ejecutada por la fiscal general del Estado, Diana Salazar, nombrada en ese cargo con el objetivo expreso de profundizar la guerra judicial, impulsando un “*Lawfare* recargado” (Romano, 2020).

Para el 2018, ya el expresidente Correa era procesado en más de 32 causas judiciales, que incluían desde acusaciones por supuesta persecución a funcionarios, sobornos, secuestro, asociación ilícita, mal manejo de la deuda pública. Procesos que siguen abiertos, y la fiscalía no para de incentivar nuevas causas judiciales. Todo esto bajo un entramado más complejo. Desde los años 90, Ecuador, como otros países de la región, se suscribieron a las orientaciones de EE. UU. para la reforma a la justicia, bajo la premisa de combatir la corrupción. No hay espacio para describir todo el entramado de lazos en la formación de jueces, la modelación institucional de la justicia y los compromisos en esa lucha contra la corrupción suscritos por el gobierno de Lenin Moreno, en su mayoría incumplidos o ejecutados de forma parcial, de catorce compromisos realizados por el presidente sólo cumplió dos, pero se mostró como el gran luchador en contra de la corrupción como queda claro en un informe realizado el 2020 al respecto (Calderón, 2020). Moreno no estaba interesado contra ese flagelo de las instituciones estatales, como quedó demostrado durante la pandemia, sino justificar el apoyo de la OEA y EE. UU. para su cruzada anticorreísta.

De otro lado, las causas judiciales y la sentencia en firme a ocho años de prisión proferida en contra del expresidente Correa por el “caso sobornos”, se caracteriza por el uso de la inteligencia del Estado para construir la información y apremiar a personas del entorno de Correa con el fin de conseguir testimonios falsos. Esta información, corroborada en los expedientes judiciales, supone la participación de integrantes de servicios de seguridad del Estado (declarados anticorreístas) y amigos de los EE. UU., contrarios a la decisión de Correa de retirar la base militar de EE. UU. enclavada en la ciudad de Manta, desde donde, entre otras cosas, se preparó el ataque del Ejército colombiano en la provincia de Sucumbíos (Ecuador) donde murió un jefe guerrillero.

Luego de la captura de la prefecta de Picchíncha, y en el contexto de movilizaciones populares, quedó al descubierto que estaban siendo objeto de escuchas ilegales, sus teléfonos estaban intervenidos sin orden judicial, y con esos audios la fiscalía general del Estado estructuró los procesos judiciales. Todo ello, luego del regreso de la base militar de EE. UU. en territorio ecuatoriano. Se desplegó una línea de acción de ciberseguridad, se activó la compra de equipamiento tecnológico con el aumento del presupuesto militar, sólo este año se han invertido más de 9,3 millones de dólares en equipos.⁽¹⁾

La influencia externa en el desarrollo del *Lawfare*, tuvo su capítulo más evidente cuando el gobierno de Colombia se inmiscuyó en el proceso electoral reciente, acusando a la fórmula presidencial Arauz-Rabascall, por la presunta financiación del ELN a su campaña. Una acusación publicada por un diario de clara relación con el gobierno en forma de nota periodística, pero que derivó en un viaje del fiscal general colombiano a Ecuador y un espectáculo mediático que supuso una condena pública, no jurídica, sobre los supuestos hechos. Se activó esa denuncia con un claro timing político, con la intención de interferir en la voluntad de los y las electoras. Existen antecedentes de este tipo de acciones con timing político, iniciadas por la justicia colombiana, que se conocen como “falsos positivos” judiciales.

Siete días antes de la primera vuelta presidencial (7 de febrero de 2021), la Revista Semana, un medio de comunicación colombiano perteneciente al segundo grupo económico más importante de ese país, la familia Gilinsky, con una línea editorial conservadora, publicó como tema central y primera página “Los explosivos archivos de Uriel”, una información de organismos de la inteligencia militar colombiana, sobre los supuestos contenidos del computador de un guerrillero del ELN, muerto en una operación de las Fuerzas Militares. En la publicación aseguran que el guerrillero tenía en su poder una carta donde informaba la entrega de 80 mil dólares a la campaña presidencial de Andrés Arauz (Semana, 2021). Luego, como ya sabemos, esa noticia “exclusiva” no terminó

(1) <https://www.elcomercio.com/actualidad/seguridad/fuerzas-armadas-compras-equipos-militares.html>

siendo nada más que una operación política de la derecha colombiana, apoyando a Moreno y Lasso en el proceso electoral.

Esta acción de la Revista Semana condujo a la apertura de un proceso judicial por parte de la fiscalía general del Estado de Ecuador por esos supuestos hechos: ¿Por qué se publicó primero en la Revista Semana, y luego, dos semanas después, el fiscal general de Colombia viaja a Ecuador a entregar supuestas evidencias de los hechos?; Si la Fiscalía colombiana conocía esos supuestos documentos ¿Por qué no informó al gobierno de Ecuador antes de la publicación? Parece que el timing político es clave en esta acción. Todo quedó en los titulares de la prensa, no hubo ninguna prueba, ni tampoco merito para una causa judicial. Todo es parte de la nueva fase de la guerra judicial en contra del correísmo, desde la cual se pretende terminar a cualquier precio la competencia política del progresismo, anti-FMI y anti-bases militares de EEUU en territorio ecuatoriano.

Referencias

- Calderón, C. J.** (2018). Informe Post Electoral Consulta popular Ecuador. Buenos Aires: Celag <https://www.celag.org/informe-post-electoral-consulta-popular-ecuador/> .
- Calderón, C. J.** (2020). Informe: Evaluación del cumplimiento de los compromisos del Gobierno ecuatoriano contra la corrupción 2017-2020. Buenos Aires: Celag: <https://www.celag.org/wp-content/uploads/2020/11/evaluacion-del-cumplimiento-de-los-compromisos.pdf>.
- Calderón, C. J., & Gómez, A.** (2019). *Lawfare* en Ecuador: La vía “Lenin” al neoliberalismo. En S. [Romano], *Lawfar: Guerra judicial y neoliberalismo en América Latina* (págs. 85-113). Buenos Aires, Madrid: Marmol Izquierdo y Celag.
- Dunlap, C.** (29 de November de 2001). Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Century Conflicts. Obtenido de www.people.duke.edu: <https://people.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf>
- Dussel, E.** (2006). 20 Tesis de política. México: Siglo XXI y Centro de Cooperación Regional para la educación de adultos en AL y el Caribe.
- Franco Restrepo, V. L.** (2009). Orden Contrainsurgente y Dominación. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Instituto Popular de Capacitación.
- García Linera, Á.** (16 de noviembre de 2020). Fin de ciclo progresista o proceso por oleadas revolucionarias. Obtenido de www.vicepresidencia.gob.bo: http://www.vicepresidencia.gob.bo/IMG/pdf/fin_de_ciclo-2.pdf
- González, G.** (2019). Informe Poselectoral Ecuador Seccionales CPCCS. Buenos Aires: www.celag.org <https://www.celag.org/informe-postelectoral-ecuador-seccionales-cpccs/> .
- Martí, J. L.** (2020). *Lawfare* y democracia. El derecho como arma de guerra. Idess No. 50, 1-11. Obtenido de www.revistaidees.cat: <https://revistaidees.cat/es/lawfare-y-democracia-el-derecho-como-arma-de-guerra/?pdf=25051>

- Pastor, M.** (9 de mayo de 2019). www.celag.org. Obtenido de www.celag.org: <https://www.celag.org/ecuador-y-fmi-misma-piedra-mismo-tropezio/>
- Pereyra, C.** (2012). *Sobre la Democracia*. México: Instituto Electoral y de Participación Ciudadana del Estado de Jalisco.
- República del Ecuador.** (2008). *Constitución Política Nacional*. Montecristi: Boletín Oficial.
- Romano, S.** (2019). *Lawfare: guerra judicial y neoliberalismo en América Latina*. Buenos Aires y Madrid: Celag y Marmól Izquierdo.
- Romano, S.** (21 de Diciembre de 2020). www.celag.org. Obtenido de www.celag.org: <https://www.celag.org/el-lawfare-puro-cuento/>
- Semana.** (2021). Exclusivo: los explosivos archivos de los computadores de uriel. *Semana*, <https://www.semana.com/nacion/articulo/exclusivo-los-explosivos-archivos-de-los-computadores-de-uriel/202122/>.
- Zafaroni, R., Caamaño, C., & Vegh, W. V.** (2021). *Bienvenidos al Lawfare 10 pasos para demoler el derecho penal*. Buenos Aires: Capital Intelectual.

VIRGILIO HERNÁNDEZ ENRIQUEZ*

Judicialización de la política y bloqueo político: el caso del “Proceso” de la Revolución Ciudadana en Ecuador

En el presente artículo se realiza un análisis de los mecanismos de la judicialización política en el Ecuador, que va desde la persecución por la vía administrativa, judicial, la reforma constitucional y el bloqueo político. Luego, se analiza las circunstancias de despojo y recambio en el Movimiento Alianza PAIS y la sistemática negativa para impedir la participación a través de las iniciativas de los Movimientos Revolución Ciudadana, Revolución Alfarista, Acuerdo Nacional y Compromiso Social.

La Revolución Ciudadana finalmente pudo participar en las elecciones de febrero de 2021, gracias a una alianza realizada con el Movimiento Centro Democrático y por la presión internacional sobre los órganos electorales, que impidieron la proscripción de la fuerza política que logró el mayor número de representantes en las últimas elecciones y que en la segunda vuelta electoral de abril de 2021, alcanzó el 48% de los sufragios, pero tuvo que vencer una serie de maniobras antidemocráticas, que incluso consideraban la posibilidad de un Golpe de Estado y el establecimiento de un “gobierno interino”.

El bloqueo político rompe con los principios elementales del Estado de derecho y del juego democrático, en la medida que impide la representación de un sector de la sociedad, la proscripción rompe con aquellos aspectos que Bobbio consideraba las precondiciones de la democracia y constituye un mecanismo fraudulento en la toma de decisiones societales. (Bobbio, 1995: 450)

(*) Abogado, Magíster en Ciencia Política y Administración Pública, con estudios de postgrado en Derecho Constitucional y en políticas públicas; Autor de varias publicaciones; Profesor de la PUCE; Asambleísta Constituyente (2007-2008); Legislador (2009-2013; 2013-2017) Presidente de la Comisión Legislativa de Gobiernos Descentralizados, Presidente de la Comisión del Régimen Económico y Tributario y Primer Vocal del Consejo de Administración de la Legislatura (2013-2015); Parlamentario Andino (2021-2025); Dirigente Nacional del Movimiento Revolución Ciudadana; Dirigente y asesor de varios movimientos sociales.

Introducción

Raúl Eugenio Zaffaroni (Zaffaroni, Raúl, 2018) define la “judicialización de la política como el fenómeno a través del cual distintos segmentos políticos **no logran resolver los problemas y contradicciones que se presentan al interior del sistema político, por ende los remiten cada vez más a la justicia**, con el riesgo de producir un desgaste en la justicia y también en la política”⁽¹⁾, por tanto, lo que pretende la judicialización de la política es incidir o modificar la correlación de fuerzas políticas a través de diferentes mecanismos de juzgamiento o utilización de la justicia.

En palabras de José Luis Martí, se usa el *lawfare* “como instrumento de combate interno, es decir como arma que algunos actores políticos utilizan para conseguir, a menudo de forma ilegítima, objetivos que no han podido conquistar políticamente, por la fuerza de las urnas. Esto incluye denuncias falsas, acciones policiales o prejudiciales injustificadas, fake news con contenido o repercusiones jurídicas, ilegalizaciones de partidos o invalidación de listas políticas, etc. Este uso del *lawfare* político ha sido especialmente intenso en el contexto de América Latina” (Martí, 2020)

En el Ecuador, durante 10 años las fuerzas de la Revolución Ciudadana lograron 14 triunfos electorales y el Movimiento Alianza PAIS se convirtió en la principal fuerza política desde el retorno democrático producido en 1979. Nunca antes una organización política había logrado dos triunfos presidenciales en primera vuelta electoral y tampoco ninguna organización había obtenido, en una elección simultánea, el triunfo para la Presidencia de la República y una mayoría parlamentaria superior a los dos tercios de la Cámara, como sucedió en el año 2013.

En las elecciones de 2017, luego de 10 años en el ejercicio del poder ejecutivo, el Movimiento Alianza PAIS, con el binomio Lenín Moreno –Jorge Glas, obtuvo un apretado triunfo en segunda vuelta electoral, aunque logró vencer en las dos rondas y estuvo a décimas de ganar la contienda en primera vuelta, al conseguir el 39.36% frente al 28.09% de los votos del binomio Guillermo Lasso– Andrés Páez, del Movimiento CREO.⁽²⁾

La derrota de Alianza PAIS, no provino de las fuerzas opositoras, sino de sus propias filas y para consolidarla era necesario un sistemático proceso de persecución que ha tenido como actores principales a los órganos de justicia de la Función Judicial, el Contencioso Electoral y la propia Corte Constitucional, sin dejar de señalar la ilegal actuación de otros organismos del Estado como la Contraloría General y el Consejo Nacional Electoral.

(1) Conversatorio del Doctor Eugenio Raúl Zaffaroni, en la Fundación Metropolitana de Quito, el 27 de julio del 2018.

(2) Según la Constitución de la República: **Art. 143**, se requiere de 40% de votos válidos para ganar en primera vuelta electoral y una diferencia mayor de diez puntos porcentuales sobre la votación lograda por el binomio ubicado en el segundo lugar.

El "*lawfare*" o judicialización de la política en el Ecuador ha sido un proceso integral, violenta los más elementales derechos y garantías como la presunción de inocencia y el rompimiento del debido proceso, hasta entramados más complejos que interfieren en la vulneración de derechos civiles y políticos fundamentales como atentados contra la libertad personal o la proscripción de la participación política, atravesado por una reforma antidemocrática del Estado y la modificación de la propia Constitución de la República.

Por ello, este proceso de *lawfare* en Ecuador ha llegado a dimensiones no vistas en otras regiones, como por ejemplo, la reforma constitucional para impedir la participación de Rafael Correa en el proceso electoral; persecución por la vía administrativa dirigida por el ex-Contralor Pablo Celi, hoy preso por delincuencia organizada; según se desprende del proceso penal, extendía informes con responsabilidad administrativa, civil o penal para castigar a opositores o desvanecía millonarias glosas de grandes empresas para beneficiarse personalmente y a su pequeño círculo.

Como sostiene Michelangelo Bovero las reglas del juego democrático, están implícitamente contenidas en los principios de libertad e igualdad política, que a su vez deben verse traducidas, no solo en las normas constitucionales, sino en su cumplimiento; si estas reglas, "se adulteran o se aplican de manera incorrecta, no coherente con los principios democráticos, se empieza a jugar otro juego." (Bovero, 2014: 17), como aconteció con la Revolución Ciudadana, cuyo bloqueo político puso en riesgo la existencia misma de la democracia en el Ecuador.

Este bloqueo, evidenció la concentración y subordinación de todos los poderes formales al Ejecutivo; el papel relevante de instancias como la Contraloría y la Fiscalía General del Estado, alineadas no solo con los ejes del poder nacional, sino también subordinadas a las directrices "antiprogresistas" de la Embajada norteamericana; y por último, el rol de los grandes medios de comunicación social, convertidos no solo en la columna vertebral sino en el cerebro de la persecución y satanización al progresismo; así como también, como los difusores de las ideas "salvíficas" del neoliberalismo conservador.

Adicionalmente, los "correístas" enfrentaron la persecución judicial y la proscripción política, puesto que se les impidió durante cuatro años registrar el movimiento político que les representaba y tuvieron que recurrir, en pleno siglo XXI, a la realización de alianzas, incluso de forma clandestina, para poder participar democráticamente en los procesos electorales, como se analizará a continuación.

Bloqueo político que viola el derecho a la participación y representación política

Despojo del Movimiento Alianza PAIS

El 1 de mayo de 2017 se celebró en la ciudad de Portoviejo la VI Convención Nacional del Movimiento PAIS, luego de escuchar los informes de las autoridades salientes del Movimiento y de un análisis de los resultados obtenidos en las elecciones generales,

así como de los retos y desafíos para el siguiente período se eligió a Lenín Moreno como Presidente del Movimiento, a Jorge Glas como primer vicepresidente, a Ricardo Patiño como Segundo Vicepresidente y a Gabriela Rivadeneira como la nueva Secretaria Ejecutiva, de esta manera y por primera vez en una década se elegía un Presidente del Movimiento distinto a Rafael Correa, quien había anunciado, meses atrás, su decisión de apartarse de la política y residir en Bélgica, también se ratificó la línea política del Movimiento y el Régimen Orgánico de Alianza PAIS.

Las diferencias ideológicas, programáticas, en el manejo económico y de la deuda; así como la decisión del gobierno de convocar a una consulta popular, que entre otros aspectos, buscaba modificaciones a la Constitución y apartar de la vida política al ex presidente Rafael Correa, así como algunas manifestaciones públicas por parte del ex Presidente Lenín Moreno respecto al "odio"⁽³⁾ que iba adquiriendo hacia quienes habían votado por él o el llamado a "respirar nuevos aires de libertad dejando de lado el comportamiento ovejuno"⁽⁴⁾ resquebrajaron rápidamente las estructuras del Movimiento Alianza PAIS y dividieron las preferencias en la militancia, lo que se evidenció en las diferencias públicas permanentes entre el Presidente Lenín Moreno y el ex mandatario, como también con la dirigencia del Movimiento, que resentía de las actuaciones y decisiones que se tomaban desde el Palacio Presidencial de Carondelet.

Adicionalmente, en los primeros meses de mandato se enfrentaron claramente dos tácticas respecto de la gestión del gobierno y sobre todo como llevar adelante el proceso de Diálogo Nacional, que había sido una promesa de campaña y que era un elemento compartido como mecanismo para legitimar el apretado triunfo electoral. Los estrategias cercanos a la línea del, ahora también, ex Presidente Moreno, consideraban como imperioso ampliar la base de sustentación del gobierno, romper la polarización existente y construir una nueva plataforma de soporte del gobierno, privilegiando la relación con los grupos de poder económico y las corporaciones mediáticas; un aspecto central en esa estrategia era la diferenciación con el gobierno anterior que lo presidió Rafael Correa y convertir el discurso de lucha contra la corrupción en el aspecto medular de dicho distanciamiento.

Otro sector del Movimiento consideraba que ninguna estrategia de "ampliación" podía hacerse desconociendo la base propia que había permitido el triunfo y se enfocaba más en

(3) El martes 29 de agosto de 2017 en una reunión con la Asociación de Bancos Privados y ante una confesión de su Presidente, Antonio Acosta, de no haber votado por él en las últimas elecciones, el Presidente de la República le agradeció y le dijo "a quienes les estoy agarrando un poco de odio, más bien, a los que votaron por mí" ¿Una broma? Presidente Moreno: A los que les estoy agarrando un ...

www.ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user...

Consultado el domingo 26 de agosto de 2021, a las 9:44 horas.

(4) Declaraciones del Presidente Lenín Moreno, el 11 de julio de 2017. Lenín Moreno vuelve a encender las redes – Telemazonas

www.telemazonas.com › Destacados

la necesidad de construir una cultura de la "corresponsabilidad" y organizar a la población que se aglutinaba como potencial beneficiaria de los planes sociales que, hasta ese momento, anunciaba el gobierno y generaban expectativa en la población, partían del criterio de que cualquier "Diálogo" debía enfrentar los problemas que subsistían en el país, como las brechas de desigualdad, empleo y la necesidad de seguir ampliando la cobertura de derechos sociales como educación y salud gratuitas para el pueblo.⁽⁵⁾ En este marco, también constituyó otro factor de diferenciación que el discurso anticorrupción sea utilizado como mecanismo de desprestigio y deslegitimación de la Revolución Ciudadana.

La dirigencia "correísta" del Movimiento Alianza PAIS sostenía que la corrupción tenía que ser combatida de manera decidida y frontal porque deteriora la democracia y erosiona cualquier proyecto de sociedad, sostenía que quien comete actos de corrupción se coloca por encima del resto de ciudadanos y de la ley, vulnerando el principio de igualdad que es lo que caracteriza el Estado Constitucional.⁽⁶⁾ Coincidió, con el discurso gubernamental, que la sociedad debe ser implacable en la lucha contra la corrupción, la determinación de responsabilidades y sanción a los culpables, garantizando justicia y que la sociedad sea reparada; pero, al mismo tiempo, demandaba la aplicación del debido proceso y que la campaña anti-corrupción no sea confundida y utilizada para venganzas y objetivos políticos, por ende se rechazaba que el entonces Presidente de la República y las más altas autoridades realicen afirmaciones y generalizaciones con el fin de provocar, ante la imposibilidad de desconocer la inmensa obra, el desprestigio de las acciones y transformaciones de los diez años de gobierno de la Revolución Ciudadana.

Estos desencuentros en los planos político-programático; de gestión de gobierno y de la táctica política respecto al énfasis del Gobierno de Lenín Moreno, pronto generaron las primeras rupturas en el gabinete ministerial, en el bloque de legisladores y en las estructuras de dirección del Movimiento, que además había sido invisibilizado en las decisiones que se adoptaban al interior del gobierno, se había desarticulado el Buro Político y roto cualquier relación con la dirigencia política del Movimiento PAIS.

En el marco de una creciente tensión, el 26 de octubre de 2017, se convocó a reunión de la Dirección Nacional del Movimiento Alianza PAIS para el 31 de octubre. En esta sesión se reafirmó el programa de gobierno de Alianza PAIS, se rechazó algunos de los temas de la consulta popular y 22 de los 32 miembros de la Dirección Nacional, aprobaron la aplicación de la Disposición General Novena del Régimen Orgánico (Estatuto), que había estado vigente desde hace varios años, para destituir de la Presidencia del Movimiento a Lenín

(5) Declaraciones de Gabriela Rivadeneira al Programa Ecuador No Para, realizadas el 20 de agosto de 2017. <https://ecuadorwillana.com/2017/08/20/rivadeneira-movimiento-pais-lucha-la-impunidad-la-corrupcion/>

Consultado el 26 de agosto de 2021 a las 10:48 horas.

(6) Manifiesto público del 1 de julio de 2017 firmado por Gabriela Rivadeneira, Secretaria Ejecutiva del Movimiento Alianza PAIS. Publicada por Diario EL TELÉGRAFO bajo la siguiente dirección: <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/politica/2/pais-apoya-la-lucha-frontal-contr-la-corrupcion-de-cualquier-procedencia>

Moreno, por faltas consecutivas a reuniones de la dirección; además, resolvieron reorganizar la Comisión de Ética, que no había funcionado por faltas reiteradas de su presidenta.

En un comunicado a la militancia el 1 de noviembre⁽⁷⁾ se explicaban de esta manera los hechos: "Lo que la Dirección Nacional ha resuelto es en estricto cumplimiento del Régimen Orgánico, pues la disposición general novena es aplicable particularmente a autoridades de la estructura orgánica del Movimiento que tengan responsabilidad jerárquica dentro de nuestra organización política, más aún cuando se trata de quien ostenta el cargo de Presidente de Alianza PAIS y en estricto apego del Código de la Democracia".

La pérdida de dignidad de presidente del movimiento fue inmediata por incumplimiento, por parte del licenciado Lenín Moreno, de la disposición novena del estatuto. Con dicha base estatutaria, asumió el cargo el vicepresidente de Alianza PAÍS, Ricardo Patiño Arca, según constaba en el artículo 20 del Régimen Orgánico o Estatuto.

Cabe señalar que, de acuerdo al ordenamiento legal que rige a los partidos y movimientos políticos, estos deben conducirse "por sus principios y estatutos" y su carácter debe determinarse en su respectivo régimen orgánico. (Código de la Democracia: Art. 310).

Con esta decisión se abrió un tortuoso camino legal que ha estado viciado de permanentes violaciones a la ley, tanto por parte de la función judicial, como por parte de los órganos del Consejo Nacional Electoral y Tribunal Contencioso Electoral.

La decisión del 31 de octubre de 2017 fue comunicada el 1 de noviembre, a través de los mecanismos electrónicos, tanto al Presidente de la República como a la Gobernadora de la Provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas, Mary Verduga, la que había sido nombrada como Presidenta de la Comisión de Ética y Disciplina del Movimiento Alianza PAIS.

El entonces Presidente de la República, en lugar de acudir a las instancias pertinentes del propio Movimiento y de forma posterior a las decisiones de los organismos electorales, en violación a las disposiciones vigentes del Código de la Democracia⁽⁸⁾, recurrió a los jueces ordinarios a fin de que le otorguen medidas cautelares e impedir que el Consejo Nacional Electoral registre la destitución de Lenín Moreno como Presidente del Movimiento e inscriba los nuevos directivos.

(7) Líneas argumentales respecto de la Decisión de la Dirección Nacional sobre la destitución del Licenciado Lenín Moreno como Presidente de Alianza PAIS.

(8) Art. 16.– Ninguna autoridad extraña a la organización electoral podrá intervenir directa o indirectamente en el desarrollo de los procesos electorales ni en el funcionamiento de los órganos electorales. Las y los integrantes de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, que se encuentren asignados a la seguridad del proceso electoral, solo podrán actuar en el cumplimiento de las ordenes emanadas por los presidentes y presidentas del Consejo Nacional Electoral, de las Juntas Regionales, Distritales, Provinciales Electorales y de las juntas receptoras del voto, en el ámbito de esta ley.

Art. 285.– Serán sancionados con la destitución del cargo y la suspensión de los derechos políticos o de participación por el período de un año:

3. La autoridad o cualquier otra servidora o servidor público extraños a la organización electoral, que interfieran en el funcionamiento de la Función Electoral.

Cabe indicar que, para el otorgamiento de las medidas cautelares, jamás se realizó una audiencia en la que los directivos de Alianza PAIS pudieran presentar sus argumentos y razones, por lo que se afectó su derecho a la defensa. Sin embargo, en una clara intromisión de la justicia ordinaria, lo que esta prohibido por el ordenamiento constitucional, se otorgaron dichas medidas a favor de Lenín Moreno el 1 de noviembre de 2017 y con ello se habilitó que la Comisión de Ética se reúna de forma ilegal, sin contar con el abogado del Movimiento que debía actuar como Secretario, el 13 de noviembre se suspendió por seis meses a nueve dirigentes de la Dirección Nacional que tomaron la decisión de aplicar el Régimen Orgánico del Movimiento.

Esta decisión judicial permitió se convoque a una reunión presidida por Lenín Moreno, el 23 de noviembre de 2017, en Guayaquil, la misma que se realizó sin el quórum requerido, nombrando a Ricardo Zambrano como Secretario Ejecutivo (encargado) y a la entonces Canciller María Fernanda Espinosa como Vicepresidenta de la organización.

A pesar de la existencia de un conflicto interno no resuelto, el Consejo Nacional Electoral (CNE), jamás envió delegado para la VII Convención del Movimiento realizada el 3 de diciembre de 2017, en Esmeraldas y que había sido decidida el 16 de noviembre de 2017, por 19 de los 32 integrantes de la Dirección Nacional, aunque en estricto derecho no se requería de la presencia de la autoridad estatal puesto que su objetivo no era la elección de autoridades sino resolver políticamente las diferencias presentadas. En esta VII Convención se oficializó la ruptura con el gobierno y se ratificaron las decisiones adoptadas por la Dirección Nacional el 31 de octubre y 16 de noviembre de 2017. Estas resoluciones fueron comunicadas al Consejo Nacional Electoral el 8 de diciembre de 2017, sin embargo, y por la fuerza de los hechos, el organismo encargado del sufragio ya había reconocido la directiva de Ricardo Zambrano.

Luego de la reunión convocada por el Presidente Lenín Moreno para el 23 de noviembre, se solicitó por parte de Gabriela Rivadeneira al Consejo Nacional Electoral, la certificación de a quien le correspondía la Secretaría Ejecutiva y se demandó ante el Tribunal Contencioso Electoral (TCE) a los jueces ordinarios que interfirieron en temas electorales; sin embargo, dicha causa fue resuelta desfavorablemente por parte del TCE, dos meses después, a finales de enero de 2018, cuando ya el propio Consejo Nacional Electoral, había decidido inscribir el 5 de diciembre de 2017 la directiva de Ricardo Zambrano y al Movimiento para que patrocine el SI en la consulta popular convocada para el 4 de febrero de 2018, resolución que también fue ratificada por el TCE el 15 de enero de 2018.

Es decir, mediante una decisión del órgano administrativo encargado de la realización de las elecciones se dirimió un asunto que estaba en litigio electoral y el Tribunal Contencioso Electoral lo resolvió, en última instancia, dos años después, puesto que dicho organismo se pronunció recién el 7 de marzo de 2018 negando, en primera instancia, el recurso presentado por Gabriela Rivadeneira de la decisión del CNE de reconocer a Ricardo Zambrano y quedó en firme el 21 de diciembre de 2019. En definitiva, el Estado

ecuatoriano no pudo garantizar la administración de justicia y la resolución de recursos que existían en la Constitución y la ley electoral

La negativa al Partido de la Revolución Ciudadana

La VII Convención realizada en Esmeraldas, entre sus resoluciones, ratificó la necesidad de defender el espacio político de la Revolución Ciudadana y de ser necesario, iniciar los trámites para el proceso de recolección de firmas (1.5% del padrón electoral) y buscar la legalización del Partido de la Revolución Ciudadana, de esta manera, el ex presidente Rafael Correa y quienes lo apoyaban buscaban superar el entrapamiento burocrático acudiendo a la ciudadanía que tendría que apoyar la recolección de por lo menos 170.000 firmas, que aún no estuviesen registradas a favor de ninguna otra fuerza política, para poder existir en el registro de organizaciones políticas aprobadas por el Consejo Nacional Electoral.

Una vez que el Consejo Nacional Electoral registró la directiva del Movimiento Alianza PAIS para participar en la campaña electoral por el SI, dejando sin un espacio político que patrocine el NO en las preguntas 2, 3 y 6 (Prohibición de reelección, reestructuración del Consejo de Participación Ciudadana para nombrar altos cargos del Estado y derogatoria de la ley de plusvalía, respectivamente) en el referéndum y consulta popular del 4 de febrero de 2018, se hizo necesario para los partidarios del ex presidente Correa, cumplir una de las resoluciones y solicitar la autorización al Consejo Nacional Electoral para registrar el Partido de la Revolución Ciudadana como una fuerza que reivindique los logros de la década 2007-2017 y el socialismo del buen vivir, que había constituido el horizonte programático de la gestión.

El 29 de diciembre de 2017 presentaron los requisitos formales para solicitar la autorización para la recolección de firmas, entre ellos la Declaración de Principios y una propuesta de Estatutos, que solo serían convalidados, si los promotores lograsen cumplir con el requisito legal establecido. Sin embargo, el Consejo Nacional Electoral el 23 de enero de 2018, negó la autorización para el inicio de trámites argumentando que la denominación Revolución Ciudadana, era la consigna que identifica al Movimiento Alianza PAIS; de esta manera se negaba por segunda ocasión los derechos para la participación política a quienes ya habían sido afectados por las decisiones del Consejo Nacional Electoral, respecto del Movimiento Alianza PAIS.

Tercer intento de recuperar los derechos políticos: Movimiento de la Revolución Alfarista: Hacia un nuevo Polo Ciudadano

El 6 de marzo de 2018, en un nuevo intento por lograr el reconocimiento, los partidarios de la Revolución Ciudadana presentaron ante el Consejo Nacional Electoral, la propuesta, por parte del ex canciller Ricardo Patiño y la Asambleísta Gabriela Rivadeneira, para iniciar el trámite de legalización del Movimiento de la Revolución Alfarista: Hacia un nuevo Polo Ciudadano, que había sido resuelto en una nueva Convención en la ciudad

de Durán; teniendo el cuidado de no coincidir en elementos que puedan ser vinculados con el movimiento gobernante.

El 5 de abril de 2018 nuevamente el Consejo Nacional Electoral negó la solicitud, esta vez, argumentando tres aspectos: que solo debía existir un promotor del Movimiento; aspectos de forma al Régimen Orgánico (Estatuto), y el tercer elemento, que demostraba la consigna política para evitar el reconocimiento, así como la arbitrariedad y subjetividad política del Consejo Nacional Electoral, puesto que resolvió, no otorgar el nombre de "Alfarista" a una organización que se declaraba de izquierda y socialista pero asumía el nombre, según criterio de los responsables de la "Dirección de Organizaciones Políticas del CNE," de un personaje vinculado al liberalismo político del país.⁽⁹⁾

El 12 de abril de 2018 Gabriela Rivadeneira presentó un oficio respuesta de 25 páginas para subsanar las observaciones realizadas al Régimen Orgánico, en este documento se aclaraba la representación legal del Movimiento y fundamentaba las razones por las que Eloy Alfaro se debía considerar no solo un liberal, sino además un radical, cuyo pensamiento revolucionó su época y confluyeron con las ideas anarquistas, socialistas y comunistas que surgieron en Ecuador a partir de la segunda década del siglo XX. En esta argumentación se recogía además el pensamiento de los principales historiadores ecuatorianos que rebatieron las inconsistencias de la burocracia del Consejo Nacional Electoral.

En la página 2 del oficio de respuesta se puede leer: "Pobrísimos y traídos de los cabellos nos parece el análisis precedente (del CNE), redactado por los señores Dr. Fidel Ycaza Vinuesa y Marco Vinicio Jaramillo, **que más que un razonamiento ideológico serio, parece un simple pretexto para negar la inscripción de nuestro movimiento.** Y afirmamos esto porque estudiosos de la historia política, de alto nivel, tales como el Dr. Jorge Núñez Sánchez, profesor universitario de larga data y académico laureado en el Ecuador y el extranjero, actual Director de la Academia Nacional de Historia del Ecuador, el historiador Juan Paz y Miño o la destacada intelectual Erika Sylva Charvet, entre otros, han demostrado con suficiencia que el general Eloy Alfaro no fue un liberal tradicional, sino un pensador que estaba más cerca del "radicalismo", corriente política que en América Latina fue el punto de partida de lo que hoy llamamos social-democracia y que todavía se mantiene con nombre propio en Chile, donde existe el Partido Radical Chileno, y en Argentina, donde pervive la Unión Cívica Radical. Además, el pensamiento Radical Alfarista alimentó las corrientes anarquistas, socialistas y comunistas que se presentaron en Ecuador a partir de la segunda mitad de la década de 1910".⁽¹⁰⁾

Gabriela Rivadeneira presentó nuevamente una queja e impugnación ante el TCE de la resolución antes indicada; sin embargo, el máximo organismo en materia contenciosa

(9) Oficio N. CNE-SG-2018-00149-of de fecha de 5 de abril de 2018, al que se adjunta el Informe Técnico N. 046-DNOP-CNE-2018, como respuesta a la solicitud para iniciar la recolección de firmas.

(10) Oficio dirigido por Gabriela Rivadeneira a la Señora Nubia Villacís, Presidenta del Consejo Nacional Electoral, ingresado el 12 de abril de 2018 a las 16:30 horas, consta de 25 páginas.

electoral, sin analizar los temas de fondo, dispuso el archivo de la causa por utilizar el término impugnación, en lugar de recurso ordinario de apelación, lo que constituyó denegación de justicia, pues por un tema de forma, el nombre del recurso, la jueza negó resolver un aspecto de fondo, pese a que existía jurisprudencia del mismo TCE que le facultaba al juez subsanar el nombre del recurso.

Bloqueo político al Movimiento Acuerdo Nacional (MANA)

Ante el bloqueo político, en el Encuentro Nacional Ampliado realizado en la Escuela Politécnica de Chimborazo, en la ciudad de Riobamba el 5 de mayo de 2018, el “proceso de la Revolución Ciudadana” resolvió desarrollar un compromiso de unidad con el Movimiento Acuerdo Nacional (MANA), representado por Juan Pablo Arévalo, organización que había recibido autorización en el mes de abril de ese mismo año, para iniciar la recolección de firmas. En dicho evento se ratificó la estrategia nacional de recolección que ya se había discutido en un Encuentro previo realizado en la Mitad del Mundo y que tenía como objetivo la participación en las elecciones seccionales de 2019.

En apenas 70 días la organización recogió 476.000 firmas con el trabajo exclusivo de su militancia que logró llegar a casi medio millón de ciudadanos que ratificaron su confianza en el liderazgo del ex Presidente Rafael Correa y en la vigencia del “proceso” de la Revolución Ciudadana. Estas firmas iban a ser presentadas el 9 de agosto, para de esa manera cumplir con el calendario electoral vigente que establecía el plazo del 24 de septiembre de 2018, para la calificación de las organizaciones que participarían en las elecciones seccionales de 2019, considerando que el Reglamento para la aprobación de organizaciones políticas le concedía al CNE el término de treinta días para la revisión de los requisitos legales: Declaración de Principios; Régimen Orgánico; Plan de Gobierno; sedes en por lo menos 13 provincias del país y firmas correspondientes al 1.5% del padrón electoral, que además debían corresponder a ciudadanos no afiliados ni adherentes a otros partidos o movimientos políticos.

Una nueva maniobra, realizada el 8 de agosto de 2018 impidió la presentación de firmas, puesto que mediante una rueda de prensa, algunas personas que decían tener la representación legal de MANA, expulsaron de la agrupación, aún no reconocida, al ex presidente Rafael Correa y a otros 9 dirigentes nacionales.

Una vez más, el 21 de agosto del 2018, el Consejo Nacional Electoral, circuló una certificación que concedió a la señora Vanesa Suárez la representación legal, sin considerar que si bien ella había iniciado el proceso de legalización renunció el 4 de mayo de 2018 a la representación legal y esta fue presentada el 7 de mayo al CNE; tampoco consideró que dicha institución había entregado la clave para el inicio de recolección de firmas a Juan Pablo Arévalo, por ende lo reconoció como representante legal de la agrupación; este hecho fue solo una reiteración del bloqueo político, atentando expresas disposiciones de la Constitución de la República y de la propia Convención Americana de Derechos Humanos.

Breve recuento de una infamia para proscribir al Movimiento Compromiso Social por la Revolución Ciudadana

En diciembre de 2018, en el límite de que se cierre, el periodo para la inscripción de candidaturas de las elecciones seccionales de 2019 y para elegir a los representantes del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, el Movimiento de la Revolución Ciudadana logró una alianza, pactada de forma clandestina, con el Movimiento Compromiso Social, que ya había intervenido en las elecciones del 2017 y 2018.

A pesar de que el Movimiento Compromiso Social, participó solo en 12 de las 23 provincias que se elige Prefecturas Provinciales y apenas en 62 de los 221 cantones municipales, logró captar 2 prefecturas, 66 concejales municipales y 88 vocales de juntas parroquiales; sin embargo, el Contralor General del Estado, desde el mes de marzo de 2020, intentó nuevamente bloquear la participación de la Revolución Ciudadana para impedir que presenten candidatos en las elecciones generales de 2021, a pesar de que todas las encuestas lo ubicaban como la organización con mayores opciones para lograr la Presidencia de la República.

El martes 10 de marzo de 2020, cuando el Ecuador ya estaba sumido en una grave crisis sanitaria y económica, nuevamente la Contraloría General del Estado emitió el Informe Borrador con el que se pretendía retirar el Registro Electoral otorgado en agosto de 2016 al Movimiento Compromiso Social, que le permitió participar en las elecciones de 2017, 2018 y 2019. Este nuevo intento inició con la lectura del borrador del Informe DNAI-AI-0147-2020, **Examen Especial al cumplimiento** de recomendaciones constantes en el informe DNA1-0053-2019 aprobado por la Contraloría General del Estado, por el período comprendido entre el 1 de agosto de 2019 y el 31 de diciembre de 2019.

Este examen, a su vez, se dio por un supuesto incumplimiento al informe DNA1-0053-2019, aprobado por la Contraloría General del Estado, en el que se recomendó al Pleno del Consejo Nacional Electoral que: "Realizara acciones tendientes a considerar y vigilar la situación legal de los Movimientos Nacionales "Justicia Social", "Podemos", "Libertad es Pueblo" y "Fuerza Compromiso Social", con respecto a su inscripción y entrega de personería jurídica".

La Contraloría General no notificó de esos exámenes al Movimiento Compromiso Social, como determinan los artículos 90 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 20 y 22 del Reglamento a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, con lo que se violentó lo dispuesto por la Constitución de la República en el artículo 76, numeral 7, en concordancia con el artículo 31, numeral 37, de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que de forma expresa obligaban a cumplir con las garantías del debido proceso, incluyendo el derecho a la defensa.

La recomendación en el numeral 2, demuestra que la Contraloría General del Estado, a pesar de su clara intención política, **jamás** recomendó la eliminación de Compromiso Social

y de los otros tres movimientos, sino solo vigilar la situación legal de los mismos, lo que efectivamente fue realizado por el Consejo Nacional Electoral, que aprobó, el 2 de enero de 2020, la Resolución No. PLE-CNE-6-2-1-2020 que dice: “Art. 2.– Mantener el derecho de inscripción en el Registro Permanente de las Organizaciones Políticas, del Movimiento Nacional “Fuerza Compromiso Social” Lista 5, **toda vez que los actos administrativos con los que se le otorgó la personería jurídica han causado estado y se encuentran en firme, por lo tanto ha adquirido derechos y ha contraído obligaciones, participando en los procesos electorales:** Elecciones Generales año 2017, en las que obtuvo un total de 3.393.156 votos, equivalente al 2.0% y en el año 2019 un total de 4.091.428 votos, equivalentes al 11.30%, que se traducen en 66 concejales sin alianza en 35 cantones del país, equivalente al 15.8%; sin perfeccionarse ninguna de las causales de cancelación previstas en el artículo 327 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia. Por tanto, posee legitimación de acuerdo con las disposiciones y requisitos que establece la Constitución y la legislación electoral, en respeto del principio proparticipación de la Organización Política.” (El énfasis me pertenece)

Con esta nueva acción, la Contraloría General del Estado interfería en la labor de una función del Estado, sobre un asunto en el que no tenía competencia, de acuerdo a lo que dispone el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y con dicha presión incidió para que el Consejo Nacional Electoral modifique su criterio que había determinado la existencia y legalidad del registro del Movimiento Compromiso Social. Esa intromisión expresamente contradijo lo dispuesto por el artículo 18 de la propia Ley Orgánica de la Contraloría que determina que **las auditorías gubernamentales no podrán modificar las resoluciones adoptadas por funcionarios públicos en ejercicio de sus atribuciones.** Todo esto se llevó a cabo con un claro interés político y por un mecanismo en el que no se revisaron el 100% de las firmas, sino apenas un muestreo. Además, esta decisión no se llevó a cabo para TODAS las organizaciones políticas nacionales o locales, sino solo para cuatro movimientos, entre ellos, Compromiso Social.

El Viernes 19 de junio de 2020 se notificó al Consejo Nacional Electoral el “Examen Especial de Incumplimiento de recomendaciones constantes en el Informe DNA1-0053-2019 aprobado por la Contraloría General del Estado, por el período comprendido entre el 1 de agosto de 2019 y el 31 de diciembre de 2019” mediante el cual, de forma arbitraria e ilegal, en un examen de seguimiento del cumplimiento de resoluciones, se estableció una **nueva recomendación** al Pleno del Consejo Nacional Electoral con el siguiente texto: “1. Dejará sin efecto la inscripción de los Movimientos Nacionales “Podemos”, “Fuerza Compromiso Social”, “Libertad es Pueblo” y “Justicia Social”...

Este propósito de la Contraloría se materializó el lunes 22 de junio del 2020, a través de la presión a la mayoría de Consejeros del Consejo Nacional Electoral, con la emisión de la predeterminación por parte de Contraloría que establecía una multa de \$ 7.800 USD y la destitución de las consejeras Diana Atamaint, Esthela Acero y al consejero José Cabrera, por no eliminar del Registro Electoral a Compromiso Social y otros tres movimientos.

El Consejo Nacional Electoral, de manera contradictoria a sus resoluciones anteriores, cediendo a las orientaciones ilegales del Contralor Pablo Celí, el domingo 19 de julio del 2020, en sesión extraordinaria aprobó el Informe Nro. 001-CNSIPT-DNOP-DNAJ-CNE-2020 adoptando como "medida cautelar" la suspensión del Movimiento Compromiso Social y otros tres movimientos, concediéndole, además, 10 días de plazo "para que las Organizaciones Políticas presenten pruebas, alegatos, elementos de descargo y observaciones, de conformidad con lo señalado en el artículo 194 del Código Orgánico Administrativo, posterior a lo cual se dará inicio al periodo de prueba".

Cabe señalar que, tanto la aplicación de las medidas cautelares como de las normas del Código Administrativo, contradecían lo expresamente señalado en el Código de la Democracia, artículo 4, numerales 2, 4 y 8, que señalaban que es dicha ley la que rige todo lo relacionado con la normativa y los procedimientos de la justicia electoral.

Esta acción de presión de la Contraloría General del Estado y la actuación ilegal del Consejo Nacional Electoral, se presentó en el marco de la proscripción política a la Revolución Ciudadana que se evidenció en las reuniones del Consejo Consultivo del 11 y 16 de junio de 2020, en las que varias fuerzas políticas plantearon a las autoridades electorales aplazar el calendario electoral; lo que coincidía, por un lado, con extender los plazos para que la Corte Nacional de Justicia pueda dictar sentencia (en cinco meses) en contra del ex Presidente Rafael Correa Delgado, con la que se le impedía que sea candidato; y, por otro, con una "Operación de Estado"⁽¹¹⁾ ejecutada desde el Contralor y otros órganos, para presionar a la Función Electoral respecto de la eliminación del "correísmo" del escenario político electoral.

El 1 de agosto de 2020, el Juez Electoral, Fernando Muñoz Benítez, dentro de la causa No 046-2020, interpuesta por el representante del Movimiento Justicia Social, frente a la decisión del Consejo Nacional Electoral de suspender a los Movimientos Compromiso Social, Juntos Podemos, Justicia Social y Libertad es Pueblo señaló que: "La Constitución reconoce y garantiza el derecho de asociación en otros ámbitos de la vida social, y la Función Ejecutiva a través de los diversos ministerios reconoce la organización de corporaciones y fundaciones de diversa índole, cultural, deportiva, académica, religiosa; pero, al referirse al derecho de asociarse en una organización política, por su importancia ha dictado normas específicas y ha creado una Función Electoral encargada de garantizar el derecho de participación y organización, por lo que el acto de constitución, inscripción y cancelación del registro, debe atender a lo previsto en el Código de la De-

(11) Así por ejemplo, la Asamblea Nacional del Ecuador pretendió reabrir el juicio político que fue archivado a finales de enero sin que exista informe de la Comisión de Fiscalización, al mismo tiempo, la Fiscalía General del Estado llamó a la Presidenta Diana Atamaint y la Consejera Esthela Acero para que rindan versión en una investigación penal por un supuesto delito de tráfico de influencia; mientras que la propia Ministra de Gobierno, María Paula Romo, admitió en una entrevista que era partidaria de que el "proceso de fiscalización" pase al Pleno de la Asamblea, aunque esto habría significado una violación a la Ley Orgánica de la Función Legislativa y al debido proceso e incluso llegó a condicionar la aprobación de presupuesto para las elecciones 2021 a determinadas "reglas" cuya aprobación son competencia exclusiva del Consejo Nacional Electoral.

mocracia, es un acto de naturaleza electoral y político, y no puede ser tratado como un mero acto administrativo sometido al COA⁽¹²⁾.

En la sentencia de 1 de agosto del 2021, el Juez Electoral, Fernando Muñoz Benítez, argumentando que la resolución del CNE no es “expresa, clara, legítima y lógica” y que se basó en un informe jurídico cuyos razonamientos “no tenían el debido sustento ni la conexión lógica con los hechos”, resolvió: Aceptar el recurso subjetivo contencioso electoral interpuesto por el señor Manuel Javier Castilla Fassio, Director Nacional del Movimiento Justicia Social y **dejar sin efecto las medidas cautelares, dispuestas en el artículo 3 de la Resolución PLE– CNE– 1-19-7-2020 de 19 de julio de 2020 y por ende, levantó la suspensión impuesta a los 4 movimientos políticos.**

El 4 de agosto de 2020, el Consejo Nacional Electoral, apeló la decisión del Juez Fernando Muñoz Benítez, la misma que puso en conocimiento del Pleno del Tribunal Contencioso Electoral (TCE), organismo que el 14 de agosto, cuando ya transcurría el plazo para elecciones internas en las organizaciones políticas, validó la capacidad de revisar el procedimiento administrativo por parte del Consejo Nacional Electoral, pero al mismo tiempo, ratificó la decisión de primera instancia del Magistrado Muñoz Benítez respecto de suspender las medidas cautelares que impedían la participación política de estos movimientos políticos; mientras de forma paralela, el Consejo Nacional Electoral, el 11 de agosto de 2020, nuevamente concedió treinta días para que los movimientos presenten pruebas, respecto de la validez de su existencia legal que había sido resuelta por el propio organismo.

A mediados de septiembre del 2020, el Consejo Nacional Electoral, reafirmó la decisión de eliminar a Compromiso Social y a los otros tres movimientos políticos, resolución que fue apelada por la organización política que representaba al correísmo y el 11 de noviembre de 2020, gracias a la presión nacional e internacional, el Tribunal Contencioso Electoral ratificó la existencia del movimiento Compromiso Social, cuando ya había concluido el plazo para la inscripción de candidaturas y transcurrían los plazos para la calificación de las mismas.

La Revolución Ciudadana, sin embargo, pudo presentar candidatos a Presidente y Vicepresidente de la República, Asambleístas Nacionales y Parlamentarios Andinos porque advirtiendo la ofensiva para dejarlos fuera de la contienda, realizaron, de forma inesperada, una alianza con el Movimiento Centro Democrático, a mediados de julio del año 2020, lo que le permitió que todos sus candidatos puedan inscribirse y luego de la decisión del Tribunal Contencioso Electoral, se validó la Alianza 1-5.

El 22 de septiembre de 2021, la Alianza UNES presentó la candidatura del binomio presidencial Andrés Arauz y Rafael Correa, a quien el 7 de abril se le había sentenciado para 8 años de prisión e inhabilidad de participar 25 años en actividades públicas, decisión que

(12) Sentencia– 046-20-010820, del 1 de agosto de 2020, emitida por el Juez Electoral, Doctor Fernando Muñoz Benítez, punto 51.

luego fue rebajada a 8 años, en segunda instancia y el 7 de septiembre se le negó la casación en un "proceso express" sobre una acusación de sobornos, en la que la defensa del ex Presidente, ha denunciado pruebas forjadas y que la sentencia se construyó en un cruce de comunicaciones entre la fiscalía y el juez ponente de la Corte Nacional, para determinar que su participación se la realizó a través de "influjo psíquico"; sin embargo, mientras se agotaban los recursos de ampliación y aclaración, se presentó la candidatura, la que fue negada porque por un lado, el Consejo Nacional Electoral, argumentó que la inscripción del binomio de la Revolución Ciudadana no había cumplido con la aceptación de la candidatura a Vicepresidente, por parte del ex Presidente Rafael Correa, de forma presencial, aunque la transitoria segunda del Reglamento de Democracia Interna, señalaba que dicha candidatura debía aceptarse de forma "personalísima, expresa e indelegable", requisitos que fueron cumplidos por el Ex Presidente, utilizando firma electrónica y mecanismos virtuales, aceptados en nuestra legislación. Por otro lado, la Corte Nacional se apresuró a negar todos los recursos y por tanto, al haberse ejecutoriado la sentencia del caso Sobornos, Rafael Correa quedó incurso en una de las inhabilidades dispuesta por la Constitución, Código de la Democracia y Reglamento de Inscripción de Candidaturas, por lo que la alianza debió enfrentar una serie de batallas jurídicas para cambiar de candidato vicepresidencial, de acuerdo a lo previsto en la normativa legal y luego sortear la serie de impugnaciones que sistemáticamente se presentaron.

Es preciso señalar que, la absurda acusación por Sobornos, se dictó sin que se haya podido probar la materialidad del delito y peor aún la participación del expresidente, razón por la que, Diego García Sayan, Relator Especial de las Naciones Unidas para la Independencia de Jueces y Abogados, señaló en septiembre de 2021, que desde el punto de vista técnico jurídico, el Caso Sobornos tiene inconsistencias que guardan relación con la independencia judicial "por el atropellado procedimiento seguido y por violaciones al debido proceso como utilizar un tipo penal indeterminado al invocarse solo la Constitución Política por parte de la Fiscalía", además ha señalado que el proceso tendría motivaciones políticas al intentar impedir la participación en el proceso electoral del ex Presidente Rafael Correa Delgado.⁽¹³⁾

Conclusiones

1. Esta serie de hechos ilegales, inconstitucionales y sistemáticos de impedir la inscripción del Movimiento Revolución Ciudadana, ya sea arrebatando la personería jurídica de Alianza PAIS, impidiendo la inscripción de Revolución Ciudadana, Revolución Alfarista, Acuerdo Nacional e incluso eliminando del Registro Electoral al Movimiento Social que tenía personería jurídica desde 2016, constituyeron operaciones que fueron parte de una "operación de Estado" para impedir la participación del "correísmo" en

(13) <https://confirmado.net/2021/09/08/contundente-informe-de-relator-de-onu-en-contra-de-la-justicia-ecuatoriana-por-caso-sobornos/> Consultado el 12 de octubre de 2021.

la contienda política, con lo que se atentó no solo a los principios básicos del Estado de Derecho y las reglas del juego democrático, entendidas como un “conjunto de reglas de procedimiento con la participación más amplia posible de los interesados” (Bobbio, 1986: x) sino que, adicionalmente, cuestionó la transparencia del proceso electoral y la independencia de los organismos electorales.

2. Esta serie de incidentes al margen de la ley, influyó en las condiciones de justa competencia electoral que debe caracterizar cualquier proceso electoral, lo que incluso pone en duda la situación misma del carácter democrático y profundiza las condiciones oligárquicas del régimen ecuatoriano, puesto que, “la democracia es el régimen de la igualdad, de la isonomía, de la ley igual para todos; (en cambio) la oligarquía es el régimen del privilegio, de la ley diferente para quienes pertenecen al círculo de poder” (Zagrebelsky&Canfora, 2020:15)
3. El sistemático bloqueo político rompió con el pluralismo que debería caracterizar a las sociedades democráticas y propendió a un régimen autoritario, que como dice Ferrajoli, pretenden el “unanimismo”, que a su vez conllevaría la destrucción del espíritu público, la homologación ideológica, el fin del pluralismo y con ello de la libertad, considerando que lo que caracteriza a la democracia es “no tanto el consenso libre como el libre disenso”. (Ferrajoli, 2014: 40)
4. El 14 de septiembre de 2021, el Consejo Nacional Electoral aceptó el cambio de directiva y estatutos del Movimiento Compromiso Social, aprobadas en la Convención del 28 de Agosto y por tanto, la modificación de denominación a Movimiento de la Revolución Ciudadana, Lista 5; cuatro años después se registró a una de las principales fuerzas políticas del Ecuador, pero aún resta saber si con este reconocimiento concluyó el proceso de persecución y *lawfare*; más aun en el escenario de incertidumbre de los Pandora Papers que por ahora señala al Presidente Guillermo Lasso Mendoza.

Referencias

- Bobbio, Norberto**, (1986). El Futuro de la Democracia. (México D.F: FCE).
- Bobbio Norberto**, 1995, Novena Edición (1981) Diccionario de Política (México D.F: Siglo XXI Editores).
- Bovero Michelangelo**, (2014) “¿Crepúsculo de la Democracia?”. Bovero Michelangelo & Pazé Valentina. La democracia en Nueve Lecciones (Madrid: Editorial Trotta).
- Ferrajoli, L., & Ibáñez, P. A.** (2014). La Democracia a través de los derechos el constitucionalismo garantista como Modelo Teórico y como proyecto político. (Madrid: Editorial Trotta).
- Ferrajoli, L., & Ibáñez, P. A.** (2016). Principia iuris. (Madrid: Editorial Trotta.).
- Martí, José Luis**, 2020, “*Lawfare* y Democracia. El derecho como arma de guerra”, Revista IDEES, (Catalunya) N. 50. <https://revistaidees.cat/es/lawfare-y-democracia-el-derecho-como-arma-de-guerra/>
- Zaffaroni, Raúl Eugenio**, 2018, “El *lawfare*”, Conversatorio en la Fundación Metropolitana 27 de julio del 2018, Quito.

ORNELLA G. CONDORI*

***Lawfare* como herramienta del poder hegemónico en América Latina: el caso argentino en el período 2014–2019 (en proceso)**

“el Imperio triunfante ha tomado en cuenta sus errores y en sus nuevos modelos logra corregir y superar muchos de ellos.”

(González Casanova, 2006, p. 293)

Un recorrido sociohistórico sobre la dependencia latinoamericana

Acaecida a sangre y fuego la invasión colonial en 1492 se impuso un sistema de dominación articulado basado en la exclusión de las grandes mayorías de la población, es decir por encima de los pueblos indígenas que habían sobrevivido, permitiendo la concentración político económica que abastecía a los países colonizadores, estableciendo las bases para el sistema de acumulación originaria del capital. (Ansaldi y Giordano, 2012)

La llegada del Estado Moderno en los países latinoamericanos no quebrantó las bases de las relaciones de expoliación, sino que permitió, en general la consolidación de la dominación oligárquica, es decir, de un poder político central que después de varias fragmentaciones logró una cierta monopolización. Cuyo modelo económico elegido por este pequeño sector, en connivencia con las economías centrales afianzó aún más la

(*) Ornella G. Condori (ornella_gi@hotmail.com)– Maestría en Estudios Sociales Latinoamericanos– UBA/ Diplomatura: Estudios de Hegemonía, Geopolítica y Comunicación (UPPAG/ CIEPE).

estructura desigual, y es que “la dominación oligárquica se corresponde con el patrón de acumulación de modelo primario exportador –si bien no todos los países insertos en estos regímenes políticos oligárquicos–, y ello implica la vinculación estrecha con el imperialismo.” (Ansaldi y Giordano, 2012: pp. 476)

Esa dependencia históricamente construida crea también nuevas subjetividades que favorecen la internalización y normalización de la dependencia con el poder mundial, así es que, tomando las afirmaciones de Aníbal Quijano se puede decir que, hay “una relación umbilical entre los procesos históricos que se generan a partir de América y los cambios de la subjetividad o, mejor dicho, de la intersubjetividad de todos los pueblos que se van integrando en el nuevo patrón de poder mundial. Y esos cambios llevan a la constitución de una nueva subjetividad, no sólo individual, sino colectiva, de una nueva intersubjetividad.” (Quijano en Lander, 2000, pp. 130)

Dicha conformación de la intersubjetividad es objeto de construcciones simbólicas que se diseminan en los diversos campos del quehacer humano, como la literatura, las ciencias sociales, etc. (Beigel, 2006, pp. 289-290).

De esa manera se van retroalimentando las relaciones de dominación, atravesando todo tipo de escalas, ya sean nacionales, regionales, internacionales e imperial, complejizando ese movimiento constante de un centro queriendo concentrar y una periferia, en algunos casos, queriendo autodeterminarse, pero que con frecuencia tienen aisladamente, un carácter bastante consensual y espontáneo, con una fuerte asimetría estructural, que privilegia el centro en detrimento de la periferia. (Jaguaribe, 1979, pp. 94)

Como resultado de las estructuras económico, sociales, políticas históricamente construidas interna y externamente es que se fueron desarrollando gobiernos con una mayor o menor tensión con las economías centrales, dependiendo del grado de autonomía que pretendían; en especial con el imperio norteamericano que en el siglo XX se encontraba en franca confrontación con la URSS por la hegemonía mundial.

Tras la aparición de procesos con fuerte identidad nacionalista y, en general, con un fuerte componente antiimperialista, a saber, los gobiernos populistas como Lázaro Cárdenas del Río, Juan Domingo Perón y Getúlio Dornelles Vargas; de movimientos revolucionarios en Bolivia, Guatemala o Cuba. EEUU buscó mantener su predominio en nuestro continente como su “patio trasero” llevando adelante procesos injerencistas, así fue que, en connivencia con las oligarquías nacionales y militares, se propiciaron las dictaduras más sangrientas que hayamos conocido, a fin de evitar formas de avance político– económico socialistas y/o comunistas. James Dunkerley hace referencia a la situación teniendo en cuenta la cruzada de Joseph Mc Carthy contra toda postura antiimperialista y, con respecto a la revolución boliviana destaca, “la alarma de Wash-

ington ante la posibilidad de una “ocupación comunista” en un Estado situado en el corazón de América del Sur y en los límites de otros cinco países que incluían a la Argentina de Perón. (2003, pp. 14)

Restauradas las bases de las relaciones oligárquicas pro imperialistas la democracia vino acompañada de la mano de la ola neoliberal, profundizando los niveles de desigualdad, al mismo tiempo que favoreciendo las relaciones individualistas, es decir, la conformación de subjetividades orientadas al patrón de poder mundial capitalista. Como ejemplo de ello es menester destacar, conforme plantea de Pablo González Casanova, que “los procesos regresivos llevan a la formación de grupos y líderes privilegiados que se insertan en los sectores medios y en las mafias, élites y oligarquías ampliadas.

En nuestro tiempo esos procesos llevan a la recolonización transnacional y globalizadora en que se combinan las deudas adquiridas con el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, con los golpes militares y de cuerpos de élite entrenados en las escuelas especiales de la guerra sucia, o con los políticos modernos de las “universidades de excelencia” que realizan la transición a una democracia de las minorías, con la “libertad de comercio” considerada como esencia de la libertad humana, y con las corporaciones y complejos militares-industriales-financieros reconocidos como los verdaderos soberanos.” (2006, pp. 306-307)

Por consiguiente, la monumental deuda externa y la interrupción del flujo financiero ha hecho que América Latina se convierta en exportadora neta de capital. (Puig; 1986, pp. 53)

Sin embargo, retomando a Waldo Ansaldi podemos afirmar que “históricamente, la democracia se opone, en América Latina, a la dominación oligárquica, primero.” (2012, pp. 45), permitiéndonos entender porque después de las profundas crisis económicas neoliberales, surgieron gobiernos de corte progresista que llevaron adelante cambios político económicos que mejoraron la calidad de vida de las mayorías y coartaron los proyectos estratégicos de los EEUU como el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) que permitía a dicho país y sus empresas consolidar, profundizar y hacer irreversibles las políticas de ajuste estructural de las últimas décadas, pretendiendo establecer de una vez por todas la prioridad absoluta de los derechos del capital sobre los derechos de la gente (Lander, 2004, pp. 8-9)

En concordancia, destacamos lo aseverado por Eva Golinger, para quien la expansión en América Latina de gobiernos progresistas impulsando políticas inclusivas y soberanas en el siglo XXI ha sido percibida por Estados Unidos como una amenaza a su influencia en la región. La estrategia de injerencia y desestabilización usada por Washington para recuperar su dominio regional ha dado lugar a una constante campaña para socavar estas democracias latinoamericanas. (2014, pp. 34)

América Latina en la geopolítica de EEUU y China

En el Siglo XX era incuestionable el control hegemónico logrado por los Estados Unidos, reflejado en los avances conseguidos previa y durante la guerra fría, recurriendo al uso de la fuerza a escala internacional para reafirmar su supremacía, permitiéndole la construcción y el desarrollo de armamento militar y novedosos avances en la carrera armamentística (Regalado, 2006); no obstante, se puede afirmar que en años recientes se ha producido cierto declive del imperio norteamericano.

Sin pretender sentenciar la crisis de hegemonía de EEUU, pero intentando hacer un repaso de las actuales dificultades, entre algunas de las causas del deterioro podemos mencionar: los crecientes déficits fiscal y comercial-problema que es estructural– llevándolo en 2009 a convertirse en el mayor deudor planetario, con un monto equivalente a casi todo su PIB (Rapoport y Brenta, 2010). Al mismo tiempo que las contradicciones sociales internas se acentuaron. La calidad de los empleos y el salario medio se deterioraron. El país ha ido perdiendo el carácter excepcional de ofrecer seguridad económica y social a los distintos estratos o grupos sociales, se han polarizado los ingresos y se ha incrementado la desigualdad social y las condiciones de pobreza. (Castillo Fernández y Gandásegui, hijo, 2010, pp. 25)

Por otro lado, nos encontramos con el gigante asiático, China; que, mientras en 1948 su participación representaba el 0.9 % de las exportaciones mundiales, para el 2012 su ascenso lo llevó al 11.4 %. De hecho, ese año desplazó a Estados Unidos como la principal economía exportadora, cuyas ventas alcanzaron 8.6 del total mundial– (Martínez Cortez, 2015, pp. 3). Al mismo tiempo, dentro del contexto de la evolución económica, se destacan la adquisición de nuevas capacidades tecnológicas y el desarrollo tecnológico que han sido las bases de su progreso y las que han hecho que hoy día los principales líderes chinos pongan énfasis en los mega-proyectos, especialmente en temas militares, como la producción de armas nucleares y de satélites, que se suman a su industria de telecomunicaciones, y coloca al país asiático en la vanguardia de la industria aeroespacial (Martínez Cortez, 2015, pp. 6).

En la misma dirección, podemos referirnos al rol fundamental que cumplió en los acuerdos comerciales con países latinoamericanos por medio de las commodities; según la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), en el periodo 2005-2009, las exportaciones totales de América Latina y el Caribe aumentaron un 13% anual promedio, mientras que las realizadas a China crecieron un 26% anual promedio en el mismo periodo. El aumento de la demanda china estimuló una fuerte mejora en los términos del intercambio de la región, que se apreciaron un 13% entre 2000 y 2009⁽¹⁾. Si bien ello significó una mejora en los recursos fiscales para los países

(1) Cepal: Anuario estadístico de América Latina y el Caribe, 2010, Naciones Unidas, Santiago de Chile, diciembre de 2010, disponible en www.eclac.org/publicaciones/xml/6/42166/LCG2483b_contenido.pdf

latinoamericanos, en contraposición también significó cierta desventaja porque reprimizó sus economías (soja, recursos mineros, entre otros) y deterioró las ventajas industriales que algunos países tenían en la región. Ya que, la oferta de productos industriales de China desplazó a productos locales y de otros orígenes de los mercados de la región. Por ejemplo, en el mercado brasileño, el efecto fue especialmente importante, ya que la competencia con productos chinos afectó a una de cada cuatro empresas industriales. (Sevares, 2011, pp. 39).

El ascenso vertiginoso de China preocupa a los estrategas norteamericanos, en este sentido Ricardo Aronskind (2019) destaca que,

desde Henry Kissinger en adelante, se desvelan pensando en la forma de “contener” a China. La administración Obama lo intentó mediante el diseño de grandes tratados de comercio e inversión que excluyeran a China, y falló. Trump ahora acude a la agresión comercial y tecnológica (Huawei), llegando incluso a separar investigadores chinos de Estados Unidos de investigaciones de importancia estratégica. La actual desestabilización política de Hong Kong es parte del mismo paquete. El “problema” es que China no es un país de los tantos que se someten dócilmente a las ambiciones norteamericanas,

Tal descripción nos refiere un panorama geoestratégico que beneficia a China, desempeñando un rol que por excelencia Estados Unidos ocupaba. Y que sitúa a Latinoamérica en un espacio de tensión entre estas dos grandes economías.

Sin embargo, en el corto plazo, la lucha por la hegemonía lleva al imperio norteamericano a utilizar distintas herramientas, en el ahorro acumulado que posee en gran parte del globo, principalmente en los países en desarrollo que con sus deudas externas que son una fuente constante de financiamiento; con un presupuesto militar equivalentes al presupuesto militar del resto de los 190 países que integran la ONU, y cerca del 50% del presupuesto militar mundial. (Rapoport y Brenta, 2010), otro aspecto que explota reside en el nivel intersubjetivo, porque lo que la hace fuerte está también en el plano ideológico, en la fabricación y exportación hacia todo el mundo del llamado American way of life; entre otros.

En consecuencia, no son sólo las armas lo que le permite a Estados Unidos mantener cierto control, sino otro tipo de estrategias, Pablo González Casanova apunta a la estrategia basada en los “modelos de desestabilización”, de “guerra interna” y de “guerra de baja intensidad llevada a una situación de dominación y empobrecimiento que tiende a extenderse como una especie de cáncer social que llega a los centros vitales del Imperio y del Capitalismo. (2006, pp. 294) Y es que, como afirma el politólogo norteamericano Gene Sharp “la naturaleza de la guerra en el siglo XXI ha cambiado (...) Nosotros combatimos con armas psicológicas, sociales, económicas y políticas”.⁽²⁾

(2) <http://www.telesurtv.net/news/Latinoamerica-sigue-siendo-el-blanco-de-los-golpes-blancos-20150822-0012.html>

¿Qué es el *lawfare*?

Creo que es posible entender la *lawfare* como una nueva herramienta del centro para mantener las relaciones de dominación con la periferia y en articulación con poderes nacionales. Puesto que, no es menor que el concepto surge en 2001 por el General Mayor Charles Dunlap, ex juez general adjunto, jefe de la Fuerza Aérea de los EEUU, Washington, D.C., con el ensayo que realizó para la Universidad de Harvard titulado “Law and Military Interventions”, allí la definió como “el uso del derecho como un arma de guerra” (Dunlap 2001). Tanto Dunlap como Joel P. Trachtman (2017), coinciden en que su objetivo estratégico consiste en remplazar la guerra convencional e intentar lograr un consenso social en desmedro del enemigo al que se quiera atacar con la utilización del poder judicial como herramienta fundamental y el asedio o persecución de los medios de comunicación hegemónicos. En línea con esta aseveración, González Casanova (2006) afirma que “la nueva guerra, decretada por Estados Unidos en septiembre del 2001 implica en escala mundial los modelos de la guerra de baja intensidad. Los movimientos alternativos cobran conciencia creciente –y tienen cada vez más información oficial al respecto y un pensamiento crítico que radicaliza sus planteamientos alternativos–.” (pp. 309)

Intentando hacer un acercamiento sobre cómo opera en América Latina y el Caribe, el Cientista de la Comunicación Pablo Pallas (2019), afirma que el concepto de *lawfare* entraña una vinculación entre las empresas de comunicación oligopólicas, que al tener vínculos con el imperialismo se vale del mismo como estrategia argumentativa para la defensa ideológica de las relaciones imperiales; tomando como ejemplo los casos de Lula Da Silva, Cristina Fernández, entre otros.

Complementando esta visión, cabe mencionar que, desde una perspectiva jurídica, el ex juez de la Corte Suprema de Justicia Argentina, Raúl Zaffaroni (2018) cree que se conforma, por un lado a un sector de la justicia, y por el otro, un sector predominante de los conglomerados de los empresarios de los medios de comunicación concentrados quienes “fabrican una realidad” reproduciendo un discurso polarizado del Estado, la política y los políticos como lo malo y corrupto y, del poder financiero como lo bueno y lo virtuoso.

Por otro lado, el Instituto de Estudio y Administración Local (IDEAL) en su trabajo “Algunas consideraciones sobre el fenómeno *lawfare* (Guerra Jurídica)” hace un desglose del concepto, afirmando que se compone por diferentes dinámicas: –Timing político: implica que el caso judicial (utilizado como un arma) se hace público en momentos de alto costo político para la persona o grupos que son desprestigiados. – Reorganización del aparato judicial: las élites con el control del aparato del Estado colocan en espacios clave a “técnicos” (abogados, jueces, fiscales) vinculados al po-

der de turno, para atacar al adversario político y/o prevenir situaciones hostiles que puedan provenir de éste. – El doble rasero de la ley: si bien pueden salir a la luz varios casos de corrupción, se “elige” seguir de cerca a unos, invisibilizando o desestimando otros. – Medios de comunicación masivos y concentrados: su función es operar como “periodismo de guerra”. Al mismo tiempo ellos describen quienes son los actores del fenómeno *lawfare* “el actor principal es el Poder Judicial, en connivencia con los medios de comunicación. La víctima siempre es un referente social, dirigente popular o funcionario público.” (2016)

A la vez, la Dra. Silvina Romano, en el curso “América Latina en la geopolítica de EEUU” dictado el 4 de junio de 2019 por la CELAG, describió la *lawfare* como el “uso indebido de instrumentos jurídicos para fines de persecución política, destrucción de imagen pública e inhabilitación de un adversario político. Combina acciones aparentemente legales con una amplia cobertura de prensa para presionar al acusado y su entorno (incluidos familiares cercanos) de modo que quede más vulnerable a las acusaciones sin pruebas. El objetivo: lograr que pierda apoyo popular para que no disponga de capacidad de reacción.”

Por lo tanto, para poder entender cómo opera el *lawfare*, la definición que tomaré es: el mal uso o el uso indebido del instrumento jurídico que tiene como principal objetivo evitar que gobiernos de corte progresista (con altas probabilidades porcentuales) puedan volver a acceder al poder, para lo cual resulta fundamental la acción articulada de tres actores importantes: parte del poder judicial, los medios de comunicación hegemónicos y el poder político.

Lawfare en Argentina, una estrategia para los tiempos que corren

En suma, numerosos países latinoamericanos en el S. XXI ampliaron sus relaciones comerciales con el gigante asiático, que, en algunos casos más que en otros, debilitó el aparato industrial y fomentó la reprimarización de la economía; también posibilitó una entrada de divisas que en cierta medida compensaron la caída de las exportaciones industriales, logrando una fuente de capital que le permitió llevar adelante políticas distributivas, viabilizando el camino para que la Argentina –de la mano de Néstor C. Kirchner y Cristina E. Fernández de Kirchner– sacaran de una crisis económica, político y social en el que el país estaba sumergido⁽³⁾; apaleando situaciones económicas sociales críticas tras la ola neoliberal y otorgándole el rol que el Estado supo tener como distribuidor de recursos y garante de derechos sociales (Sader, 2009).

(3) Cepal: Anuario estadístico de América Latina y el Caribe, 2010, Naciones Unidas, Santiago de Chile, diciembre de 2010, disponible en www.eclac.org/publicaciones/xml/6/42166/LCG2483b_contenido.pdf

Pero tras la derrota del candidato del Frente Para la Victoria en las elecciones de 2015, se dio inicio a la llegada de un gobierno neoconservador, neocolonialista o de derecha, representado por Mauricio Macri, con políticas económicas promotoras de las condiciones de dependencia: deuda externa, ampliación de la comercialización del petróleo por empresas norteamericanas, apertura irrestricta del mercado, fuga de capitales, llevando a un deterioro importante de la calidad de vida de la población, y en franco beneficio al capital trasnacional, en especial al norteamericano.

Al poco tiempo de difundirse la posible postulación de Cristina Fernández⁽⁴⁾ (opositora con mejor intensidad de votos), empieza un proceso de persecución judicial (generación de causas con fundamentos endeblés o manipulados) en manos de jueces como Claudio Bonadío o el fiscal Carlos Stornelli, vinculados a los EEUU, los medios de comunicación hegemónicos (con programas como Periodismo para Todos de Jorge Lanata, y periodistas como Daniel Santoro asociados al grupo Clarín y La Nación en un caso; y el poder político de turno⁽⁵⁾ capaces de hacer uso de todo tipo de herramientas, como la elección de jueces en lugares estratégicos⁽⁶⁾.

Tamaña articulación entre estos sectores influyó para que una parte de la población creyera en el desprestigio de la ex mandataria.

De los inicios del proceso de mi investigación surge que en el caso de Cristina Fernández: Una serie de causas judiciales cobraron impulso en 2015 apenas la ex mandataria dejó la presidencia. Para hacer un repaso de las doce causas, primero debemos tener en cuenta, que, nueve de ellas, las llevaba adelante el ex Juez Bonadío⁽⁷⁾ a cargo desde 2011 del Juzgado Criminal y Correccional Federal N°11⁽⁸⁾ (Comodoro Py). Segundo, la improbabilidad matemática para que las causas estén a cargo del mismo juzgado⁽⁹⁾. Y tercero, los endeblés argumentos sosteniendo las causas iniciadas por sus opositores.

(4) <http://www.telesur.tv/news/Latinoamerica-sigue-siendo-el-blanco-de-los-golpes-blandos-20150822-0012.html>

(5) <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v32n93/0102-6909-rbcsoc-3293112017.pdf>

(6) Con una intención de voto del 40%. <https://www.elcoheteealaluna.com/la-escuela-de-las-americas-judicial/>

(7) <http://pajarojo.com.ar/?p=42697> y <https://www.elcoheteealaluna.com/la-vida-te-da-sorpresas/>

(8) Como ejemplo de ello, y en referencia a nuestros casos, encontramos que el fiscal Carlos Stornelli fue invitado por Mauricio Macri en el día del Ejército Argentino el 29 de mayo de este año (<https://www.elcoheteealaluna.com/juez-y-parte-2/>).

(9) Dólar Futuro, Gas Licuado, Fotocopia de los cuadernos. Bonadío, Memorándum con Irán, Documentos Históricos, Subsidios irregulares trenes, Subsidios irregulares transportes, Peculado (Envío de los diarios por avión) y Supuesta usurpación de título. Bonadío— la cual ya fue sobreseída después de que la Facultad envió al juzgado una copia certificada del libro de actas, una copia del documento que estaba en el legajo de Fernández de Kirchner y una copia de la planilla de inscripción e ingreso a la Facultad con la firma y una foto de la expresidenta.

Por consiguiente, podemos afirmar que América Latina, y en este caso Argentina, sigue siendo fundamental para la mantención del centro de poder global, y como desde la misma época de la colonia se instalaron relaciones de dominación económicas, sociales, políticas y culturales, dando un carácter histórico sin el cual no se podría entender los niveles actuales de explotación y desigualdad; y las dificultades para la independencia y una verdadera soberanía. Sin embargo, sólo será posible que nuestro continente salga de este oscuro proceso de *lawfare* si tiene un conocimiento por lo menos cercano de ello, de lo contrario probablemente continúe con su proceso de expansión en otros gobiernos sin las medidas previas que permitan contenerlo.

Mesa 17

El *Lawfare* como estrategia regional: los casos de Brasil, Argentina, Ecuador y Bolivia al debate

Marcelo Ribeiro Uchôa – Gisele Ricobom

Sonia Boueiri Bassil

Virgilio Hernández Enriquez

Larissa Liz Odreski Ramina – Lucas Silva de Souza

José Carlos Moreira da Silva Filho – Lia Raquel

Sousa Rabelo Fernandes

Fausto Marchiaro

Manoela Carneiro Roland – Tchenna Fernandes

Maso – Felipe Fayer Mansoldo

Sebastião Rodrigues Gonçalves

MARCELO RIBEIRO UCHÔA* – GISELE RICOBOM**

***Lawfare* e Erosão democrática no Brasil**

Em junho de 2013, quando o Brasil se preparava para dar início a uma maratona de eventos internacionais de grande porte, que se iniciaria com a Copa das Confederações FIFA daquele ano, o Mundial FIFA (Copa do Mundo) do ano seguinte e os Jogos Olímpicos do Rio de Janeiro de 2016, o país foi sacudido por uma série de protestos que foi batizada pela historiografia oficial como Jornadas de Junho. Os eventos tiveram como justificativa de fundo a tentativa da ex-presidenta Dilma Rousseff de emplacar uma emenda constitucional (PEC 37) reestruturando procedimentos de investigação policial e judicial à revelia de interesses corporativos do ministério público, mas foram rapidamente amplificados para expressar uma suposta indignação social contra o governo, pela ineficiência de políticas públicas de gestão e cerceamento de liberdades democráticas, contrassensos inequívocos considerando-se que, naquele momento, o país experimentava seu melhor momento econômico da história recente⁽¹⁾, com instituições políticas funcionando plena e harmonicamente, em consonância com suas atribuições constitucionais.

Os eventos foram turbinados pela exploração da mídia e, à medida que cresciam em número de pessoas nas ruas, com participação desproporcional e incomum de camadas sociais abastadas, cresciam em hostilidade contra o governo, especialmente contra a presidenta Dilma Rousseff. Manifestações, em tese, pacíficas com pautas claramente

(*) Marcelo Uchôa é Doutor em Direito. Professor da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Integrante da Secretaria de Relações Internacionais da Associação Brasileira de Juristas pela Democracia (ABJD).

(**) Gisele Ricobom é Doutora em Direito. Professora da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Integrante da Secretaria de Relações Internacionais da Associação Brasileira de Juristas pela Democracia (ABJD).

(1) Em 2010, o PIB brasileiro havia atingido 7,5% (IBGE, 2021), o mais elevado da série iniciada em 1996. Em 2011, o país ultrapassou a Grã-Bretanha e se tornou a sexta economia do mundo (BBC BRASIL, 2011). O Brasil saiu do mapa da fome da FAO em 2014, após retirar cerca de 30 milhões de brasileiros da linha de extrema pobreza (FAO, 2014).

misóginas contra uma mulher. Ódio à flor da pele que logo se expandiria contra as pautas feministas, o movimento LGBTQIA+, as políticas antirracistas, ações de memória e justiça, medidas de inclusão social, em síntese, um rechaço aos avanços civilizatórios agregados à cultura política do país pelos governos petistas dos anos imediatamente anteriores.⁽²⁾

Sob os olhares atônitos do mundo, uma ode conservadora assenhorou-se do Brasil, reduzindo o pluralismo de então a uma toada monocromática, supostamente patriótica, em torno do enfrentamento à corrupção e dos valores das famílias tradicionais cristãs do país. Foi neste clima carregado que se realizaram, em 2014, as eleições presidenciais mais acirradas da história democrática brasileira entre Dilma Rousseff, candidata à reeleição, e Aécio Neves, na ocasião derrotado por menos de 2% dos votos. A divisão projetara-se no Parlamento, emergindo-se dali uma bancada preponderantemente avessa à presidenta da República, decidida a não lhe deixar governar em seu segundo mandato.

O acirramento de 2014, que se projetou durante todo ano de 2015 com protestos de rua e medidas de boicote parlamentar e que repercutiu num impeachment injusto de Dilma Rousseff, em agosto de 2016, foi temperado pela midiáticação das ações seletivas da Lava Jato, operação investigativo-judicial protagonizada no juízo federal de Curitiba para apurar corrupção na Petrobrás que, mais adiante se saberia, havia sido tramada em conluio entre o ministério público federal e o ex-juiz Sérgio Moro, ambos interessados em desgastar o governo de Dilma para dele aproveitar-se politicamente.

O impeachment permitiu a assunção presidencial de Michel Temer, que imediatamente inverteu a agenda política nacionalista e social do governo anterior por uma agenda de subserviência geopolítica aos Estados Unidos, de base ideológica conservadora, profundamente neoliberal na economia, com abertura para a privatização da malha estratégica do Estado, em especial da exploração do Pré-Sal.

E foi assim que, à revelia das urnas e por meio de uma instabilidade institucional sem precedentes induzida pela Lava Jato, os sussurros de junho de 2013 ganharam corpo nos governos pós-2016. Estava em curso no Brasil, embora poucos àquela ocasião atentassem, uma guerra dissimilada, não violenta, alavancada pelos Estados Unidos, para sujeitar o país às suas orientações internacionais, entre elas o arrefecimento das relações no BRICS, o boicote à cooperação progressista na América Latina, além da entrega econômica.⁽³⁾

(2) Governos do presidente Luiz Inácio Lula da Silva (1º de janeiro de 2003 a 31 de dezembro de 2006 e 1º de janeiro de 2007 a 31 de dezembro de 2010).

(3) Tese também defendida pelo ex-ministro das relações exteriores do governo do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, chanceler Celso Amorim (BRASIL 247, 2021).

A pedra sobre este tipo de guerra não convencional estadunidense já havia sido cantada, em novembro de 2015, em entrevista concedida ao *Jornal Sul 21* pelo professor e sindicalista cubano Raúl Capote Fernández que, entre 2004 e 2011, agiu como espião de Cuba infiltrado na CIA. (*Sul 21*, 2015). Segundo o duplo agente, a tarefa que os Estados Unidos lhe encomendaram – e que obviamente não obteve êxito porque ele era espião cubano disfarçado – era, aproveitando-se da condição de ativista político e líder sindical, incendiar as massas para que se levantassem contra o regime comunista. Disseminar uma guerra cultural e derrotar o sistema por dentro do sistema, através não da violência explícita, mas da manipulação dos engendramentos internos visando a própria corrosão. Em suma, pôr em prática 198 ações teorizadas por Gene Sharp no livro *Da ditadura à democracia* (Sharp, 2015: 121-132), por exemplo, mobilizações de massa, utilização de mídia, aportes de grupos econômicos, lockout, boicotes parlamentares, intervenções judiciais, etc.

Estava ali uma explicação para os eventos de desestabilização institucional em curso no Brasil, desde 2013. Igualmente, uma explicação para a bisbilhotagem dos Estados Unidos sobre a ex-presidenta Dilma, fato revelado em documentos vazados por Edward Snowden, ex-funcionário da Agência de Segurança Nacional dos EUA (NSA), também em 2013 (G1, 2013), e reforçado em 2015 pelo site WikiLeaks (2015).

O norte-americano Andrew Korybko, na obra *Guerras Híbridas* (Korybko, 2018), dissecou o método de desestabilização de governos estrangeiros pelos EUA com uso de métodos brandos. Para o analista político, Gene Sharp é o possível “maior responsável pelo sucesso das revoluções coloridas”, a partir da Primavera Árabe de 2010, um “Maquiavel da não violência” (Korybko, 2018: 63). As táticas brandas, até então vitais para balançar a Síria e a Ucrânia, aumentavam em intensidade e possibilidade de êxito à medida que se ampliava o acesso mundial às redes sociais, tornando-se possíveis conexões integradas, geração de algoritmos e propagação de mensagens em velocidade e escala.

A guerra não convencional protagonizada no Brasil não foi uma exclusividade brasileira. A estratégia foi aplicada em boa parte da América Latina para reverter as tendências nacionalistas preponderantes na região na primeira década do século XX. Em 2008, quando se realizou, na Bahia, a I Cúpula da América Latina e Caribe sobre Integração e Desenvolvimento (CALC), que em 2010 daria forma à Comunidade de Estados Latino-Americanos e Caribenhos (CELAC), a tônica era criar um organismo internacional multilateral e verdadeiramente independente de Washington para contrapor-se à subserviência Organização dos Estados Americanos (OEA).

Em 2009, deu-se o primeiro golpe, em Honduras, sobre Manuel Zelaya. Nos anos seguintes caíram por impeachment, Fernando Lugo, em 2012, no Paraguai, e Dilma Rous-

seff, em 2016, no Brasil. Evo Morales sofreu um golpe clássico na Bolívia, em 2019. Cristina Kirchner, na Argentina, Rafael Correa, no Equador, e, em menor grau, Michelle Bachellet, no Chile, sofrem até hoje com processos judiciais. No Brasil, o ex-presidente Lula da Silva amargou 580 dias preso. Em 30 anos é improvável que os governos anti-imperialistas de Cuba, Nicarágua e Venezuela tenham gozado de um único dia de paz sequer. Em 2002, Hugo Chávez chegou a sofrer um golpe clássico, depois revertido.

Devido à sua importância política, econômica e geográfica o domínio do Brasil sempre se mostrou vital às pretensões geopolíticas estadunidenses na região. Durante a ditadura militar, entre 1964 e 1984, por orientação direta dos Estados Unidos, o país abraçou a Operação Condor, exportando terror contra todas as resistências democráticas e antiditatoriais na América do Sul. Num mundo pós-guerra fria, porém, convém que a força bruta seja, sempre quando possível, substituída por armas mais sutis. Invasões de soberania, compartilhamentos de táticas, ações, é conveniente que tudo seja menos explícito. A arma escolhida para viabilizar os golpes recentes na região foi o *lawfare*. A operação Lava Jato, por sua vez, foi um instrumento para aplicar o *lawfare* no Brasil e justificá-lo em outros países.

Susan Tiefenbrun define *lawfare* como arma de destruição do inimigo, através do uso, mau uso e abuso do sistema legal e de mídia, para criar uma comoção pública contra o inimigo.⁽⁴⁾ Ou seja, uma judicialização seletiva, acompanhada de estratégia midiática, para a desestabilização política. A Lava Jato, responsável pelo apoio social ao impeachment que resultou na deposição de Dilma Rousseff, em agosto de 2016, e que repercutiu na prisão do ex-presidente Lula da Silva, em abril de 2018, foi 100% *lawfare*.

O primeiro ano do segundo governo Dilma, 2015, foi um ano conturbado. A mídia corporativa não deu trégua em sua oposição descompensada. A corrupção no entorno da Petrobrás, cujas raízes remontavam há décadas, foi pauta diária nos noticiários do país. Não havia limites para mentiras e agressões em capas de revistas e jornais quando se tratava da presidenta Dilma, tampouco do ex-presidente Lula. No Parlamento, boicotes sistemáticos contra a governabilidade executiva dificultavam o manejo da política econômica pela equipe de governo implicando em retração dos números do país. Apesar disso, eventos de rua contrários à presidenta mantinham-se arrefecidos desde a reeleição, no fim de 2014, de maneira que não teria havido impeachment presidencial se uma medida ardilosa oriunda do Poder Judiciário, nascida da caneta do juiz Sérgio Moro, titular da Lava Jato, não tivesse dado à mídia um combustível que faltava para levar novamente às ruas a legião de opositoristas.

(4) *Lawfare* is a weapon design to destroy the enemy by using, misusing, and abusing the legal system and the media to rise a public outcry against that enemy. (Tradução livre). (Tiefenbrun, 2010).

O processo de impeachment contra Dilma sustentado em bases jurídicas infundadas havia sido recebido pelo Parlamento, em dezembro de 2015, por revanchismo do presidente da Câmara dos Deputados. Em março do ano seguinte, 2016, num dado momento em que a presidenta tentava resgatar as bases políticas de seu governo, Lula foi convidado para o cargo de Ministro da Casa Civil. O áudio da ligação telefônica foi grampeado ilegalmente pelo juiz Moro e vazado para o principal telejornal do país, que o apresentou como se fosse uma trama para livrar o ex-presidente das investigações que sordidamente já vinha sofrendo da Lava Jato. O país pegou fogo. Dilma Rousseff seria destituída naquele impeachment fraudulento em agosto do mesmo ano. O objeto de desejo da operação investigativo-judicial de Curitiba, doravante, seria o ex-presidente Lula.

O ex-presidente deixara o governo, em 2010, com popularidade recorde de 87% (Datafolha, 2010), algo jamais obtido por um chefe de Estado no Brasil. Mesmo com toda perseguição midiática e todo desgaste provocado pelo impeachment de Dilma, mantinha-se firme nas bolsas de apostas para a presidência nas eleições seguintes, em 2018. Somente o aniquilamento de sua imagem e o efetivo encarceramento poderiam evitar que retornasse ao cargo que ocupara entre 2003 e 2010, o que, àquela altura, significava um risco concreto para os que conspiraram pelo impeachment, ávidos por manterem o país à distância das políticas de inclusão social, de joelhos para o rentismo do mercado e os interesses dos Estados Unidos.

Lula foi humilhado pela Lava Jato. A exposição midiática a que foi submetido foi desumana. Teve a vida pessoal devastada, viu os filhos caçados como ratos, viu a mulher morrer de tanta pressão. Em março de 2016, chegou a ser conduzido coercitivamente à polícia, escoltado por duas centenas de agentes, sob holofotes de televisão. Em setembro do mesmo ano, poucos dias após o impeachment de Dilma, foi acusado pelo ministério público, sem provas contundentes, em sessão digna de teledramaturgia, com uso e abuso de powerpoint.

Dessa mesma maneira, sem consistência, foi julgado e condenado. Teve recursos decididos em velocidade meteórica, sendo preso, em abril de 2018, antes do esgotamento de seus apelos na última instância judicial. Foi impedido de dar entrevistas. Preso, tentaram tirar-lhe de reclusão em cela especial na polícia federal para encarceramento em presídio. Foi proibido de acompanhar o velório do irmão morto. Por pouco não lhe privaram também de acompanhar o velório do neto de sete anos. Em razão das sanções aplicadas pela condenação, foi impedido de candidatar-se à presidência em 2018, quando as pesquisas de opinião lhe apontavam como franco favorito na disputa. Teve vedada a associação de sua imagem à campanha de Fernand Haddad, candidato escolhido pelo PT para concorrer à presidência em seu lugar.

Durante os 580 dias em que o presidente Lula permaneceu preso nada arrefeceu a Lava Jato em sua sanha persecutória. Prazos foram encolhidos, recursos desprovidos, pedi-

dos negados. Nem os advogados do presidente foram poupados da cólera dos agentes de justiça: tiveram telefones grampeados, sendo-lhes surrupiada a confidencialidade das conversas profissionais com os clientes. Inquérito infundado foi aberto contra um dos advogados com clara intenção intimidatória.

A farsa judicial da Lava Jato começou a ser tornada pública a partir de junho de 2019 quando o site *The Intercept_Brasil* (2021) começou a divulgar série de reportagens com trechos de mensagens trocadas entre o juiz Sérgio Moro e os procuradores federais da operação. Os chats revelaram que as supostas provas utilizadas no processo principal que levou o presidente Lula ao cárcere eram desacreditadas até mesmo pelo ministério público, titular da acusação. Mostraram, também, que juiz e procuradores mantinham intimidade espúria na administração do processo, confabulando sobre estratégias de acusação e defesa, posturas em audiências, diligências judiciais e ministeriais, vazamentos de informações sigilosas para a mídia, datas de realização de expedientes, etc. Exibiram, outrossim, interesses políticos escusos por trás da operação. Entre loas para si e fogueiras de vaidades, procuradores comentavam sobre identificações políticas, aventavam deixar o cargo para assumir cargos eletivos e até discutiam com o juiz Moro sobre deixar de lado investigações sobre autoridades políticas do espectro de preferência do conluio.

Na continuidade dos acontecimentos, às vésperas das eleições de 2018, o Juiz Moro vazou para a imprensa uma delação que já havia sido recusada pelo ministério público, apenas para prejudicar a campanha de Fernando Haddad e eleger o concorrente, Jair Bolsonaro, o que acabou acontecendo após uma campanha eivada de Fake News e expedientes de baixo nível. No final daquele ano, o juiz Moro abandonou a magistratura para assumir o cargo de ministro da Justiça do novo governo que não teria sido eleito se ele não tivesse impedido o presidente Lula de candidatar-se e cooperado para a derrota de Haddad.

A condução coercitiva de 2016, os grampos nos telefones dos advogados, a renúncia do juiz à magistratura para incorporar ao novo governo, dentre outros argumentos, foram levantados pela defesa de Lula para pedir a suspeição do ex-juiz nos processos em que atuou contra o ex-presidente. Em 2021, em sessões que se estenderam entre março e junho, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o juiz da operação Lava Jato, Sérgio Moro, agiu com suspeição. Não houve imparcialidade do juízo. Segundo a Suprema Corte, os processos contra o ex-presidente sequer poderiam ter sido decididos em Curitiba. Até o foro para processar as ações foram manipuladas pelo ex-juiz para levar a matéria às suas mãos. A farsa da operação veio abaixo.

Guerra híbrida, Lava Jato e *lawfare* são termos que se entrelaçam no Brasil. O *lawfare* foi a arma que a Lava Jato utilizou para destruir seus inimigos. Aparelhamento escan-

carado do sistema jurídico brasileiro para fins políticos, sob pretexto de combate à corrupção. Um pretexto que a Lava Jato também usou para estender tentáculos sobre outros países da América Latina. No rastro de empreiteiras multinacionais supostamente envolvidas em corrupção, a Lava Jato invadiu soberanias, desestabilizou politicamente governos e provocou rupturas democráticas fronteiras afora, a exemplo do que fez no Brasil, consolidando as intenções imperialistas dos Estados Unidos. Na América do Sul, a operação respingou na Argentina, na Bolívia, na Colômbia, no Chile, no Equador, no Paraguai, no Uruguai, na Venezuela. No Peru, o ex-presidente Alan García suicidou-se. Ramificações da operação estenderam-se ao Panamá, El Salvador, República Dominicana e México. Em toda América a Lava Jato destrói soberanias e impõe pesados encargos, exceto nos Estados Unidos para onde destina seus dividendos econômicos e geopolíticos.

Há cinco anos não se sabia, mas hoje se sabe bem como os estadunidenses mantiveram-se por trás da Lava Jato, manipulando-a em sua guerra híbrida. Documento do Departamento de Estado dos Estados Unidos divulgado pela WikiLeaks revelou que, em suas ações para reforçar os laços judiciais com o Brasil, os norte-americanos realizaram treinamento de operadores de Justiça brasileiros, contando com a participação do ex-juiz Moro como um de seus colaboradores (Wikileaks, 2009). O ex-juiz, que hoje presta serviços à Alvarez & Marsal, firma estadunidense que administra a recuperação judicial de empreiteiras que outrora destroçou com suas sentenças, reconhece haver integrado o “Programa de Instrução para Advogados na Escola de Direito de Harvard e do International Visitors Program” igualmente organizado pelo Departamento de Estado estadunidense. (PENIDO; STÉDILE, 2021, p.118-119). Procuradores da Lava Jato e agentes correlatos do Departamento de Justiça dos Estados Unidos compartilharam informações à revelia de procedimentos legais no Brasil. Agentes do FBI estiveram no país monitorando diligências. Bilhões da Petrobrás foram apurados em acordo extrajudicial com o Departamento de Justiça nos Estados Unidos e seriam direcionados para a estruturação de uma fundação privada no Brasil supostamente voltada ao monitoramento da corrupção. Tudo clandestinamente, sem o conhecimento dos órgãos competentes. Faz lembrar os intercâmbios confabulados com a odiosa Escola das Américas, no século XX, nos treinamentos militares que visavam promover golpes de Estado continente adentro.

A Lava jato destruiu economicamente o Brasil. Devido à operação, multinacionais foram à falência, empresas quebraram, 4,4 milhões de empregos foram para o espaço. A estimativa é de que, no período, o país tenha perdido 3,6% de crescimento no PIB, 47,4 bilhões de reais em tributação e 20,3 bilhões de reais em contribuições sobre folha (DIEESE, 2021). O país caiu da 6ª posição no ranking das economias mundiais para a atual 12ª posição (IMF. GDP, 2021), com tendência de continuar caindo. Pos-

sivelmente o país já retornou para o mapa da fome. 14,8% de desemprego contra os 4,8% de antes da Lava Jato. Dificilmente a Petrobrás se livrará algum dia da imagem de transnacional corrupta.

Piores que os resultados econômicos da Lava Jato foram as repercussões políticas para o Brasil. A criminalização da política impactou no equilíbrio das forças internas, deslocando o poder para o retrocesso civilizatório. O fomento ao ódio à esquerda foi proporcional à alavancagem do fascismo, hoje personalizado na figura de um presidente da República que destrói o próprio país, maltrata o próprio povo, desdenha de suas obrigações para com o mundo.

Bem diferentemente de antes da Lava Jato, o país tornou-se terra fértil para conservadores messiânicos, misóginos, racistas, homofóbicos, aporofóbicos, ignorantes de todos os matizes. Um pandemônio dantesco que já favoreceu à morte de mais de seiscentas mil pessoas nesta pandemia de Covid-19, centenas de milhares das quais sobreviveriam se não houvesse convivência com o negacionismo científico de um presidente que jamais teria sido se não fosse a erosão democrática patrocinada pela guerra híbrida e o *lawfare* da Lava Jato.

Referências

As mensagens secretas da Lava Jato. The Intercept_ Brasil, jun. 19; maio 2021. Disponível em: <https://theintercept.com/series/mensagens-lava-jato/>. Acesso em: 15 out. 2021.

Brasil supera Grã-Bretanha e se torna 6ª maior economia, diz entidade. BBC Brasil, 26 dez. 2011. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2011/12/111226_grabretanhabrasil_ss. Acesso em: 15 out. 2021.

Conass (2021). Painel Conass Covid-19. Disponível em: <https://www.conass.org.br/painelconass-covid19/>. Acesso em: 15 out. 2021.

Datafolha. Avaliação Lula 17 a 19/11/2010, 20 dez. 2010. Disponível http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2013/05/02/aval_pres_20122010.pdf. Acesso em: 15 out. 2021.

DIEESE (2021). Implicações econômicas intersetoriais da Operação Lava Jato, 16 mar. 2021. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/outraspublicacoes/2021/impactosLavaJatoEconomia.html>. Acesso em: 15 out. 2021.

Ex-agente duplo conta como a CIA promove 'guerras não violentas' para implodir governos. Sul 21, 2 nov. 2015. Disponível em: <https://sul21.com.br/breaking-newsentrevistas/2015/11/ex-agen->

te-duplo-counta-como-a-cia-promove-guerras-nao-violentas-para-implodir-governos/?amp=1. Acesso em: 15 out. 2021.

FAO (2021). The State of Food Insecurity in the World: Strengthening the enabling environment for food security and nutrition 2014, p. 23. Disponível em: <http://www.fao.org/3/i4030e/i4030e.pdf>. Acesso em: 15 out. 2021.

IBGE (2021). SCNT – Sistema de Contas Nacionais Trimestrais. PIB. Séries históricas. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/contas-nacionais/9300-contas-nacionais-trimestrais.html?=&t=series-historicas&utm_source=landing&utm_medium=explica&utm_campaign=pib#evolucao-taxa. Acesso em: 15 out. 2021.

IMF (2021). GDP, current prices: Billions of U.S. dollars. Disponível em: <https://www.imf.org/external/datamapper/NGDPD@WEO/OEMDC/WEOWORLD/BRA/ADVEC>. Acesso em: 15 out. 2021.

Korybko, Andrew (2018). Guerras Híbridas: das revoluções coloridas aos golpes. Tradução de Thiago Antunes. (São Paulo: Expressão Popular).

O que deslanchou o *lawfare* contra Lula foi o petróleo, diz Celso Amorim (vídeo). Brasil 247, 13 abr. 2021. Disponível em: <https://www.brasil247.com/brasil/o-que-deslanchou-o-lawfare-contralula-foi-a-questao-do-petroleo-diz-celso-amorim?amp>. Acesso em: 15 out. 2021.

Penido, Ana et al (2021). Ninguém regula a América: guerras híbridas e intervenções estadunidenses na América Latina. (São Paulo: Expressão Popular).

Proner, Carol et al. Org (2018). Comentários a um acórdão anunciado: o processo Lula no TRF4. (São Paulo: Outras Expressões).

Quem são os agentes do FBI que atuaram na Lava Jato. Agência Pública, 2 jul. 2020. Disponível em: <https://apublica.org/2020/07/quem-sao-os-agentes-do-fbi-que-atuaram-na-lava-jato/>. Acesso em: 15 out. 2021.

Sharp, Gene (2015). Da ditadura à democracia: o caminho para a libertação. Tradução de Susana Sousa e Silva (Lisboa: Tinta da China).

Tiefenbrun, Susan (2010). "Semiotic Definition of *Lawfare*. Case Western Reserve Journal of International Law, V. 43, 2011". Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1866448. Acesso em: 15 out. 2021.

Veja os documentos ultrassecretos que comprovam espionagem a Dilma. G1, 2 set. 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2013/09/veja-os-documentos-ultrassecretos-que-comprovam-espionagem-dilma.html>. Acesso em: 15 out. 2021.

Wikileaks. Bugging Brazil, 4 jul. 2015. Disponível em: <https://wikileaks.org/nsa-brazil/selectors.html>. Acesso em: 15 out. 2021.

Wikileaks. Brazil: Illicit Finance Conference uses The “T” World, succesfully, 30 out. 2009. Disponível em: https://wikileaks.org/plusd/cables/09brasilia1282_a.html. Acesso em: 15 out. 2021.

Zanin Martins, Cristiano et al. (2020). *Lawfare: uma introdução* (São Paulo: Contracorrente).

SONIA BOUEIRI BASSIL*

El uso estratégico del derecho frente a la Guerra Integral contra Venezuela

Introducción

Desde 1999, Venezuela no ha parado de sufrir agresiones multiformes como parte de una guerra integral: golpes de Estado, sabotajes petroleros y eléctricos, gürimbas, guerra económica, incursiones militares e intentos de magnicidio, hasta llegar recientemente a la aplicación de criminales Medidas Coercitivas Unilaterales (MCU) que han causado gravísimas afectaciones a los DDHH.

En esas más de dos décadas, la *Revolución Bolivariana* ha sabido responder con acciones combinadas: políticas, diplomáticas, económicas y/o jurídicas. No obstante, según el Procurador General de la República, en los últimos años:

“Experimentamos lo que podría identificarse como un cambio de teatro de operaciones. Desde un teatro de operaciones político y diplomático a un teatro de operaciones jurídico. Las mayores y más efectivas agresiones contra el país se produjeron a partir de acciones hostiles disfrazadas de leyes, de órdenes ejecutivas, de decisiones judiciales, de la judicialización de causas imaginarias y de la imputación de crímenes sin ningún respeto a los principios fundamentales del debido proceso y el derecho a la defensa” (Muñoz, 2021).

A nuestro parecer, el Derecho siempre ha sido un campo de disputa importante en nuestro proceso político. Sus líderes parecen haber tenido claro que aquel es producto de relaciones de poder en contextos históricos concretos y que, como producto humano,

(*) Abogada por la Universidad de Los Andes de Mérida, Venezuela (ULA). Master en el *International Institute for the Sociology of Law Oñati* y Doctorado en Derecho por la Universidad del País Vasco, España. Postdoctorado en DDHH y Derecho Internacional Humanitario (IASEN, Caracas). Profesora titular en la Escuela de Criminología de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas ULA. Jefa del Dpto. de Control Social y de la Unidad de Estudios de Postgrado. Investigadora del CLACSO, en el Grupo de Trabajo “Crítica Jurídica y Conflictos Sociopolíticos”. E-mail: soniabbasil@gmail.com

no cabe fetichizarlo. Con frecuencia lo usan de manera estratégica para, precisamente, neutralizar acciones arbitrarias y contrarias al Estado de derecho y al Orden internacional, lo que ha permitido a la Revolución sobrevivir (aunque no ileso). Intentaremos exponer, a continuación, una síntesis de esa variada gama de agresiones y de respuestas jurídico-políticas desplegadas en su devenir histórico, dentro de una dinámica de disputas compleja y multidireccional.

La guerra de otro modo: notas acerca de la Guerra integral

En los últimos años se ha usado con mucha frecuencia la expresión *guerra híbrida*, ya que aquí las modalidades de guerra convencional y no convencional se unen y son difíciles de distinguir. No obstante, "[...]. El uso, aparentemente, indistinto de términos, como Guerra Híbrida, Asimétrica, No Convencional, Multiforme, Multidimensional, Irrestricada, entre otra variedad de conceptos, para dar cuenta del mismo fenómeno, con sus respectivas variantes de forma; evidencia una debilidad epistemológica [...]. Una muestra de dicha debilidad es la incapacidad para reconocer la guerra, es decir, no hay consenso o criterios definidos, claramente, en cuanto al inicio formal de la guerra o, incluso, saber si un país está en guerra o no" (Angiolillo y Sangronis, 2020: 8-9).

Nos adherimos a la idea de que el fenómeno que sucede en Venezuela encaja con mayor asertividad en el concepto de la guerra integral o sistémica, que es la nueva forma de intervención del imperialismo. Este tipo de guerra gira en torno a la opinión pública, tanto mundial, como dentro del país atacado. Su objetivo es buscar su cerco legítimo, su intervención por motivos no militares, la desestabilización caótica controlada, la neutralización del Estado para defenderse o desplegar un modelo de desarrollo distinto al imperial, el deterioro material y psicológico de la sociedad y el ataque legítimo para derrocar a su gobierno. Todas se complementan con la finalidad de provocar, gradualmente, el colapso generalizado; retrasando, al mismo tiempo, cualquier acción defensiva hasta que se logre una posición favorable, desde el punto de vista mediático o legal (Angiolillo y Sangronis, 2020: 41).

Aunque no descarta los medios militares (sus componentes y estrategias), la guerra integral despliega una serie de ataques indirectos que dificultan la atribución de responsabilidades, intentando disminuir los niveles de rechazo sobre el país que los ejecuta, e incluso, pueden imputarle el caos que ocasiona al propio agredido. Son, pues, acciones de guerra difusas –y muchas veces encubiertas–, que pueden mimetizarse con las desventajas y/o debilidades propias que todo país posee. Esto hace difícil identificarlas, prepararse para neutralizarlas y contraatacar.

Algunos de los principios de la guerra integral consisten en que las acciones a tomar deben realizarse gradualmente y de forma tal que sea posible negar cualquier partici-

pación ilegal o no autorizada en otro país (negación plausible). Suele ampararse, frecuentemente, en la tercerización, delegando a un tercero las competencias comprometedoras. Otro principio consiste en que hay que hacer la guerra contra todos (Estados y pueblos) y en todas partes (extraterritorialidad), alegando la omnipresencia del enemigo. La guerra integral es también una guerra asimétrica, ya que, normalmente, uno de los adversarios presenta una superioridad notable en cuanto a recursos económicos, tecnológicos y militares, y, además, la guerra se aplica sin restricciones, es decir, “no hay reglas, nada es prohibido”. Por último, y no menos importante, está el principio de la plasticidad, el cual consiste en la capacidad de aprendizaje y adaptación del gobierno intervencionista, evaluando y calibrando constantemente sus agresiones e impactos contra el país agredido (Ibid: 9-16).

En todo caso, lo importante aquí es reconocer que la guerra ya no es sólo la continuación de la política, sino la política misma. Especialmente, los países como EEUU, inciden notablemente en el diseño y control del marco jurídico internacional, manipulando el uso de las leyes a su favor. Pero, más allá de ello, la ofensiva integral trabaja en función del control del sistema de legitimación que permite generar una legalidad paralela que, progresivamente, sustituya de facto al gobierno legítimo (Idem).

El uso estratégico del Derecho por parte de la Revolución Bolivariana: un breve recuento histórico

Venezuela ha sido víctima de la más despiadada ofensiva integral. El país fue desde 1925 hasta 1970 el principal surtidor de petróleo del mundo, no obstante, desde los años cuarenta hasta finales del siglo XX el 20% de la población más pobre había recibido alrededor del 5% de la riqueza, mientras que el 20% más rico la recibió por encima de 40%. Nuestra condición de neo-colonia también afectaba en el plano político. Desde la muerte del dictador Gómez hasta 1961, la democracia, podría decirse, era breve pausa entre dos golpes de Estado, especialmente cuando los intereses petroleros norteamericanos chocaban con posiciones de defensa nacionalistas de nuestros recursos. A partir de los sesenta, los gobiernos “democráticos” venezolanos, ya habían aprendido la lección sobre cómo permanecer en el poder. El siglo XXI abre con una dependencia alimentaria del extranjero de casi un 70 %. Se puede afirmar que, en nuestro caso, prevaleció una “pobreza de Estado y pobreza de los habitantes” más que un Estado de bienestar, aunque se haya proclamado en las distintas Constituciones (Boueiri, 2012: 66-67).

Con la Revolución Bolivariana las cosas comienzan a cambiar. El mismo día de su toma de posesión, después de obtener un abrumador triunfo electoral, el Presidente Hugo Chávez pronunció en el Congreso Nacional esa histórica frase: Juro sobre esta moribunda Constitución, e inmediatamente saldría a firmar un decreto presidencial llamando a referéndum para que el pueblo decidiera si quería una Asamblea Nacional Constituyente

(ANC), el cual ganaría con el 92% de los votos. Comenzaba así a cumplir con el paquete de oferta electoral de cambios profundos. La ANC se declaró con carácter supraconstitucional y con poder originario para “refundar” la República: redactaría una nueva Constitución, reestructuraría los poderes públicos, en fin, fueron momentos trascendentales que conllevaron, entre otros hechos, a la eliminación de ese mismo Congreso en donde se había juramentado como nuevo Presidente, meses antes (Boueiri, 2002; 2012).

Las acciones a nivel político, en este proceso histórico, no siempre iban acompañadas por reformas jurídicas. Se apoyaban sobre todo en la necesidad histórica de dar salida pacífica a la delicada situación socio-económica y en la enorme legitimidad del proceso, del liderazgo y su discurso, que ofrecía un nuevo andamiaje institucional que reivindicaría a las masas populares históricamente desfavorecidas, entre lo que se incluía sustituir al que había sido uno de los obstáculos para una mejor distribución de la riqueza: el Derecho. En tal sentido resuenan aún las palabras del propio Presidente Chávez cuando afirmaba que debíamos tirar a la basura todas las leyes existentes en nuestro país, si así hiciera falta. No obstante que no se sacralizó, en absoluto, al Derecho, los objetivos políticos se fueron alcanzando a través de un uso estratégico del mismo, lo cual incluía reformar leyes y estructuras, eliminar y/o crear nuevas, e, incluso, dejar intactas algunas por muchos años. Las necesidades y el contexto iban dictando pautas. En todo caso, las formas jurídicas emergentes debían enfocarse y tributar al nuevo proyecto de país, sin sublimar su poder transformador. Ese peso recaía, ahora, en la fuerza huracanada generada por un líder a la cabeza de un pueblo políticamente claro y decidido a lograr cambios.

La ANC aprobó el 12 de agosto de 1999, inmediatamente a su instalación, un decreto de reorganización de todos los Órganos del Poder Público Nacional, atribuyéndose la potestad de intervenir, modificar, o suspender a cualquiera de ellos, según su criterio. Su primera acción de trascendencia fue decretar el 19 de agosto de 1999 la Emergencia Judicial. Por una mayoría de 8 a 6 votos la Corte Suprema de Justicia avaló este decreto. “La Corte se suicidó” expresó su Presidenta, al renunciar al cargo alegando injerencia de la ANC en la “independencia” del Poder Judicial. Lo paradójico es que, meses antes, esa misma Corte había atribuido carácter originario a la ANC en sentencia del 19 de enero de 1999, y la misma Presidenta había admitido días antes que había un descomunal retardo judicial de 5 mil causas en la propia Corte. Eso sin tomar en consideración que, de 1.200 jueces existentes en el país, había registrados 3.130 expedientes con denuncias en el Inventario del Tribunal Disciplinario de la Judicatura, siendo decididos apenas 808 durante 7 largos años (con un porcentaje inferior al 10% de destituciones). Este nivel de impunidad y complicidad era, seguramente, lo que le daba respaldo popular a la Comisión de Reestructuración de la ANC (Boueiri, 1999:365); no obstante, los cambios realizados no serían suficientes. “Modernizar la justicia ha sido, en definitiva, acceder a la racionalidad formal típica del modo de producción capitalista, es decir, a la supremacía racional legal con administración burocratizada” (Boueiri, 2012: 72).

Para intentar cambiar la redistribución económica del país, el presidente aprobó por decretos-ley un conjunto de 49 leyes habilitantes. Entre ellas estaba una nueva ley de hidrocarburos, más favorable a los intereses nacionales; una ley de pesca que prohibía el método de arrastre, y la ley de tierras, que afectaba a grandes terratenientes que detenían enormes extensiones con gran capacidad productiva, pero ociosas. El 11 de abril de 2002 se produce un golpe de Estado, considerado como el primer golpe mediático del siglo XXI, por el papel activo que jugaron los medios de comunicación.

El presidente de la Cámara de Empresarios, se autojuramentó en pleno Palacio de Miraflores como Presidente de la República el 12 de abril de 2002, formando un gobierno de “transición democrática y unidad nacional”, luego de dar un golpe militar y secuestrar al Presidente Chávez. Acto seguido lanzó un torrente de decretos ejecutivos, dirigidos a desarticular toda la nueva institucionalidad vigente desde 1999, entre los que figuraban disolver la Asamblea Nacional (AN), el Tribunal Supremo de Justicia y la Fiscalía General, dotándose de potestad para cesar y designar a todos los representantes públicos, desde ministros a alcaldes, y la suspensión de los 49 decretos-ley, entre ellos, la Ley de Hidrocarburos. EEUU, España y Colombia reconocieron con premura a este nuevo gobierno. Pese a que inmediatamente se desató una censura y represión brutal contra todo lo que significara “chavismo”, el Golpe fue revertido con la unión cívico-militar en menos de 48 horas.

No obstante que los golpistas habían declarado públicamente cómo fraguaron el Golpe, y existían abundantes pruebas documentales, en agosto de 2002, de manera insólita, el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), con una mayoría de 11 magistrados, declaró que no hubo golpe de Estado sino un “vacío de poder”, y que los militares que participaron estaban “preñados de buenas intenciones”. Esto pese a que la CRBV establece claramente qué hacer en una supuesta “ausencia” del Presidente. Poco tiempo después la AN (con mayoría oficialista) aprobó una nueva Ley del TSJ que disponía, entre otros aspectos, el aumento del número de magistrados, luego de lo cual se inició la revisión de dicha sentencia, hasta que finalmente el 14 de marzo de 2005, se anuló.

Ya para el 2007, el Índice de Desarrollo Humano de NU nos instalaba en el Rango Alto con 0,878 y para 2015, habíamos cumplido y rebasado varios de los indicadores de las Metas del Milenio (ONU). Pese a los intensos ataques, fundamentalmente en los ámbitos mediáticos, políticos y económicos, el gobierno logró entre 1999 y 2015, que su economía creciera 43% y la pobreza disminuyera 56% (Curcio, 2019).

Pero a partir del año 2012, comienza una baja brusca en los ingresos debido al descenso de los precios petroleros (atribuido principalmente al aumento de la producción mundial por el método fracking impulsado por EEUU), pasando de 100 dólares, que se pagaba por barril, hasta llegar en 2016 a un promedio de 34,02, según la OPEP. La debilidad característica de una economía con alta dependencia de la renta petrolera pareciera haber sido aprovechada intencionalmente para agravar las muchas vulnerabilidades de

la industria petrolera, incluyendo las atribuibles a sus propias fallas e incapacidades. A esto se sumó la enfermedad, y posterior fallecimiento, del Comandante Chávez, líder de la Revolución.

Los intentos de desestabilización política y social continuaron, ya no con estrategias de no cooperación económica mediante el llamado a huelgas, sino con prácticas cercanas al boicot económico, como un instrumento de lucha política que busca perturbar el funcionamiento de la economía para hacer ingobernable un país por los altos precios y escasez, consolidando así la denominada guerra económica, la cual debe preparar a la población para que apoye cualquier salida política a la situación.⁽¹⁾

El 6 de diciembre de 2015, los factores que hacen oposición a la Revolución Bolivariana, aglutinados en la Mesa de la Unidad Democrática (MUD), obtuvieron la mayoría de los escaños del Parlamento. Su lema para estimular a votar fue: “Esta será tu última cola”, que le prometía a los electores acabar con las largas y extenuantes filas que hacían durante horas para adquirir productos de primera necesidad, que casualmente fueron desapareciendo de los anaqueles al anunciarse dicho proceso. No cabe duda que la guerra no convencional contra Venezuela, fue recayendo –progresivamente y con mayor peso– sobre la economía: el desabastecimiento programado, el ataque al bolívar, la hiperinflación y la caída del poder adquisitivo, habían ya causados estragos, a falta, también, de políticas económicas y comunicacionales más certeras y oportunas, lo que terminó de influir en la decisión del electorado.

En esa Elección Parlamentaria ocurrieron algunos incidentes de trascendencia jurídico-política. Tras el análisis de las actas procesales y de las evidencias presentadas, se confirmó la vulneración del derecho al sufragio en el estado Amazonas el cual fue condicionado a la entrega de beneficios económicos a cambio de un voto favorable para los candidatos opositores. Así lo dictaminó el 30 de diciembre de 2015 el TSJ, a través de su Sala Electoral. Consecuentemente, se ordenó, de forma provisional e inmediata, que los 3 candidatos electos no fueran juramentados por la AN. Ante el flagrante desacato de la sentencia, el 11 de enero de 2016 el TSJ ordenó su desincorporación inmediata y declaró nulos absolutamente los actos de la AN que se hayan dictado o se dictaren, mientras se mantenga su incorporación. Posteriormente, la AN acató y el TSJ declaró la cesación de la omisión inconstitucional.

Otro hecho revelador de las intenciones del nuevo Parlamento, de mayoría opositora, se dio el 5 de enero de 2016. El presidente Maduro asistió (como es costumbre que lo haga el Jefe de Estado) a su instalación, como gesto de disposición al trabajo colaborativo entre los poderes públicos y pese a las actuaciones antidemocráticas pasadas de los actores de la MUD. Allí, el presidente electo de la AN, Henry Ramos Allup, anunció dos cosas relevantes: que la oposición pondría fin en seis meses al mandato del presidente Maduro

(1) Se puede ampliar el tema de la Guerra económica en Venezuela en Boueiri, 2019.

(no previsto en ninguna norma legal), y una “Ley de Amnistía y Reconciliación”, la cual aprobaron tres meses después, que pretendía proteger a criminales, narcotraficantes y terroristas (muchos de los cuales estaban en el hemiciclo estrenándose como diputados). Consistía, pues, en el más descarado *autoperdón* de la historia, violentando incluso las limitaciones de la propia Constitución para otorgar amnistías y otros beneficios. Se vislumbraba, así, que la AN se convertiría en una trinchera, y bisagra, para las más aberrantes violaciones del Derecho, amparándose en sus supuestas facultades legislativas.

En toda esta batalla legal desplegada en las instancias con poder político, el TSJ jugaría un rol estelar. Mediante sentencia del 11 de abril de 2016, la Sala Constitucional en ejercicio del control preventivo de la constitucionalidad de las leyes previsto en el artículo 214 del texto fundamental, declaró inconstitucional la Ley de Amnistía y Reconciliación.

Con la nueva AN, los actores imperiales tendrían ahora un poderoso aliado (cómplice) que daría músculo, y legitimidad, a su narrativa intervencionista. La AN declaró una “crisis humanitaria en salud y en alimentación”. Esto no debe sorprender ya que formaba parte del Plan *Operación Venezuela Freedom 2*, acordado entre EEUU y los diputados recién electos. En su Manual se puede leer:

“Especial interés adquiere, en las actuales circunstancias, posicionar la matriz de que Venezuela entra en una etapa de crisis humanitaria por falta de alimentos, agua y medicamentos, hay que continuar con el manejo del escenario donde Venezuela está ‘cerca del colapso y de implosionar’ demandando de la comunidad internacional una intervención humanitaria para mantener la paz y salvar vidas [...] doctrinariamente hay que responsabilizar al Estado y su política controladora como causas del estancamiento económico, la inflación y la escasez” (Tidd en Boueiri, 2020: 72-73).

¿De qué se trata la *Operación Venezuela Freedom 2* diseñada por el Jefe del Comando Sur de los EE UU? Entre otras cosas admite sin desparpajo que:

“Con los factores políticos de la MUD hemos venido acordando una agenda común, que incluye un escenario abrupto que puede combinar acciones callejeras y el empleo dosificado de la violencia armada [...]. Bajo un enfoque de ‘cerco y asfixia’, [...] hemos acordado con los socios más cercanos de la MUD, utilizar la Asamblea Nacional como tenaza para obstruir la gobernanza: convocar eventos y movilizaciones, interpelar a los gobernantes, negar créditos, derogar leyes” (Ibid:73).

Allí también se incluía la solicitud de activación de la Carta Democrática de la OEA, con la complicidad de Luis Almagro, quien el 30 de mayo de 2016 procedió en consecuencia a presentar un informe ante los países miembros. Este hecho, sumado a las constantes agresiones e injerencias, llevó a Venezuela a solicitar en 2017 retirarse de dicha Organización.

De marzo a julio de 2017 se intentó combinar la guerra económica con una nueva violencia callejera (güarimbas II parte), promovida por diputados de la oposición, cuyo objetivo

era lograr un caos incontrolable o una conmoción social de alta intensidad. Se cobró la vida de más de 120 personas y centenares de heridos. El 1 de mayo, el propio Freddy Guevara, primer vicepresidente de la AN, convocó a sus seguidores a lo que denominaron "El Trancazo" de canales de circulación, sumados a llamados a paros cívicos. Se quemaron vivas a 29 personas que "parecían chavistas" al peor modo fascista. Se destruyeron hospitales, escuelas, depósitos y camiones de comida, sistema de metros y unidades de transporte terrestre; arremetieron contra cuarteles militares para provocar el uso de la fuerza legítima, que se mostraría inmediatamente al mundo como brutal represión del régimen. Se llegó al extremo de atacar con granadas y armas largas, desde un helicóptero, la sede del TSJ y el Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, el 27 de junio de 2017. A los autores de estos crímenes se les hacía pasar en muchos medios de comunicación como "héroes".⁽²⁾

Dentro de todo este gran huracán que podía conllevar a una guerra fratricida, el 1 de mayo de 2017 el presidente Maduro convocó a un Proceso Constituyente Originario como la única salida pacífica ante la arremetida callejera violenta, apelando formalmente al poder popular, el cual se movilizó de inmediato.

Mientras el pandemonio proliferaba en las calles, el presidente de la AN de ese año, diputado Julio Borges, viajaba por el mundo solicitando la acentuación de las Medidas Coercitivas Unilaterales (MCU), llamadas comúnmente sanciones, y pidiendo a los más importantes bancos a nivel internacional que no efectuaran transacciones con el gobierno venezolano ni le permitieran recibir financiamiento.

El 28 de julio de 2016 la Junta Directiva de la AN incurrió, nuevamente, en la juramentación irrita de los diputados de Amazonas, lo que el TSJ consideró como una actitud contumaz y declaró el desacato de la AN y la invalidez, inexistencia e ineficacia jurídica por violación flagrante del orden público constitucional en el pretendido acto de juramentación de dichos ciudadanos. Muchos juristas aún discuten si una Instancia de este tipo puede ser declarada en desacato, no obstante, así lo sentenció el TSJ.

El 30 de julio, en plena gúarimba y bajo amenazas a su integridad física, más de ocho millones de votantes eligieron a los constituyentes entre la oferta del Polo Patriótico ya que la oposición había decidido, como era lógico, no participar y declarar "inválida" la elección. El terror callejero cesó de inmediato y la ANC cumplió su primer gran objetivo de pacificar el país. Por su carácter plenipotenciario, sirvió como un muro de contención ante las arremetidas inconstitucionales de la AN, aunque se aplicó una política de convivencia entre ambas Asambleas. No obstante que tuvo base constitucional, EEUU desconoció a la ANC, y al siguiente día de su elección, se impusieron sanciones jurídicas y financieras contra el presidente Nicolás Maduro y la presidenta del Consejo Nacional Electoral (CNE), entre otros.

(2) En lo adelante se utilizará Boueiri 2021, para la síntesis del recuento histórico presentado.

En agosto de 2017, Donald Trump amenazó con intervenir militarmente Venezuela y firmó una nueva Orden Ejecutiva en la que prohibía las negociaciones en deuda nueva emitidas por el Gobierno de Venezuela y Petróleos de Venezuela (PDVSA), lo que se tradujo en la agudización de un bloqueo económico que buscaba, entre otras cosas, la declaración de *default*, con el objetivo de embargar todos los activos de la nación en EEUU y Europa. Recordemos que la industria petrolera venezolana generaba el 95% de las divisas que ingresaban por concepto de exportaciones.

El 15 de octubre de 2017, la coalición de las fuerzas de izquierda Polo Patriótico, que incluye principalmente al Partido Socialista Unido de Venezuela (PSUV), ganó 19 de las 23 gobernaciones, y en las elecciones de alcaldes del 10 de diciembre de 2017 obtiene el 92% de las alcaldías a escala nacional. El chavismo había dejado claro quién era mayoría y la oposición había despilfarrado su capital electoral del 2015.

Ya para diciembre de ese año aún persistían las colas para comprar alimentos, pero en menor grado debido a los 35.000 Comités Locales de Abastecimiento y Producción (CLAP) que había impulsado el gobierno nacional a través de la organización popular en todo el país.

Finalizando 2017, la MUD-EEUU no había podido derrocar a Maduro. Los diputados de la oposición arreciarían la solicitud pública y apátrida de que se nos apliquen más sanciones. Paralelamente, se intensifica el ataque feroz a nuestra moneda: el bolívar, y con ella la inflación inducida. En efecto, desde el 2013 hasta 2019, la depreciación del bolívar había alcanzado 240.000 millones %. Al respecto Richard Black, senador del partido republicano de EEUU confesó en 2017: “[...] a través del sistema bancario internacional, hicimos que la moneda venezolana careciera de valor y luego vamos y decimos: ‘Miren lo malo que es este Gobierno, su moneda no vale nada’. Bueno, no fueron ellos, fuimos nosotros quienes hicimos inútil su moneda” (Boueiri, 2020, 77).

En enero del 2018, la ANC convocó a elecciones presidenciales para el primer cuatrimestre del año, asunto que venía exigiendo la MUD alegando la ‘ilegitimidad’ del Presidente. Según cifras del CNE, Maduro fue reelecto el 20 de mayo del 2018 con el 67,76% del total de los votos válidos pese a la enorme campaña nacional e internacional por deslegitimar el proceso. Pero los diputados de la AN desconocerían al, ahora, “Sr. Maduro” y los 14 países miembros del Grupo de Lima llamaron a sus embajadores a consulta. Se intensificó la presión contra varios países para que siguieran estos pasos y se radicalizara el cerco, bloqueo y asfixia contra Venezuela.

Ya en el mes de febrero de 2018, el presidente Maduro había lanzado una criptomoneda o moneda digital llamada *petro*, que al utilizar una tecnología de cadena de bloques la hace muy segura ante posibles ataques. Pretende independizar nuestro sistema económico de la cotización de la divisa estadounidense, manipulada como arma de guerra, y del sistema bancario mundial. Parcialmente, ha permitido sortear parte del bloqueo

financiero y acceder al pago de bienes y servicios, no obstante, las constantes acciones de EEUU para prohibir su uso y/o sabotearlo.

Ese mismo mes, EEUU reacciona a través de un nuevo Plan denominado “El Golpe Maestro”, suscrito por el mismo Jefe del Comando Sur. Allí expresa: “[...] las divididas fuerzas de la oposición, legítimas defensoras de la democracia y del bienestar de la gente, no tienen suficiente poder para poner fin a la ‘pesadilla’ venezolana [...]” (Idem).

Es así como en el año 2018 se desplegaron, a rienda suelta, toda variedad de agresiones especialmente dirigidas desde fuera, con énfasis en la persecución y bloqueos de tipo financiero y comercial. Aterrorizar, generar desconfianza, paralizar nuestra industria y negocios, apropiarse de nuestras reservas en el exterior, generar rumores y miedos, caotizar para hacer ingobernable la situación y achacárselo al gobierno. Todo esto se va conjugando con la prohibición de efectuar transacciones en *petros*; publicar listas de personas y empresas ‘sancionadas’ (incluyendo al presidente Maduro y altos funcionarios del Estado), cierre unilateral de cuentas bancarias y de corresponsalías en moneda extranjera, bloqueos financieros para pagos por compra de vacunas y otros insumos médicos como, por ejemplo, para la diálisis, y para adquirir alimentos del Programa de los CLAP.

Los activos y bienes de la República, como la empresa CITGO, se confiscan y/o embarcan, se detienen y sancionan los barcos que traen insumos. Todas estas acciones ilegales y criminales se efectuaron con la anuencia, e incluso a solicitud, de los diputados de la oposición que alegaban que no se estaba perjudicando a la población, sino a algunos altos funcionarios del gobierno.

El 4 de agosto de 2018 el presidente Nicolás Maduro sale ileso de un atentado en un acto público, en donde estallaron dos drones cargados con explosivos C4 hiriendo, al menos, a siete cadetes de la Guardia Nacional Bolivariana (GNB). Luego de las primeras investigaciones, el diputado a la AN Juan Requesens fue detenido y confesó que había colaborado con el ingreso desde Colombia de los autores del atentado a solicitud del diputado Julio Borges, quien huyó hacia ese país (y vive protegido allí), a pesar de tener orden de captura internacional.

Luego de todos los fracasos para tomar el poder político (pero no así en la afectación de la vida cotidiana del pueblo y del saqueo y/o destrucción del país), el 23 enero de 2019 se da otra vuelta de tuerca, pero esta vez con un hecho que podría catalogarse como una simulación o fraude que encajaría perfectamente dentro de un “realismo mágico jurídico-político”: el presidente de la AN de ese año, Juan Guaidó, se va a una plaza pública y se autoproclama como Presidente de la República ante un supuesto “vacío de poder” en la Presidencia. Levanta la mano y jura asumir las competencias del Ejecutivo Nacional como presidente encargado de Venezuela para lograr “el cese de la usurpación, un gobierno de transición y elecciones libres”.

Inmediatamente EEUU lo reconoce como el “legítimo presidente de Venezuela”, arrastrando en esta farsa a una cuarta parte de los países miembros de la Comunidad Internacional, dándole el control de bienes, activos y propiedades del gobierno venezolano en cuentas bancarias en la Reserva Federal de EEUU. Esta supuesta “facultad presidencial”, traería nefastas consecuencias para el país, en cuanto a la continuidad de su saqueo y destrucción.

Para darle la “fachada legal” al supuesto Gobierno de Transición de Guaidó, en febrero de 2019 los diputados de la oposición aprobaron un vergonzoso adefesio jurídico: el “Estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”. La Sala Constitucional del TSJ declaró su nulidad absoluta y carencia de efectos jurídicos, aunque la batalla jurídica, económica y diplomática se libraría, sobre todo, en instancias fuera del alcance y control del Estado venezolano.

Al respecto explica el Procurador General de la República que:

“Los grupos políticos que pretendieron apoderarse de nuestro país, con la ayuda de EEUU, se fijaron como estrategia fundamental anular la defensa judicial de nuestra República para poder apoderarse de sus activos ubicados en el extranjero. Ello explica claramente la acción inmediata de aquella especie (afortunadamente hoy extinta) de gobierno paralelo de designar a un procurador especial, y orientar toda su artillería política hacia la anulación de las facultades de representación y defensa que corresponden a nuestra Procuraduría General de la República (PGR)” (Muñoz, 2021).

Esto, por supuesto vendría sumado a la acción especial dirigida a la anulación de la persona del propio Procurador General, para su actuación internacional, mediante de la aplicación de las sanciones inteligentes directas. Habría que añadirle a esta dificultad de actuación internacional, la prohibición de realizar pagos de gastos y honorarios de defensa, por bloqueos bancarios y congelación de cuentas, entre otros.

A todas estas, el Presidente Maduro seguía despachando desde el Palacio de Miraflores y cumpliendo con todas sus funciones. Entonces, el “otro presidente”, junto con su mentor Leopoldo López (político delincuente quien se había fugado unas horas antes), decidieron el 30 de abril de 2019 intentar dar otro golpe de Estado a través de la llamada Operación Libertad. Aparecen acompañados por un grupo de militares fuertemente armados en el Distribuidor Altamira de Caracas, intentando tomar la Base de la Fuerza Aérea La Carlota. Guaidó llamó al pueblo a la calle y a la movilización de las principales unidades militares, pero como no tuvo la más mínima acogida, entonces convocó a protestas el 1 de mayo con igual resultado.

Recordemos que el diputado Juan Guaidó, quedó electo de segundo en una elección de diputados en 2015, en uno de los 23 estados que conforman Venezuela, con 97.492 votos. No obstante, el Presidente Duque lo recibió con alfombra roja en Colombia y Trump

lo invitó para agasajarlo en eventos como el discurso del Estado de la Unión 2020. Así, se le fue preparado un espectacular ‘escenario paralelo’, al mejor estilo de Hollywood (incluyendo guion, luminarias, actores de reparto, y el más extraordinario despliegue mediático y de marketing jamás nunca antes visto). Por el contrario, el hecho de haber sacado 6.245.862 votos (68%), como lo hizo Nicolás Maduro en las elecciones presidenciales de 2018, bajo brutales agresiones internas y foráneas, era minimizado o satanizado. Por cierto, que ambos procesos electorales fueron realizados con el mismo Consejo Nacional Electoral.

El fallido intento de golpe de Guaidó al “usurpador Maduro”, derivó en allanamientos a la inmunidad parlamentaria, y posterior detención, de algunos diputados de oposición involucrados, como el primer vicepresidente de la AN, Edgar Zambrano. Otros huyeron del país, se escondieron o asilaron en embajadas. No obstante, el “presidente interino” no fue (ni ha sido hasta ahora) tocado por la Ley a pesar de tener abiertas averiguaciones penales y haber violado, en varias ocasiones, la orden de salida del país. Continúa, por lo contrario, su “gestión interna e internacional”. La Primera Dama del Gobierno Encargado de Venezuela también “cumple con sus funciones dentro de su Despacho” y recientemente le hizo entrega a él de su Memoria 2019-2020, así como del programa de asistencia humanitaria para venezolanos en riesgo vital.⁽³⁾

Pensamos que esta aparente *inacción* del Estado venezolano, y sus órganos de Justicia, en el caso de los delitos de usurpación de funciones, traición a la patria, conspiración, hurto calificado de activos y asociación para delinquir, entre tanto otros que ha cometido Juan Guaidó (y sus cómplices), quien ni siquiera goza de inmunidad parlamentaria en la actualidad (al dejar de ser diputado), obedece, también, a un uso estratégico del Derecho. Se apela, más bien, a una maniobra de desplome político de esos actores, y de sus apoyos externos, más que a la activación del aparato jurídico-penal.

Al parecer, se espera a un mejor posicionamiento en el tablero geopolítico internacional y “recobrar las fuerzas” que el país ha perdido por la crisis causada, principalmente, por las MCU. Se tiene conciencia del daño que el ataque reputacional contra el país, y sus autoridades, ha causado y se toma nota de las posibles represalias internacionales, dentro de un Orden Jurídico taimado, que vendrían del imperio por haber ofrecido “protección” a quien convirtió en “Presidente”.⁽⁴⁾

No obstante, lo anterior no hay que verlo como una debilidad, sino que esa capacidad de actuar con “cabeza fría”, se convierte en una gran fortaleza que descoloca al enemigo de la respuesta que calculó en su estrategia agresora. Hay que resaltar que, en su política

(3) <https://www.asambleanacionalvenezuela.org/noticias/despacho-de-la-primera-dama-fabiana-rosales-hizo-entrega-de-la-memoria-2019-2020-al-presidente-e-juan-guaido>

(4) Recordemos que con la narrativa de la “crisis humanitaria”, el gobierno de EEUU intentó justificar una invasión militar ante el Consejo de Seguridad y el Consejo de Derechos Humanos de la ONU. También pretendió con la OEA aplicar el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR) a finales de 2019.

de Seguridad Integral, el chavismo ha jugado en varias ocasiones al “cocimiento lento” en vez de la acción policial, militar y/o popular inmediatas, con buenos resultados. Así ocurrió en el caso de los militares sublevados de la Plaza Altamira en 2002, evitando un derramamiento de sangre y la potenciación del conflicto. También cuando Chávez “se entregó”, en abril de ese mismo año, para evitar el bombardeo del Palacio de Miraflores.

Aunque no hemos descrito todas las respuestas de tipo multiforme que ha desplegado el Estado en su defensa, no siempre entendidas ni aceptadas por sectores que acompañan a la Revolución, hay que afirmar que el proyecto político ha logrado mantenerse y, con frecuencia, avanzar sin capitular en sus aspectos fundamentales, siendo aún una referencia política mundial, pese al brutal e incesante despliegue de agresiones en todos los ámbitos.

El posible “quiebre” de la política de desconocimiento del gobierno legítimo y la “flexibilización” de sanciones

Comenzando el 2020, tocaba designar a la última Junta Directiva de la AN, electa en el 2015 declarada en ‘desacato’ por el TSJ. Por lo acuerdos suscritos entre los factores de oposición, le correspondía en esta ocasión presidir al diputado Luis Parra, pero Juan Guaidó insistió en que él debía continuar siendo el Presidente de la AN y, de esa manera, seguiría siendo “presidente interino de Venezuela”, según su retorcida teoría (in)constitucional. Así que, siguiendo la más pura tradición *guaidocista*, se designaron dos juntas directivas (y dos AN), una legítima y la otra presidida por Guaidó. Esta vez la fractura de los factores políticos de oposición sería bastante seria. Varias docenas de diputados se “rebelan” (bastante tardíamente, por cierto), disconformes con la actitud entreguista y apátrida de Guaidó al pedir sanciones e intervenciones militares, al igual que por sus manejos corruptos de los fondos provenientes de la “ayuda humanitaria”. El gobierno de EEUU, por supuesto, reacciona y “sanciona” a los opositores en desacuerdo con el “presidente interino”. Posteriormente y con la intervención del TSJ, se recomponen las estructuras directivas de varios partidos a solicitud de éstos, se hacen alianzas políticas (excluyendo a Guaidó) y los nuevos directivos de los partidos de oposición deciden participar en las nuevas elecciones parlamentarias que tocarían en diciembre de 2020.

La política de “cambio de régimen” por parte de EEUU seguiría intacta, no obstante, contaría con menos aliados en la AN. En efecto, el 26 de marzo de 2020 (en plena pandemia), el Procurador General de EEUU anunció la presentación de cargos formales contra Nicolás Maduro, y un grupo de altas autoridades de su gobierno, poniendo precio a sus cabezas atribuyéndose una extravagante aplicación extraterritorial de su sistema de justicia, utilizando ahora como pretexto los delitos de ‘terrorismo y narcotráfico’.

El 3 de mayo de 2020 vendría una incursión militar vía marítima desde de Colombia, cuyo objetivo era tomar aeropuertos, asesinar a miembros del Gobierno venezolano y

concretar un golpe de Estado. Los mercenarios, entre los cuales se encontraban dos estadounidenses exoficiales de las Fuerzas de Operaciones Especiales, contratados por la empresa de seguridad SilverCorp USA, fueron apresados con apoyo popular.

Su dueño, Jordan Goudreau (exguardaespaldas personal de Donald Trump), involucró al “presidente interino” Juan Guaidó en el contrato por 212 millones de dólares para esta operación, lo cual fue ratificado por su asesor político Juan José Rendón quien lo firmó, aunque calificó la operación como “un mero plan exploratorio” para cumplir la meta de cesar del cargo al “usurpador Maduro”. Este método permitiría a EEUU derrocarlo sin el requisito legal del consentimiento de su Congreso.

Ambos hechos fueron repudiados por la Junta Directiva de la AN, ya en su último año.

Basados en el artículo 14 del Estatuto de Roma, el 12 de febrero de 2020, Venezuela entregó a la Fiscal de la Corte Penal Internacional (CPI) una remisión por crímenes de Lesa Humanidad contra funcionarios de EEUU, por considerar que las MCU constituyen un ataque generalizado, masivo y sistemático contra el pueblo de Venezuela. La misma fue complementada con mayor documentación el 23 de junio de 2020, en la que se expuso el alcance de las MCU en medio del COVID-19.

En octubre 2020, la Asamblea Nacional Constituyente (también en vía de concluir sus funciones) aprobó una *Ley antibloqueo para el desarrollo nacional y la garantía de los derechos humanos*, con miras a proveer a la República de herramientas jurídicas que le permitan mitigar las afectaciones por MCU. En ella las declaran írritas y antijurídicas.

El 23 de agosto de 2021, Venezuela volvió a dirigir carta al Fiscal de la CPI, demostrando que el impacto negativo del bloqueo criminal, ha tenido como ejes el campo de la salud, la alimentación y la atención a la pandemia de la COVID-19.

El 5 de enero de 2021 se instalaría la nueva AN con mayoría absoluta del chavismo, por elección popular, y el 20 se juramentaría el nuevo Presidente de EEUU, país que, junto a sus “aliados”, había logrado imponernos MCU (a partir del año 2014), contabilizadas en más de 300 medidas administrativas y cientos de medidas restrictivas y/o punitivas, a través de 2 leyes de su Congreso y 7 Decretos Ejecutivos.

Un diplomático estadounidense, Thomas Shannon, ex director del Departamento de Estado para la División del Hemisferio Occidental, reconoció que: “Los daños producidos a Venezuela por las acciones estadounidenses eran equiparables a los bombardeos de la Segunda Guerra Mundial: [...] más o menos como el bombardeo a Dresde y a Tokio. Estamos viendo la destrucción de Venezuela como país y como sociedad.” (Angiolillo y Sangronis, 2020: 41).

El 12 de marzo de 2021 se concreta una alianza internacional denominada *Grupo de Amigos en Defensa de la Carta de las NU*, cuya primera reunión se efectuó el 23 de sep-

tiembre de 2021. Fue impulsada fuertemente por Venezuela e integrada en sus inicios por 17 países, incluidos China, Rusia, Irán, Corea del Norte, para refutar la política de sanciones unilaterales de EEUU.

La AN por su parte, ha logrado rescatar la imagen de la función legislativa y retomado la defensa de la nación en diversos ámbitos con participación, incluso, de diputados de oposición que rechazan la injerencia internacional y las políticas de despojo. También ha tenido una participación estelar en los diálogos iniciados en México entre sectores de oposición (subordinados a EEUU) y el Gobierno.

Una muestra de que es posible sobreponer los intereses nacionalistas a los de la propia parcialidad política, la vio el país cuando el 8 de julio la AN aprobó, por unanimidad, un Acuerdo que declara la inexistencia, ineficacia e invalidez de los acuerdos, decisiones y actos de la Asamblea Nacional anterior, durante el período de desacato continuado, contrarios a los intereses de la República y los derechos del Pueblo. Se espera, así, revertir algunas de las consecuencias jurídicas generadas por la existencia de un Gobierno paralelo.

Mientras tanto, UK volvió a ratificar este 18 de julio el reconociendo de Guaidó como presidente interino y, por consiguiente, un banco tan prestigioso como el de Londres no puede devolvernos las más de 31 toneladas de oro venezolanos hasta que se aclare “tan confusa situación”, que se parece más a una modalidad de “piratería moderna de despojo”. Venezuela, por su parte, procedió a demandarlo.

El 16 de octubre de 2021 se produce la “extradición” a EEUU (o más bien el secuestro) del diplomático venezolano y miembro pleno de la Delegación del Gobierno venezolano en la Mesa de Diálogo en México, Alex Saab. El Embajador Saab jugó un papel fundamental para ayudar al pueblo venezolano a mitigar los perversos efectos el bloqueo criminal en áreas humanitarias vitales como alimentos, medicamentos, combustible, entre otros. En complicidad con autoridades de Cabo Verde, EEUU lo torturó y mantuvo prisionero arbitrariamente durante 491 días, sin orden de captura ni debido proceso. El gobierno venezolano decidió, entonces, interrumpir el diálogo y avocarse a su defensa integral.

Para finalizar nuestro recuento analítico, con énfasis especialmente en el uso estratégico del Derecho, nos gustaría añadir que, de las 472 leyes vigentes en el país (redactadas en 149 años), 350 (75%) han sido promulgadas durante la Revolución Bolivariana.⁽⁵⁾ Una de las razones que pudiera explicar esta especie de hiperinflación legislativa podría ser que: “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. Todo derecho existe, por lo tanto, en un contexto social y estratégico, caracterizado por unas relaciones sociales y de poder específicas” (Rivera, 2021: 25).

(5) Según el Índice Legislativo de Venezuela aprobado por la Asamblea Nacional, en agosto de 2021.

Aunque la derecha históricamente ha usado las formas jurídicas para imponer y mantener sus estructuras de poder capitalistas, es evidente que la izquierda ha sabido identificarlas y enfrentarlas, no siempre bajo un esquema de Derecho emancipador, pero sí eficaz, combinando todo género de tácticas, mecanismos e instrumentos. Tanto el gobierno como el pueblo venezolano saben bien que el Derecho, por sí sólo, no representa su salvación. Ya desde la época de la conquista y la colonia los nativos aprendieron a desconfiar del Derecho de Indias (o del sistema de protección foráneo contra los desmanes del Imperio de turno). Por ello, quizá, persiste históricamente esa rebeldía soterrada hacia cualquier forma de institucionalidad y se fortalece nuestra capacidad de respuesta en clave contextual. En este sentido, nuestro país se parece mucho a un laboratorio de experimentación social en el cual toda situación imaginable puede ser ejemplificada, desde las más modernas hasta las más arcaicas; desde las más contractualizadas hasta las más informales, y frente a la lista infinita de derechos y deberes que hacer valer, el sabio pueblo venezolano mantiene, tenazmente, su preferencia por la soberanía y por la paz.

Referencias

- Angiolillo, Pascualino y Sangronis, Astolfo** 2020. *Intervencionismo y Guerra Integral*. (Buenos Aires: Acercándonos Ediciones).
- Boueiri, Sonia** 2021. "Las medidas coercitivas unilaterales (sanciones) en el devenir histórico venezolano" en Ruptura. Grupo de análisis y creación para la transformación social/Institut Sobiranes. *Momentos pospandemia. Nuevos poderes, nuevas resistencias*. (Barcelona, España: Edición de Ruptura).
- Boueiri, Sonia** 2020. "Las cruciales elecciones parlamentarias 2020 en Venezuela" en *Crítica jurídica y política en Nuestra América* (Buenos Aires), N° 5.
- Boueiri, Sonia** 2019. "La guerra económica en Venezuela" en Benente, Mauro y Nava, Marco (comps.), *Derecho, conflicto social y emancipación. Entre la depresión y la esperanza*. (Buenos Aires: Clasco/Ilsa/Universidad de Nariño).
- Boueiri, Sonia** 2012. "Historia crítica del acceso a la justicia en Venezuela" en *Revista Derecho y Ciencias Sociales* (La Plata), N° 6.
- Boueiri, Sonia** 2002. "¿Reformando la pena?: Cambios políticos y las nuevas (viejas) contradicciones legislativas en Venezuela" en *Capítulo Criminológico* (Maracaibo), N° 30.
- Boueiri, Sonia** 1999. "Justicia en Emergencia" en *Revista SIC* (Caracas), N° 618.
- Curcio, Pasqualina** 2019. "El modelo socialista fracasado" en *Red Angostura* (Caracas), 9 de septiembre. Consultado en <http://redangostura.org.ve/?p=2493>
- Muñoz, Reynaldo** 2021. "Discurso de ante la Asamblea Nacional". Caracas, el 04 de febrero (Transcripción propia). Disponible en https://www.youtube.com/watch?v=_EF17w-DbQM&t=1932s
- Rivera, Carlos** 2021. "La guerra jurídica. A propósito de eso que llaman *lawfare*" en *Crítica jurídica y política en Nuestra América* (Buenos Aires), N° 7.

VIRGILIO HERNÁNDEZ ENRIQUEZ*

Notas sobre la movilización de octubre, un absurdo jurídico y la guerra de exterminio contra los correístas

Introducción

El Ecuador vivió entre el 02 y 13 de octubre del 2019 intensas y generalizadas jornadas de movilización social en todo el país, provocadas por la decisión del gobierno de liberalizar el precio de los combustibles y llevar adelante el paquete de “reformas estructurales” acordado en la Carta de Intención suscrita por el régimen con el Fondo Monetario Internacional, FMI el 12 de marzo de 2019.

Los primeros sectores que paralizaron el país el 2 de octubre fueron los transportistas, sin embargo la noche del 4 de octubre de 2019, un grupo de la dirigencia de la transporación logró un acuerdo con el Gobierno Nacional, mediante el cual se alzaron las tarifas del transporte urbano e interprovincial además de las de taxis y fletes; lo que si bien tranquilizó a este sector encendió la indignación de la mayoría de la población.

El movimiento indígena de manera inmediata convocó y adelantó las acciones de movilización que tenían previstas para la segunda quincena del mes de octubre, llamando a sus bases a cerrar vías y avanzar hacia Quito, repertorio de movilización característico de los levantamientos indígenas que han venido sucediendo desde la década de los años noventa, cuando se enfrentaron a gobiernos neoliberales y a la adopción de medidas antipopulares. Desde la madrugada del 5 de octubre (2019), miles de indígenas de

(*) Abogado, Magíster en Ciencia Política y Administración Pública, con estudios de postgrado en Derecho Constitucional y en políticas públicas; Autor de varias publicaciones; Profesor de la PUCE; Asambleísta Constituyente (2007-2008); Legislador (2009-2013; 2013-2017) Presidente de la Comisión Legislativa de Gobiernos Descentralizados, Presidente de la Comisión del Régimen Económico y Tributario y Primer Vocal del Consejo de Administración de la Legislatura (2013-2015); Parlamentario Andino (2021-2025); Dirigente Nacional del Movimiento Revolución Ciudadana; Dirigente y asesor de varios movimientos sociales.

diferentes provincias del país, en especial de la sierra norte y centro llegaron a la capital, siendo respaldados por numerosos habitantes de sectores populares de Quito, que se sentían representados en la movilización indígena, que demandaba la derogatoria del Decreto 883, con el cual se liberalizaba el precio de los combustibles y evidenciaba el descontento largamente contenido en amplios sectores de la población.

Ante estas acciones el Gobierno de Lenín Moreno decretó el Estado de Excepción, militarizó el país y respondió con una violencia desproporcionada, como nunca antes ocurrió, desde el retorno a la democracia (1979). Según los datos de la Defensoría del Pueblo durante las jornadas de protestas existieron 8 fallecidos; 1.340 heridos, sin contar los que fueron atendidos en puestos de salud conformados por médicos voluntarios y estudiantes de medicina -que establecieron puestos de apoyo a la movilización-; y, 1.192 detenidos, siendo el 70% personas menores de 30 años. La mayor cantidad de aprehendidos se produjo el 5 de octubre de 2019, es decir, luego de haber promulgado el decreto de Estado de Excepción (Defensoría del Pueblo DPE, 2019).

El 4 de diciembre de 2019, en la comparecencia ante el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, el Defensor del Pueblo, actualizó a once la cifra de fallecidos (CPCCS, 2019) ratificó que existió uso excesivo de la fuerza, conclusión con la que también coincidió la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe de enero de 2020.

Durante toda el ciclo de la movilización los dirigentes del movimiento indígena y otras organizaciones sociales expresaron su distancia con el "correísmo", sobre todo con la propuesta constitucional de "Muerte Cruzada", es decir la posibilidad de que la Asamblea Nacional destituya al Presidente en los casos previstos en el artículo 130 de la Norma Suprema, cuando éste se hubiese arrogado funciones que no le competen o por grave crisis política y conmoción interna; pudiendo también el Presidente de la República, disolver la Asamblea Nacional, según lo determina el artículo 148 de la Constitución.

Esta norma se introdujo en la Constituyente de 2008, precisamente recogiendo la experiencia histórica de movilizaciones que habían concluido con la destitución de tres Presidentes de la República por parte del Congreso Nacional, en los años 1997, 2000 y 2005 –cuando la Constitución no contaba con esa atribución del parlamento ecuatoriano–; por lo que se incorporó como un incentivo negativo para evitar un juego extremo de los sectores políticos; disposición que puede contrariar al ejecutivo de turno, pero jamás se puede señalar que sea inconstitucional.

El sábado 12 de octubre de 2019, luego de un día marcado por la represión y con posterioridad a que aconteciera el incendio del edificio de la Contraloría General del Estado, se anunció un encuentro directo entre el Presidente de la República y la dirigencia indígena, que se concretó al día siguiente. Producto de esta reunión la CONAIE logró la derogatoria del Decreto 883 y el Gobierno, por su parte, recuperó la gobernabilidad, a pesar de la violencia con la que reprimió a todos los manifestantes en los días anteriores.

En paralelo el Ejecutivo en complicidad con los grandes medios de comunicación logró posicionar, sin una sola prueba y mediante “fake news”, “un enemigo” al cual responsabilizar de los hechos de violencia; atribuyéndole incluso la autoría del incendio de la Contraloría General del Estado, hecho que de acuerdo a la versión de funcionarios de la institución, se inició desde el interior de las oficinas y con policía cuidando los accesos –por lo que bien podría consistir en una operación de inteligencia–; cabe resalta que la intención de atacar contra esta institución fue denunciada el 9 de octubre de 2019, por el propio dirigente indígena Salvador Quishpe, quien atribuyó esa acción a un “militar infiltrado” en las protestas⁽¹⁾; además, versiones de redes sociales y portales informativos dieron cuenta que el día 12 de octubre de 2019, los guardias de dicha institución abrieron las puertas a los manifestantes y cuando estos ingresaron observaron que existía al interior del edificio, policías que controlaban la seguridad de la entidad, a pesar de lo cual, la edificación fue quemada (Borja, 2019). De este hecho fueron detenidos e inculpados los manifestantes que ingresaron a la Contraloría, los cuales están siendo procesados por dicha acción; sin embargo, este condenable suceso, que nada tiene que ver con acciones de protesta social, sirvió para que el Contralor General del Estado refuerce su ataque al “correísmo” y declare que el objetivo de dicho acto habría sido desaparecer documentos e investigaciones contra funcionarios del gobierno anterior.

Durante los 12 días que duraron las movilizaciones, de forma sistemática, desde la primera jornada, el Gobierno Nacional acusó sin ninguna prueba al “correísmo” de un plan desestabilizador orquestado desde Venezuela; Moreno, apoyado por las grandes cadenas informativas nacionales e internacionales, responsabilizaron de las movilizaciones y los hechos a “delincuentes pagados” para generar el caos y la violencia.

En la madrugada del 14 de octubre de 2019, cuando el país recuperaba la tranquilidad, de forma simultánea se realizaron varios operativos, ordenados a través de “procedimientos extraordinarios”, como el allanamiento de los domicilios de la Prefecta de la Provincia de Pichincha, Paola Pabón, de Christian González, Pablo del Hierro y Virgilio Hernández; a los tres primeros se les detuvo para fines investigativos, y como ha sido una constante contra los correístas, dicha detención devino en audiencia de formulación de cargos, que se realizó el 15 de octubre de 2019, en la que el Presidente de la Corte Provincial de Pichincha –que meses más tarde, de forma coincidental pasó a conformar la Corte Nacional de Justicia–, dictó como medida cautelar la prisión preventiva para Paola Pabón y Christian González, y contra Pablo del Hierro la obligación de presentarse periódicamente, días después se ratificó la orden de prisión en contra de Virgilio Hernández, a pesar de que la misma había caducado y fue convocado para el 5 de noviembre de 2019 a audiencia de vinculación.

(1) Según entrevista realizada en vivo y en directo, el 9 de octubre, durante la marcha indígena, a Salvador Quishpe, por la Cadena Ecuavisa.

Durante la Audiencia de Formulación de Cargos se dictó la prisión preventiva como medida cautelar para Pabón y González y se conoció que el delito por el que la Fiscalía acusaba a los procesados era de rebelión armada, es decir haber promovido, ayudado o sostenido movimiento armado para alterar la paz del Estado.

A efectos de contestar esta gravísima acusación, se expone a continuación algunas notas jurídicas, las cuales permiten evidenciar que este proceso antes que una litis judicial es un “proceso político” contra los que el gobierno consideraba sus opositores. A pesar de que muchos de los abusos al debido proceso y atropellos cometidos por personal de la Fiscalía de Pichincha, no pueden ser revelados, puesto que según el Código Orgánico Integral Penal, COIP (Art. 562), todas las audiencias son públicas, salvo las que versen sobre delitos contra la integridad sexual, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y contra la estructura del Estado constitucional, uno de los cuales es el de rebelión.

Esta prohibición impide que la ciudadanía y los especialistas del derecho penal conozcan la debilidad de los argumentos de la fiscalía y que el proceso legal se haya convertido en un nicho de violaciones y atropellos a los más elementales derechos y garantías procesales, como ocurrió en la fase de instrucción fiscal concluida el mes de febrero de 2020.

A propósito de esta disposición legal de la reserva del caso caben al menos dos inquietudes: La primera, ¿cómo los grandes medios de comunicación social pudieron tener acceso a documentos reservados, como por ejemplo, algunos audios de conversaciones que, aunque no evidencian el cometimiento de ningún delito, si revelan el complot con las cadenas informativas y la violación del principio de reserva?⁽²⁾ La segunda: ¿Cómo podían las autoridades de la función ejecutiva hablar de que existen pruebas y que habrá sentencia en contra de los procesados, cuando aún no concluía la instrucción fiscal, siendo el proceso reservado?⁽³⁾

¿Qué es el delito de rebelión?

El término rebelión proviene del latín *rebellio* o *rebellionis* (*re: de; bellium: guerra*), sin embargo, en las diferentes legislaciones y doctrina se lo utiliza para referirse a los delitos que se cometen contra la vigencia de la Constitución y de un régimen establecido. Para suprimir o modificar el régimen constitucional deben cumplirse dos supuestos: 1) Pretender derogar, suspender el orden constitucional, es decir a la Constitución Política misma; y/o 2) La variación o cambio del orden constitucional por otro (Rojas, 2016: 776).

(2) <https://youtu.be/3jE5i3ha9dl>, revisado el 20 de septiembre de 2021, 16:40 horas.

(3) <https://www.elcomercio.com/actualidad/romo-revocatoria-prision-paola-pabon.html>

Según Rojas Vargas el delito de Rebelión “significa levantamiento, sublevación, insurrección contra las autoridades legítimas, así lo señala también García Rivas (1990: 176) que la rebelión es definida –en la doctrina mayoritaria– como el hecho de alzarse en armas, consistente en un movimiento organizado de personas que disponen de armas. Alzarse equivale a levantarse, desobedeciendo o resistiendo colectivamente a alguien, en este caso el poder legítimamente constituido y este alzamiento debe manifestarse violenta y públicamente, es decir empleando la violencia de un modo abierto” (Ibídem: 779)

Las grandes movilizaciones ocurridas en Ecuador en esos días surgieron como respuesta inmediata a la expedición del Decreto 883, que liberalizaba los precios de los combustibles, por lo que la idea de un plan de desestabilización o rebelión organizado desde Venezuela y dirigido por el ex Presidente Rafael Correa –como de forma sistemática se repitió por parte de las máximas autoridades del Gobierno y se replicó por las grandes cadenas comunicacionales– es falsa, puesto que prácticamente hasta el 1 de octubre de 2020, es decir un día antes, toda la ciudadanía desconocía las medidas que se iban a adoptar, e incluso se asumía que estas consistirían en la elevación del impuesto al valor agregado, cuyos efectos no hubieran surtido el mismo efecto que el retiro del subsidio a los combustibles. Por ende, resulta absurdo pensar que pueda organizarse o prepararse una rebelión armada en las 24 horas que mediaron entre el anuncio de las medidas y el inicio de las protestas sociales.

En el ámbito jurídico ecuatoriano, el delito de rebelión está tipificado en el Código Orgánico Integral Penal (COIP) de la siguiente manera:

“Art. 336.-Rebelión. – La persona que se alce o realice acciones violentas que tengan por objeto el desconocimiento de la Constitución de la República o el derrocamiento del gobierno legítimamente constituido, sin que ello afecte el legítimo derecho a la resistencia, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La persona que realice uno o varios de los siguientes actos, será sancionado con pena privativa de libertad de siete a diez años.

1. Se levante en armas, para derrocar al gobierno o dificultar el ejercicio de sus atribuciones.
2. Impida la reunión de la Asamblea Nacional o la disuelva.
3. Impida las elecciones convocadas.
4. Promueva, ayude o sostenga cualquier movimiento armado para alterar la paz del Estado.”

Según Marco Antonio Terragni, para que se pueda concretar el delito de rebelión debe existir la amenaza pública de cometer algunas de las acciones que están enumeradas, en el caso del Ecuador, en el artículo 336 del COIP. “La amenaza apta para configurar el ilícito debe ser pública e idónea. Lo primero implica que se le manifieste de tal modo que exista la concreta posibilidad de que un número indeterminado de personas tomen

conocimiento de ella. Lo segundo, por su parte apunta a la seriedad de aquel, que obliga al autor a contar con los medios para realizar la rebelión, ya sea porque se encuentra en una situación que le permite (tal vez por su cargo o estado) cumplir o hacer cumplir el anuncio”(Terragni, 2012: 283), es decir, tener la suficiente influencia política como para lograr materializar el cometimiento de la infracción, lo que en este caso es imposible, puesto que los principales dirigentes de las movilizaciones, es decir, en primer momento, representantes de la transportación y luego del movimiento indígena, de forma expresa manifestaron sus distancias e incluso oposición al “correísmo”.

En la audiencia de formulación de cargos realizada el 15 de octubre contra Paola Pabón, Christian González, Pablo del Hierro y la de vinculación contra Virgilio Hernández, el 5 de noviembre, no se presentaron pruebas fehacientes respecto de los elementos que permitan advertir el cometimiento de un delito que castiga a sus autores con penas que pueden ir de 7 a 10 años.

Los sujetos activos del delito de rebelión

El primer elemento que debe considerarse es que para determinar los sujetos activos de la infracción, tanto la doctrina como el COIP, se refieren a la persona que se alce o realice acciones violentas, es decir que los acusados directos del cometimiento de infracción, tienen que haber incurrido en alguno de los actos con los que el Diccionario de la Real Academia Española define “el alzar” (verbo rector alce), es decir, desde levantarse hasta ensalzar, refugiarse, acogerse, hacer que cesen penas o vejámenes.

Si concedemos que, en este caso, se refiere a levantarse, la Fiscalía, antes de solicitar como medida cautelar la prisión preventiva, debió tener pruebas evidentes que demuestren que los acusados fueron los protagonistas de tal acción o de la realización de acciones violentas, pero adicionalmente tenía que cumplirse las condiciones que señala el Código Integral Penal, es decir, que se buscaba desconocer (y tenían los medios idóneos para hacerlo) la Constitución o derrocar al gobierno constituido.

Plantear, como lo hizo Hernández, que frente a la gravedad de las medidas asumidas, el gobierno nacional se iba a ver enfrentado a una disyuntiva, entre derogar las medidas o la estabilidad institucional⁽⁴⁾ ¿puede ser considerado una ostentación de fuerza? ¿Qué repercusión y alcance tuvo la publicación? (Quintero, Olivares, 2016: 476) ; peor aún ¿pueden ser descritas en esa figura típica los llamados a la movilización pacífica como la colocación de banderas, salir a las calles principales de un sector, conformar juntas populares o activar comités barriales?. ¿Estos llamados son acciones de violencia o un

(4) Nótese que, en mi caso, siempre hice referencia a una decisión que le correspondía al gobierno y de ninguna manera a los movilizados. En varias ocasiones señalé en medios de comunicación y redes sociales que era el gobierno el que tenía una disyuntiva.

ejercicio de ostentación de esta que llegó a intimidar a los poderes constituidos? ¿Qué evidencias se presentaron para que la Prefecta de Pichincha, Paola Pabón, pueda ser acusada de intentar romper el orden constituido? ¿Se estableció algún indicio, durante la audiencia, o alguna prueba para que Christian González o Hernández, puedan ser considerados responsables de este delito?

Es indudable que NO, puesto que los únicos “elementos de convicción” son publicaciones en redes sociales y chats, que circularon públicamente, en los que se apoya la movilización e incluso se señalan salidas constitucionales a la situación de grave crisis política; además, es necesario indicar que el juez antes de imponer medidas cautelares tan graves como la prisión preventiva, debió evaluar, más allá de las evidentes presiones, si no existía dudas razonables tanto del estado de inocencia como de la posibilidad que tenían los tres detenidos para lograr desconocer la Constitución.

Al respecto Francisco Muñoz Conde insiste que el “sujeto activo del delito de rebelión es un sujeto plural, colectivo [...] Es indiferente, sin embargo, el número de personas que se rebelan, siempre que sea un número lo suficientemente relevante en orden a conseguir los fines fijados en el tipo” [y acota que] “aunque la distinta contribución y participación cualitativa sea relevante para determinar la responsabilidad de los rebeldes, lo decisivo es que haya un acuerdo de voluntades y un mínimo de organización previos al alzamiento” (2017: 681). El incumplimiento de estas dos características, es suficiente para sostener que este proceso es parte de la judicialización de la política. Es imposible desconocer la Constitución o derrocar al gobierno entre tres personas, sin ningún vínculo con los líderes de la protesta social, ni otro factor de poder que ponga en riesgo la vigencia de la Norma Suprema.

Mencionar que la Constitución de la República del Ecuador establece el derecho a la resistencia: “Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos” (artículo 98). Este artículo así como otros referentes a la protesta social, hay que entenderlos en el marco del nuevo Estado Constitucional de derechos y justicia consagrado en la carta magna de 2008.

La violencia como elemento constitutivo del delito de rebelión

Un segundo aspecto, es el tema de la violencia, puesto que el artículo 336 del Código Orgánico Integral Penal, habla de quien “realice acciones violentas” siendo este componente necesario para diferenciar entre una manifestación de protesta -o como dice la legislación ecuatoriana, “sin que ello afecte al legítimo derecho a la resistencia”- y un alzamiento, por ende, si la persona que es acusada no generó o realizó al menos

ostentación de fuerza y la disposición a utilizarla, no existe violencia y por tanto no entra en la configuración del tipo penal descrito en el artículo 336 del Código Orgánico Penal Integral.

Estos hechos de violencia deben ser absolutamente claros y no dejar dudas de que hay una fuerza que “potencialmente” pueda ejecutar la rebelión, los autores y responsables deben realizar actos de “gran relevancia” que evidencien que se dirige a los sublevados, siendo este un tema muy difícil, puesto que la valoración de estos actos concretos no pueden implicar violaciones a los principios procesales de presunción de inocencia (Sánchez Melgar, 2016: 3229).

En legislaciones como la argentina⁽⁵⁾, estos hechos de gran relevancia con propósitos similares a los que se encuentran determinados en las leyes penales de España y Ecuador se concretan cuando la violencia se traduce en un alzamiento con armas. “El delito de rebelión se consuma cuando se produce el alzamiento en armas, sin que sea necesario que los fines perseguidos por la acción punible sean alcanzados”(Terragni, 2012: 280).

Fidel Rojas Vargas, señala que:

“La rebelión es un delito colectivo que se hace en público y que se sostiene con armas. Nunca hay un rebelde como no haya muchos rebeldes, nunca se comete este crimen sino empleando la fuerza, con verdadera organización, con abierta y declarada hostilidad. Una reunión de amotinados tumultuarios no es rebelión, un regimiento que toma las armas, una plaza fuerte que se subleva, sí lo son.” (2012: 775)

Siguiendo a Rojas Vargas, es imposible sostener el cometimiento de este delito por parte de tres personas, sin un vínculo ni político, ni orgánico, con las principales fuerzas sociales que participaban en la movilización.

Es importante reconocer que los días de la movilización se presentaron varios actos de violencia, los cuales pueden constituir diferentes conductas típicas a investigarse; incluso que el ambiente de tensión fue aprovechado por la delincuencia común provocando destrucción, asaltos a bienes y personas, sin que estos actos tengan nada que ver con

(5) Código Penal Argentino: **ARTICULO 226.** – Serán reprimidos con prisión de cinco a quince años los que se alzaren en armas para cambiar la Constitución, deponer alguno de los poderes públicos del gobierno nacional, arrancarle alguna medida o concesión o impedir, aunque sea temporariamente, el libre ejercicio de sus facultades constitucionales o su formación o renovación en los términos y formas legales.

Si el hecho descrito en el párrafo anterior fuese perpetrado con el fin de cambiar de modo permanente el sistema democrático de gobierno, suprimir la organización federal, eliminar la división de poderes, abrogar los derechos fundamentales de la persona humana o suprimir o menoscabar, aunque sea temporariamente, la independencia económica de la Nación, la pena será de ocho a veinticinco años de prisión. Cuando el hecho fuere perpetrado por personas que tuvieren estado, empleo o asimilación militar, el mínimo de las penas se incrementará en un tercio.

ARTICULO 226 bis. – El que amenazare pública e idóneamente con la comisión de alguna de las conductas previstas en el artículo 226, será reprimido con prisión de uno a cuatro años

la protesta social y que fueron rechazados por todos los sectores involucrados en las movilizaciones.

Sin embargo, hay que mencionar que los principales actos de violencia fueron propiciados por la fuerza pública y que, aprovechando el Estado de Excepción, el gobierno utilizó de forma excesiva la violencia, como lo han afirmado varios organismos de derechos humanos nacionales e internacionales.

Posibilidad de los “acusados” para lograr el desconocimiento de la Constitución

No olvidar que para que se cumpla la acción de alzamiento o realización de acciones violentas debe tener por objeto el desconocimiento de la Constitución o el derrocamiento del gobierno. ¿Cómo podían los acusados desconocer la Constitución o peor aún derrocar al gobierno sin contar con factores de poder decisivos como las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional, la mayoría de la Asamblea Nacional o medios de comunicación social, que justifiquen una actuación en tal sentido? ¿Acaso tiene la Fiscalía pruebas de comunicaciones con la fuerza pública que demuestren que existía un proceso que efectivamente conduzca al desconocimiento de la Constitución o a derrocar al gobierno? Como se dijo en un apartado anterior, en este momento es imposible revelar los detalles de la instrucción fiscal, pero si se puede señalar que no encontraron ningún elemento que permita probar acciones violentas por parte de los acusados o nexo de causalidad entre las acciones violentas y los dirigentes del correísmo. Además, la Revolución Ciudadana es un movimiento político, que en estos años ha luchado también por su reconocimiento y por ello, su actuación se enmarca en los mecanismos democráticos, por tanto, no cree en ellas como método de acción, ni ha desarrollado acciones para formar a sus militantes en dicho tipo de operaciones.

El tratado de Derecho Penal de Alfonso Serrano Gómez y Alfonso Serrano Maíllo sostiene que sin tener posibilidades de control de estos factores es difícil que pueda derogarse, suspenderse o modificarse la Constitución y si bien los autores dejan claro que es un “delito de mera actividad y consumación anticipada”, en el que no se requiere se produzca resultado alguno para su perfección, pues se consume con el mero hecho del alzamiento” aclaran que “De todos modos, para que pueda darse el delito es necesario que quienes se alzan objetivamente tengan la posibilidad de materializar cualquiera de los supuestos previstos en el artículo 472” (Serrano Gómez, et. al.: 927), para el caso de España⁽⁶⁾ que es coincidente con el que existe en el artículo 336 del COIP.

(6) Código Penal Español

Artículo 472.- Son reos del delito de rebelión los que se alzan violenta y públicamente para cualquiera de los fines siguientes:

David Carpio Briz analizando el mismo artículo de la legislación española, similar con el previsto en el COIP, insiste en lo que tiene que ver con el “Tipo subjetivo: dolo y elemento subjetivo del injusto, constituido por la finalidad específica de alcanzar alguno de los objetivos que la norma describe [...] La conducta debe ser objetivamente idónea para alcanzar el resultado pretendido”(Carpio 2015: 1562) e incluso no deja de advertir que se presentan problemas de justificación en relación con el derecho fundamental a la libertad ideológica.

Esta condición, señalada tanto por la doctrina como por el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, es lo que podría explicar que el ex Presidente Lenin Moreno haya repetido de forma irresponsable y sin mostrar una sola prueba que en las movilizaciones “el correísmo contrató 200 criminales para que salgan a asaltar en Quito” o “200 a 300 venezolanos, criminales pagados por Maduro y Correa” para supuestamente desestabilizar el gobierno y generar violencia; sin embargo, de la intensa campaña mediática, no se evidenció en el transcurso de la instrucción fiscal, una sola prueba para sostener dichas acusaciones, peor algún vínculo con los hechos de violencia o con algún suceso que hubiese puesto en peligro la vigencia de la Constitución o el gobierno constituido.

La propuesta sugerida públicamente por uno de los acusados de lo que se denomina “Muerte Cruzada” en ninguna circunstancia puede considerarse como desestabilizadora ni golpista, puesto que, es una institución que consta en los artículos 130 y 148 de la Constitución de la República del Ecuador, cuando se presenten situaciones de grave crisis política y conmoción interna, como las que se vivió en el país en los primeros días de octubre de 2019.

Además, conviene analizar, los factores subjetivos, ¿existían o no las condiciones para la aplicación de esta figura?, la cual existe como mecanismo de regulación del juego político y pretende atemperar el presidencialismo en el Ecuador. Para que opere la propuesta constitucional de la “muerte cruzada” tenía que resolverse, con el voto de las dos

-
1. Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución.
 2. Destituir o despojar en todo o en parte de sus prerrogativas y facultades al Rey o a la Reina, al Regente o miembros de la Regencia, u obligarles a ejecutar un acto contrario a su voluntad.
 3. Impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos.
 4. Disolver las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados, el Senado o cualquier Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma, impedir que se reúnan, deliberen o resuelvan, arrancarles alguna resolución o sustraerles alguna de sus atribuciones o competencias.
 5. Declarar la independencia de una parte del territorio nacional.
 6. Sustituir por otro el Gobierno de la Nación o el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o usar o ejercer por sí o despojar al Gobierno o Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o a cualquiera de sus miembros de sus facultades, o impedirles o coartarles su libre ejercicio, u obligar a cualquiera de ellos a ejecutar actos contrarios a su voluntad.
 7. Sustraer cualquier clase de fuerza armada a la obediencia del Gobierno.

terceras partes del Pleno de la Asamblea Nacional, la destitución del Presidente, lo que era políticamente inviable, dada la mayoría que existía, controlada por el partido oficial Alianza País en unidad con el Movimiento Político CREO, que controlaban el legislativo; sin dejar de señalar que con la aplicación del artículo 130 de la Constitución, los propios asambleístas estarían votando por su cesación automática; puesto que según prevé la norma constitucional se debe convocar a elecciones generales de forma inmediata. La referencia a la “Muerte Cruzada” buscaba remarcar que la Constitución ofrecía salidas políticas y que existían alternativas que no pueden ser desestabilizadoras porque surgen como posibilidades de la propia carta constitucional.

La existencia de violencia no configura delito de rebelión: análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo en “Caso Procés”

El 14 de abril de 2019, coincidiendo con la finalización del conflicto que mantuvo paralizado al Ecuador, el Tribunal Supremo Español⁽⁷⁾ condenó por la causa del “procés” a Oriol Junqueras y otros líderes políticos por el delito de sedición; sin embargo, para el caso que nos ocupa, descartó la existencia de rebelión para los políticos encausados, que habría implicado penas más graves que las que se les impuso (Tribunal Supremo de España en Diario La Ley, 2019)

La Sala del Tribunal Supremo afirmó que “da por probada la existencia de violencia. Pero no basta la constatación de indiscutibles episodios de violencia para proclamar que los hechos integran un delito de rebelión [y continúa diciendo que] la violencia tiene que ser una violencia instrumental, funcional, preordenada de forma directa, sin pasos intermedios, a los fines que animan la acción de los rebeldes.”(Ibidem)

Aplicando este razonamiento al caso ecuatoriano, es posible afirmar que para que se hubiese producido el delito de Rebelión, se tenía que haber ejercido hechos de violencia específicos, ordenados y de forma directa para provocar las condiciones previstas en el artículo 336 del COIP, esto es el desconocimiento de la Constitución o el derrocamiento del gobierno.

El Tribunal Supremo señaló para los hechos de Cataluña “que la exclusión del delito de rebelión está justificada, no sólo por razones objetivas, ligadas a la falta de funcionalidad de la violencia, sino también por razones subjetivas: Todos los acusados ahora objeto de enjuiciamiento eran conscientes de la manifiesta inviabilidad jurídica de un referéndum de autodeterminación que se presentaba como la vía para la construcción de la República de Cataluña” (Ibidem).

(7) Todas las citas textuales de este punto son tomadas del artículo del Diario La Ley, del 14 de octubre de 2019.

En el caso ecuatoriano, es absurda la pretensión de acusar a dirigentes de la Revolución Ciudadana del delito de rebelión, por razones objetivas porque nunca se planificaron actos de violencia para provocar el desconocimiento de la Constitución ni el derrocamiento del gobierno, la acusación del gobierno de que se habrían planificado estos hechos en una visita realizada por Paola Pabón y Virgilio Hernández al ex Presidente Rafael Correa, nunca se ha sostenido con ningún otro argumento que no sea una sistemática campaña de los medios masivos de comunicación. Tampoco se ha podido comprobar ningún vínculo ni nexo de causalidad entre todos los hechos que ocurrieron en el mes de octubre y los dirigentes del correísmo.

En cuanto a las razones subjetivas, como ya se explicó en el apartado anterior, no se puede considerar el invocar a la Constitución como una proclama desestabilizadora y más aún si la propuesta de “muerte cruzada” se hizo únicamente para evidenciar que existían los mecanismos previstos en la Carta Suprema” para superar la crisis. El Estado mantuvo en todo momento el control de la fuerza, militar, policial y jurisdiccional, aplicando para ello, la más brutal represión, como no se había visto en el Ecuador, por lo menos desde el retorno de la democracia en 1979.

Conclusión

Por lo que se ha escrito en estas líneas, se concluye, como lo hace el Tribunal Supremo Español: “La tipicidad del delito de rebelión surge desde la puesta en peligro de los bienes jurídicos a que se refiere el artículo 472 del Código Penal. Pero ese riesgo –insistimos– ha de ser real y no una mera ensoñación”(Ibidem)

En el caso ecuatoriano, jamás se configuró ninguno de los elementos a los que se refiere el artículo 336 del COIP, numeral 4; por ello, la propia Fiscalía Provincial de Pichincha, solicitó audiencia de reformulación de cargos, quitando el carácter de armada, pero aún tendrá que demostrar que los acusados participaron en acciones violentas con el objeto de desconocer la Constitución o el derrocamiento del gobierno, sin que dichas acciones limiten el legítimo derecho a la resistencia.

La jueza Patlova Guerra, Presidenta encargada de la Corte Superior de Justicia de Pichincha, una vez escuchado el pedido de reformulación de cargos, consideró que no existía necesidad de la prisión preventiva y cambió dicha medida cautelar por la prohibición de salida del país, la obligación de presentarse semanalmente ante la Fiscalía y el uso de dispositivo electrónico. En el mes de febrero de 2020 concluyó la instrucción fiscal y en agosto de 2020, se realizó la Audiencia de Evaluación y Preparatoria de Juicio, en la que sin existir fundamentos, el Presidente de la Corte Provincial de Pichincha, Vladimir Jhayya, atendiendo el pedido del Fiscal Provincial, Alberto Santillán, llamó a juicio a los dirigentes de Revolución Ciudadana.

Actualmente, la Corte Provincial de Pichincha, se inhibió de conocer el caso y lo ha remitido a la Corte Nacional, debido a que Virgilio Hernández ganó la representación de Parlamentario Andino y por tanto, ostenta las mismas garantías de los asambleístas nacionales e inmunidades propias de su cargo.

Resulta evidente que los procesos por rebelión abiertos contra dirigentes de la Revolución Ciudadana, no tienen sustento jurídico, sino que constituyen un caso más de lo que se denomina judicialización de la política, que en el caso ecuatoriano, es más profundo a lo vivido en Brasil o Argentina, quizá sirvió como antecedente de lo que aconteció en Bolivia, resta aún saber si con el nuevo gobierno del Presidente Guillermo Lasso y sus “estrategas”, continúe la guerra judicial, en la que no solo se pretende la derrota de quienes considera sus adversarios sino la persecución, el encarcelamiento y exterminio político.

Referencias

Borja, María Sol (2019). *La toma de la Contraloría*, <https://gk.city/2019/12/09/incendio-contraloria-paro-nacional/> Consultado el 12 de diciembre del 2019

Carpio Briz, David, *Delitos contra la Constitución*, en Comentarios al Código Penal, Reforma LO 1/2015 Y LO 2/2015 de Vera Sánchez, Juan Sebastián, Coordinador (Valencia: Tirant Lo Blanch Tratados)

Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, 2019. “Defensor del Pueblo presentó informe al CPCCS sobre el paro nacional” <https://www.cpccs.gob.ec/2019/12/defensor-del-pueblo-presento-informe-al-cpccs-sobre-el-paro-nacional/> . Revisado el 13 de mayo de 2020, a las 19:49 horas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020. “CIDH Presenta observaciones de su visita a Ecuador”. <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/008.asp> Consultado en 23 de mayo de 2020 a las 21:00 horas.

Defensoría del Pueblo, 2019. “Séptimo Informe con la Vulneración de Derechos Humanos durante el estado de excepción”. <https://www.dpe.gob.ec/la-defensoria-del-pueblo-presenta-septimo-informe-con-resultados-de-la-vulneracion-de-derechos-durante-el-estado-de-excepcion/> Revisado el 12 de mayo de 2020, a las 20:40 horas

García Rivas (1990). *Delito de Rebelión en Derecho Penal* (España: Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha)

Muñoz Conde, Francisco 2017 (21ava edición) *Derecho Penal, Parte Especial* (Valencia: Tirant lo Blanch)

Quintero Olivares, Gonzalo (2016). *Compendio de la parte especial del Derecho Penal* (Navarra: Thomas Reuters ARANZADI)

Rojas Vargas, Fidel (2016). *Artículos 185 al 360 en Código Penal* (Lima: RZ Editores) Tomo III, Parte Especial.

Sánchez Melgar, Julián (2016). *El Código Penal, Comentarios y Jurisprudencia* (Madrid: Editorial Jurídica Sepín)

Serrano Gómez, Alfonso y Serrano Maíllo, Alfonso 2013. *Derecho Penal, Parte Especial* (Madrid: Editorial Dykinson)

Terragni, Marco Antonio (2012). *Tratado de Derecho Penal* (Buenos Aires: La Ley)

Tribunal Supremo de España 2019. "Sentencia "Procés": resumen de los argumentos y fundamentos Jurídicos". <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4slAAAAAAAEAMtMSbH1czUwMDAyMDaxMDZUK0stKs7Mz7M1MjC0NDQwNAEJZKZVuuQnh1QWpNqmJeYUpwIAy6cDETUAAAA=WKE> Consultado el 21 de octubre de 2019 a las 17:08 horas.

LARISSA LIZ ODRESKI RAMINA* – LUCAS SILVA DE SOUZA**

El *lawfare* estadounidense como herramienta de control de recursos naturales: la Operación Lava Jato en Brasil y el caso Petrobras

Introducción

En la estrategia utilizada para mantener el control hegemónico sobre lo que los Estados Unidos consideran su “patio trasero” es utilizada, en particular, la guerra jurídica para neutralizar la independencia regional y deslegitimar a los gobiernos que no se alinean con sus intereses. En este nuevo tipo de “guerra fría”, denominada por Andrew Korybko como “Operación Cóndor 2.0” (Korybko, 2017), en lugar de golpes militares se promueve un cambio de régimen basado en el uso de la ley bajo el alegato de que el objetivo es proteger objetivos nobles pero distorsionados.

Un ejemplo de esto es la “lucha” estadounidense contra la corrupción que enmascara los verdaderos intereses imperialistas del país. Esta cruzada se operacionaliza con la ayuda de tribunales nacionales y extranjeros y grandes grupos de comunicación que, por un lado, tratan la corrupción como un problema inherente a los proyectos de desarrollo de los gobiernos progresistas y, por otro, proclaman la eficiencia y transparencia del sector privado en detrimento del sector público. Estos dos elementos, la ley y los

(*) Profesora de derecho internacional de la Universidad Federal do Paraná (UFPR) en los niveles de maestría y doctorado. Doctora en derecho internacional por la Universidad de Sao Paulo (USP), posdoctora por la Université Paris Ouest Nanterre La Défense. Miembro del Instituto Joaquín Herrera Flores-AL; miembro de la Asociación Brasileña de Juristas por la Democracia de Brasil (ABJD), autora de libros y artículos sobre derecho internacional y derechos humanos.

(**) Estudiante de Doctorado en el Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Federal de Paraná (UFPR).

medios de comunicación, son los ingredientes que amalgaman lo que se puede denominar *lawfare*.

Se trata, por tanto, de una guerra jurídico-mediática articulada por diferentes actores para lograr objetivos económicos y políticos ocultos a la opinión pública. Esta estrategia está ilustrada por la llamada "Operación Lava Jato" en Brasil que, utilizando la lucha contra la corrupción como cortina de humo, enmascaró intereses geopolíticos relacionados, principalmente, con los recursos energéticos. Dichos objetivos se derivan de medidas encaminadas a la autosuficiencia energética y al desarrollo de la industria nacional, adoptadas durante los gobiernos del Partido de los Trabajadores (PT), que fueron contrarias a las aspiraciones hegemónicas del gobierno estadounidense y sus empresas transnacionales. El detonante para desencadenar la guerra jurídica contra Brasil fue el descubrimiento de las reservas del presal que hizo aún más concreta la importancia estratégica de Brasil.

La antigua máxima "para mis amigos, todo; a mis enemigos, la ley", de autor desconocido, pero comúnmente atribuida a Maquiavelo, resume la naturaleza del *lawfare*, es decir, la distorsión de la ley para promover los intereses ocultos de los "amigos" y castigar a los "enemigos" que se oponen a tales intereses. Por este motivo, el artículo se dividirá en tres capítulos. En el primer capítulo serán investigados cuáles son estos intereses ocultos. El segundo, a su vez, investigará el *modus operandi* de la guerra jurídica en Brasil. Finalmente, en el tercer y último capítulo, se analizarán algunos de los principales efectos dañinos de la Operación Lava Jato.

El *lawfare* como herramienta de manutención hegemónica de EEUU

En los modelos típicos de cambio de régimen del siglo pasado, los estados de excepción se instituyeron como medidas de emergencia con un punto de apoyo en el discurso de defensa de la seguridad del Estado y la sociedad. Hoy, el autoritarismo "está relacionado con la nueva naturaleza de las medidas de excepción dentro de las rutinas democráticas. Las medidas excepcionales son fragmentadas, quirúrgicas y con apariencia de legalidad" (Serrano y Bomfim, 2020: 162). El camino utilizado es la subversión de los propios instrumentos e instituciones democráticas, generando una regresión constitucional que deshidrata paulatinamente el estado de derecho y la democracia (Melgaré, 2020: 178).

Esta estrategia es defendida por Charles Dunlap Jr., general estadounidense, que predica que Estados Unidos debe recurrir a la ley para enfrentar a sus enemigos y lograr un objetivo militar. Esta estrategia se llama *lawfare* y consiste en la combinación de los términos *law* (derecho) y *warfare* (guerra). Inicialmente se definió como el uso indebido de la ley por parte de los enemigos de Occidente, aunque más tarde llegó a ser visto por el General como una nueva forma de guerra que Estados Unidos podría utilizar para

defender su interés nacional y lograr fines “nobles” de manera menos costosa, violenta y, a menudo, más eficiente porque produce menos daños colaterales (Dunlap Jr., 2008).

En el contexto latinoamericano, la cantidad de casos, el momento político y la persistencia de la persecución política de líderes o exempleados y servidores del progresismo, a través de los tribunales, dilucidan que, a pesar de que el *lawfare* no fue “inventado” para combatir tales líderes, ellos son su mayor objetivo. Este ataque selectivo de la izquierda va acompañado invariablemente de elogios a la gestión privada, aséptica y profesional de la derecha en detrimento del sector público intervencionista y estatista de la izquierda, y su éxito está prácticamente asegurado, ya que para llevar a cabo la persecución política del oponente se cuenta con medios que gozan de gran legitimidad (Proner, 2019).

Para promover tal persecución, es necesario generar un miedo enorme, inventando un “mal cósmico” atribuido a un enemigo que hay que eliminar. En la región, la corrupción, que sin duda es un problema local y global, fue elegida como ese “mal cósmico” que hace, como observa Valeria Vegh Weis, de las acusaciones de corrupción, la espada y los tribunales los nuevos campos de batalla. De esta manera, el poder punitivo se convierte en el principal aliado de la neocolonización, que aparece vestida con ropa financiera y lleva bajo el brazo un guion neoliberal que no acepta alternativas (2020: 100-101).

Por lo tanto, el *lawfare*, como se ha practicado en América Latina, no es un proceso políticamente neutral, como lo quiere hacer aparecer el lema tantas veces repetido de la “lucha contra la corrupción”. El objetivo estratégico común de la ofensiva judicial es la desestabilización de gobiernos cuyos proyectos se distinguen por dos componentes, a saber: trabajar por la justicia social y buscar la afirmación de la soberanía. El objetivo final, que ya se ha dado en el caso de Brasil y otros países, es mantener la región como espacio territorial bajo el control del poder hegemónico del continente. El objetivo es, por tanto, recuperar los “espacios perdidos” con el derecho como método de interferencia menos ostensible y, en cierto modo, más “aceptable” que los utilizados en el pasado (Amorin & Proner, 2021: 6).

Brasil es uno de los ejemplos más sorprendentes de *lawfare* en América Latina. Esta guerra, como cualquier otra, implicó una disputa por intereses geopolíticos. El país tiene potencial para crecer y convertirse en la gran potencia hegemónica de la región. Su enorme población le garantiza una increíble capacidad de consumo y producción y su territorio es extraordinariamente rico en recursos naturales. Además, Brasil tiene grandes reservas de petróleo y gas en alto mar. En el ámbito de las relaciones internacionales, el país, a nivel regional, es el líder del bloque comercial Mercosur y, en el pasado, ha demostrado su potencial para liderar los intereses geopolíticos de América del Sur (Korybko, 2017).

Durante los gobiernos del ex presidente Luís Inácio Lula da Silva se impulsó un período de crecimiento económico en el que se llevaron a cabo reformas sociales –sin romper con el liberalismo monetario central– y se emprendieron medidas como políticas de inversión pública en infraestructura y exportaciones orientadas en el aumento del precio interna-

cional de las materias primas (Feitosa & Galvis, 2021: 308). En el campo energético, el entonces Presidente invirtió fuertemente en la transformación de Petrobras, enfocándose en el desarrollo de investigaciones de vanguardia para descubrir petróleo en aguas ultra profundas, el llamado "presal". En 2006 se logró el dominio de la tecnología de exploración y, en 2009, se hizo posible la explotación segura. En el mismo año se propuso un nuevo marco regulatorio para el petróleo en el país, reforzando la importancia de Petrobras y su rol estratégico para el desarrollo nacional (Liziero & Santana, 2020: 120).

El régimen de reparto, aprobado en 2010, además de definir a Petrobras como operadora del presal, permitió a la empresa liderar los consorcios de exploradores e indicar proveedores, posibilitando la nacionalización de los servicios y la industria del sector. Así, se dio preferencia a los proveedores brasileños para la cadena productiva de Petrobras, lo que, por tanto, favoreció a las empresas nacionales de ingeniería y construcción naval (Campos, 2019: 144). De esta manera, Petrobras se transformó en un actor clave en el desarrollo económico del país, llegando a ser responsable de alrededor del 13% del Producto Interno Bruto (PIB) brasileño y del 8,4% de su formación bruta de capital fijo, con una inversión del 1,6% del PIB nacional entre 2003 y 2015. Además, el país se convirtió en poseedor de la decimotercera reserva petrolera más grande del mundo y líder mundial en el desarrollo de tecnología avanzada para la exploración petrolera en aguas profundas y ultra profundas, con una producción actual de 2,5 millones de barriles por día, en comparación con una demanda doméstica diaria estimada de 2,2 millones de barriles por día (Nozaki, 2019: 3).

Más allá de la esfera económica, durante este período Brasil buscó ampliar sus relaciones internacionales y logró avances notables con la creación de nuevas instituciones como la Unasur (Unión de Naciones Suramericanas),⁽¹⁾ el fortalecimiento de instituciones existentes como el Mercosur y la entrada a nuevas formas institucionales, como los BRICS.⁽²⁾ De esta forma, contribuyó a una configuración global más multipolar y menos sujeta a la hegemonía de una sola potencia. Gracias a todas estas iniciativas y estas posiciones firmes pero dialógicas, Brasil se ha convertido en un interlocutor importante no solo en temas económicos, sino también en temas relacionados con la paz y la seguridad internacionales (Amorim & Proner, 2021: 8-9). Este cambio de paradigma, sumado a los avances en el presal, resultó ser una excelente oportunidad de negocio y fue el presagio del fin de la alianza de Lula con el mercado exterior.

La visión del petróleo como una "mercancía geopolítica" justifica el uso de todos y cada uno de los medios necesarios para asegurar el control de los nuevos recursos y merca-

(1) Para más información, se puede ingresar en: parlamentomercosur.org/innovaportal/v/4503/1/parlasur/unasur.html

(2) BRICS es una agrupación de países, y su nombre es un acrónimo formado por la unión de las iniciales de los países que lo componen, a saber: Brasil, Rusia, India y China; la "S" se añadió posteriormente con la entrada de Sudáfrica. Para más información, se puede ingresar en: infobrics.org/page/history-of-brics/

dos que aparecen, incluso si es necesario cambiar regímenes y gobiernos, a través de relaciones promiscuas entre las grandes corporaciones privadas estadounidenses, en conjunto con el gobierno de los EEUU, sus Fuerzas Armadas y agencias de información (Nozaki, 2019: 3). Este hecho es ilustrado por documentos de Wikileaks que revelaron que la política petrolera brasileña fue uno de los temas más discutidos en los mensajes diplomáticos de la embajada de Estados Unidos en Brasil durante la primera década del siglo XXI, así como el surgimiento de quejas de empresas como Chevron sobre el régimen de reparto adoptado para el presal (Campos, 2019: 143).

En el mismo tono, Thomas Shannon, ex embajador de Estados Unidos en Brasil, declaró que el gobierno de Estados Unidos estaba muy preocupado por las iniciativas para crear un bloque sólido en América del Sur con las tendencias del país hacia el progresismo de izquierda, y también por el lugar que ocupaba Odebrecht en este proceso, ya que se erigió como un obstáculo para resucitar un tratado de libre comercio a nivel continental (Romano *et al*, 2021). Además, datos de la Agencia de Seguridad Nacional (National Security Agency –NSA–), filtrados por Edward Snowden, sacaron a la luz que el gobierno brasileño y Petrobras eran algunos de los organismos más vigilados por el sistema de espionaje estadounidense, lo que quizás explique el robo de computadoras y equipos de la empresa estatal poco después del descubrimiento del presal con fines de espionaje industrial. Coincidencia o no, en noviembre de 2008, un año después de que se anunció el descubrimiento, se recreó la IV Flota de la Marina de los Estados Unidos, que había existido solo en el contexto de la Segunda Guerra Mundial, con el fin de monitorear las aguas del Atlántico Sur (Campos, 2019: 143).

En 2009 se inició el intercambio de información entre el Departamento de Justicia (Department of Justice –DOJ–) de Estados Unidos y miembros del Poder Judicial, el Ministerio Público y la Policía Federal brasileña sobre temas relacionados con el lavado de activos y la “lucha contra la corrupción”. Al año siguiente, como aclaran los documentos filtrados por Wikileaks, Chevron negoció en secreto con Michel Temer, uno de los candidatos a las elecciones presidenciales brasileñas, cambios en el marco regulatorio del presal, que culminó con un proyecto presentado y aprobado por el Senado brasileño. En 2013, Liliana Ayalde, la embajadora de Estados Unidos que acompañó todo el golpe de Estado que tuvo lugar en Paraguay contra el presidente Fernando Lugo, fue trasladada a Brasil (Nozaki & Leão, 2019: 9-10). En 2014 se inició la llamada Operación Lava Jato, que será objeto de estudio en el próximo capítulo.

La corrupción como cortina de humo legitimadora de la Operación Lava Jato

La intensificación de la campaña para las elecciones presidenciales de 2014, la des-aceleración económica que frenó el crecimiento del país y las supuestas “manifestacio-

nes populares” de 2013 fueron explotadas por la Operación Lava Jato,⁽³⁾ contribuyendo directamente a la destrucción de la imagen de la expresidenta Dilma Rousseff como incompetente y de su partido –el PT– como símbolo mismo de la corrupción. Como resultado, el “golpe blanco” fue posible y se legitimó el plan de cambio de régimen. De esta manera, la democracia fue manipulada con la intención de legitimar política y legalmente el *lawfare* bajo la égida de un discurso en defensa del Estado de derecho democrático y la promoción de la moral en la esfera política.

Varios *think tanks* estadounidenses desempeñaron un papel activo en este proceso. Uno de ellos, con gran presencia en el entorno empresarial brasileño, es la Americas Society/Council of the Americas (AS/COA), fundada por David Rockefeller y que ha defendido la trayectoria neoliberal desde la década de 1960 (Romano *et al.*, 2021). El Inter-American Dialogue (IAD), a su vez, además de preparar informes y dar declaraciones a la prensa durante la Operación, recientemente, en 2019, realizó una presentación al Congreso de Estados Unidos con los resultados de su investigación sobre la corrupción en América Latina y Brasil. En esa presentación se propuso al Congreso una serie de recomendaciones, entre ellas el uso del Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)⁽⁴⁾ –la ley anticorrupción estadounidense–, y también se recomendó que los embajadores de Estados Unidos sigan importantes juicios en América Latina y ayuden al periodismo de investigación y a la sociedad civil (“Congressional testimony: understanding Odebrecht. Lessons for combating corruption in the Americas”, 2021).

La evidencia de la existencia de un acuerdo estratégico continental en ese momento parecía innegable. Sergio Moro, ex ministro de Justicia del gobierno de Jair Bolsonaro y en ese momento juez federal de la 13ª Cámara Federal de Curitiba, fue uno de los disertantes en los cursos de asesoría en lavado de activos impartidos por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos como parte del Proyecto Puentes de 2009 (“Brazil: illicit finance conference uses the “t” word, successfully”, 2018). También hay evidencia de su conexión con asesores legales estadounidenses presentes en Curitiba durante la Operación Lava Jato, así como de sus relaciones institucionales y personales con firmas de abogados, universidades y *think tanks* estadounidenses. Todo indica, por lo tanto, que la Operación Lava Jato se habría lanzado en conjunto con agentes del gobierno de Estados Unidos con base en el FCPA (Romano *et al.*, 2021).

(3) La Operación Lava Jato fue un conjunto de investigaciones muy controvertidas llevadas a cabo por la Policía Federal de Brasil con el objetivo de investigar un esquema de lavado de dinero que movió millones de reales en sobornos. El operativo se inició el 17 de marzo de 2014 y contó con 80 fases operativas autorizadas, entre otros, por el entonces juez Sergio Moro, durante las cuales fueron detenidas y condenadas más de una centena de personas, incluso el ex Presidente Lula. Finalizó el 1 de febrero de 2021.

(4) Con la ley intitulada “Foreign Corrupt Practices Act” (FCPA) de 1977, EEUU ascendió al estatus de “juez global” en la lucha contra la corrupción, pues el acto concede al país una jurisdicción extraterritorial en la cruzada anticorrupción. Inicialmente, la FCPA estaba destinada solo a empresas estadounidenses, sin embargo, después de la enmienda de 1998, también comenzó a llegar a empresas e individuos extranjeros (Romano *et al.*, 2021).

Además de esta participación legal, existe una amplia evidencia de que las autoridades estadounidenses venían trabajando en casos bajo la responsabilidad de Lava Jato durante mucho tiempo fuera del marco legal establecido para la colaboración en los procesos judiciales. Por ejemplo, en octubre de 2015, diecisiete agentes del FBI estaban en Curitiba para una conferencia de cuatro días sobre la Operación Lava Jato, dirigida por el miembro de la Fiscalía Deltan Dallagnol, quien incluso destacó la preferencia de los estadounidenses por no revelar aquellas relaciones, sin duda promiscuas. Esta predilección estaba destinada a facilitar los esfuerzos de Estados Unidos para obtener testigos en las investigaciones de corrupción de Petrobras, evitando el procedimiento establecido en tratados internacionales, que demandarían más tiempo y trámites burocráticos (Ramina, 2021).

Este hecho fue confirmado por filtraciones de *The Intercept Brasil*. Este medio reveló que, con motivo de la visita de los agentes estadounidenses a Brasil, recibieron información sobre denunciantes y se reunieron con sus abogados. Los principales objetivos eran obtener información confidencial y negociar la cooperación de los denunciantes con las investigaciones que ya estaban en curso en Estados Unidos. Poco después de la visita, los colaboradores de Lava Jato testificaron en Estados Unidos, evitando así la conducción de los procedimientos por las autoridades brasileñas y el respeto a la ley brasileña (Ramina, 2021). Este pacto llevado a cabo a escondidas aclara la preocupación de no llamar la atención del Poder Ejecutivo sobre la violación del Mutual Legal Assistance Treaty (MLAT) –Tratado de Asistencia Jurídica Mutua– firmado entre Brasil y Estados Unidos en 1997 y, en consecuencia, sobre el grave peligro que amenazaba a Brasil.

Con esta relación ilegal entre operadores legales en Estados Unidos y Brasil, se abrió el camino para que se desatendieran a las formalidades previstas en el MLAT de 1997, que rigen el proceso de cooperación judicial internacional y tienen como objetivo salvaguardar la soberanía nacional. Se ignoró el cumplimiento de las disposiciones del artículo II del MLAT, que afirma que cada Estado involucrado designará una autoridad central para enviar y recibir solicitudes; en el caso brasileño, el Ministerio de Justicia. Con respecto a la soberanía nacional, el artículo III otorga la prerrogativa de cualquiera de los países para denegar una solicitud de asistencia legal si el cumplimiento de la solicitud pudiera dañar su seguridad o sus intereses esenciales (decreto 3810, 2001).⁽⁵⁾ Esta cooperación no fue comunicada al entonces ministro de Justicia, José Eduardo Cardozo, dejando claro que la “alianza” entre las autoridades brasileñas y estadounidenses, además de clandestina, era criminal y violaba un tratado bilateral. Además, la información confidencial obtenida ilegalmente fue utilizada en violación del principio de no intervención

(5) Decreto 3810. Promulgación del Acuerdo de Asistencia Legal en Materia Penal entre el Gobierno de la República Federativa de Brasil y el Gobierno de los Estados Unidos de América (DOU, 03/05/2001). Disponible en: www.planalto.gov.br/ccivil_

previsto en la Carta de las Naciones Unidas y lesionó la soberanía nacional (Ramina, 2021: 163-165).

Además de eso, Lava Jato se comprometió a “presionar” a los investigados para que colaboraran con Estados Unidos, sin tener en cuenta el inciso 1 del artículo XI del MLAT, según el cual, para que ocurra la transferencia de la persona del Estado requerido al Estado requirente, es necesario su consentimiento y el de las autoridades centrales de ambos países. Es decir, no solo hubo desprecio por el Ministerio de Justicia, sino también por los testigos que ingresaron a suelo estadounidense sin salvoconducto, generando el gravísimo riesgo de detención durante el testimonio (Ramina, 2021).

Más allá de la connivencia ilegal entre autoridades brasileñas y extranjeras, es necesario resaltar el papel de los medios de comunicación en la espectacularización de la Operación Lava Jato. En las transcripciones de los diálogos entre Sergio Moro y los fiscales, reveladas por el sitio web *The Intercept Brazil*,⁽⁶⁾ se repite una constante: la importancia de que la Fiscalía no deje de tener un timing en sus demandas para no perder la “novelización” de Lava Jato y mantener la “opinión ciudadana” en relación a la estigmatización y persecución de todo lo relacionado con el Partido de los Trabajadores (Oroño, 2019: 31), que simbolizaba “la casta de la sociedad la que no nos vale y hay que aniquilarla, desterrarla, esconderla bajo la alfombra, animalizarla dentro de la cárcel” (Bentes *et al.*, 2020: 141). Moro se caracterizó por su perfil mediático a lo largo de los juicios en el ámbito de la Operación, revelando una relación umbilical con los medios de comunicación concentrados, que se ejemplificó en la filtración a la prensa del contenido de la interceptación telefónica entre Lula y la entonces presidenta Dilma Rousseff.

En este proceso se consolidó lo que Eliara Santana denomina “lenguaje totalitario”, que presenta los siguientes elementos: criminalización de la política; construcción de enunciados narrativos que privilegian el espectáculo, lo emocional en detrimento de lo racional; reinterpretación y abordaje de los hechos en una perspectiva no histórica; silenciamiento repetido e intencional en relación con temas y actores específicos; mezcla entre simulacro y realidad que genera una variedad de términos y conceptos llenos de significados como bolivarianismo, “luladrão”, “petralhas”, comunopetismo, “pedaladas” fiscales y “izquierdopata” (Santana, 2020: 86-87). El objetivo es, por lo tanto, despertar la emoción del espectador y explorar los sentimientos a través del rechazo sistemático a la diversidad y de la defensa persistente de los valores familiares con pretensiones moralizadoras, estableciendo la polarización en términos de campos conceptuales: nosotros vs. ellos; demócratas vs. comunistas; ciudadanos vs. ladrones; honestos vs. corruptos.

(6) Se puede acceder a todos los informes publicados en *The Intercept Brasil* (2020).

La narrativa anticorrupción vistió el verde-amarillo para evadir de la política el color rojo que simboliza a la izquierda y, en particular, al Partido de los Trabajadores. La demonización de “ellos” aumentó la polarización política en el país y generó violencia contra los demonizados. El enemigo común fue la corrupción encarnada en el PT y se olvidaron todos los problemas reales del país (Aragão, 2020: 180). Esta novelización narrativa dejó en un segundo plano la arbitrariedad de la técnica jurídica, que se plasmaba, por ejemplo, en la dosimetría para la fijación de sentencias, en la vulneración del derecho al debido proceso y en el uso de pruebas ilícitas.

La arbitrariedad y la imparcialidad no solo se evidenciaron en las investigaciones y sentencias de los tribunales inferiores. Estuvo presente también en los tribunales de justicia, en las actuaciones del Tribunal Superior de Justicia (STJ) y del Supremo Tribunal Federal (STF), donde varios ministros apoyaron a Sergio Moro hasta el punto de invertir la jerarquía de instancias. Este hecho quedó evidenciado en una declaración del propio Moro en un diálogo de 2016 con el fiscal Deltan Dallagnol sobre Luiz Fux, entonces ministro de la Corte Suprema. En ese momento, Moro recordó que Fux era un “antilulista”, y por lo tanto, declaró que “*in Fux we trust*” (*The Intercept Brasil*, 2020).

La táctica política de acusación se distorsionó de tal manera que “el proceso penal se manejó con un fin bélico, para dar sustancia a la guerra al ‘enemigo interno’ que, en su retórica, carecía del sentimiento de brasilidad, de patriotismo” (Aragão, 2020: 181). Por otro lado, el retrato de Moro se construyó como un héroe encargado de combatir el gran mal encarnado en la corrupción, cuya conducta inmaculada se debía al hecho de no tener vínculos políticos y de actuar técnicamente como juez. Por lo tanto, no hubo elementos desacreditadores o elementos que cuestionaran su rol (Aragão, 2020: 181).

Si bien la idea de que los miembros del Poder Judicial y de la Fiscalía fueron los héroes vengativos capaces de salvar al país de los “petralhas” –afiliados o simpatizantes del PT– es ridícula, consiste en una de las características del *lawfare*: cambiar la neutralidad de los agentes del orden, convertirlos en estrellas dotadas de superpoderes procesales, autorizados por la opinión pública y su legión de apoyadores para realizar maniobras judiciales ajenas a la ley (Liziero & Santana, 2020: 119). Ilustra este tipo de conductas desviadas y autoritarias el discurso del fiscal Deltan Dallagnol quien, al presentar los argumentos de la denuncia contra Lula, manifestó que no hubo pruebas, sino convicciones (Alessi, 25/08/2020).

Agravando este escenario, se fomenta la sustitución paulatina de los sistemas penales inquisitoriales o mixtos por un sistema penal acusatorio a imagen y semejanza de Estados Unidos. Así, se generaliza la figura de la colaboración o denuncia premiada, ampliamente difundida en los cursos de formación promovidos por el gobierno de EEUU o sus agencias, y destinados a operadores jurídicos latinoamericanos. A cambio de la

colaboración con el Estado, el denunciante puede seguir disfrutando de parte de la riqueza obtenida por medios no legítimos, siempre que entregue la parte referida a las autoridades fiscales. Además, las sanciones se reducen drásticamente y el denunciante a menudo puede permanecer con su alto nivel de vida. A cambio, la autoridad perseguidora recibe las municiones necesarias para seguir atacando al grupo político marcado como “antipatriota” (Aragão, 2020: 183).

Por eso, se busca un buen número de personas “arrepentidas” que no solo expongan sus delitos, sino también trivialidades que muestren a los enemigos elegidos como indeseables y representantes de todos los males de la nación. La naturaleza de esta figura no es otra que la de un pacto, ya que, como aclara Caamaño (2020: 80), el arrepentimiento sincero no buscaría un beneficio. Además, para ganar el premio o beneficio, el imputado puede inventar, exagerar o reconocer su participación por el simple temor de recibir una pena mayor.

Además de las acusaciones, la prisión preventiva se utiliza de forma reiterada para que la sociedad crea que el presunto infractor ya ha sido capturado y está pagando por el delito. Teniendo en cuenta que una imagen vale más que mil palabras, en consecuencia, incluso después de que las cámaras dejen de enfocar a la persona detenida bajo detención preventiva, e incluso si finalmente es absuelta, su reputación probablemente quedará destruida (Caamaño, 2020: 80). Así, es atribuida al imputado la presunción de culpabilidad con la ayuda de los medios de comunicación. Entonces, más allá de violar el principio de presunción de inocencia, se defrauda el proceso hasta el punto de impedir que el imputado compruebe su inocencia.

Un proceso público en el que se garantice al imputado la garantía del principio de contradicción, la presunción de inocencia y el derecho a la defensa, sin abuso de las detenciones preventivas y con instrucción probatoria que verdaderamente apunte a esclarecer la verdad de los hechos, será mucho más lento y más sobrio (Médici, 2021: 58). Sin embargo, “corresponde al Estado asegurar afirmativamente, en igualdad de condiciones, dicha participación, tejiendo así la malla que fortalece el tejido de un régimen democrático” (Melgaré, 2020: 77).⁽⁷⁾

De lo contrario, la lucha contra la corrupción y la guerra jurídica seguirán convergiendo, no solo en el contexto de la fabricación de consentimientos basados en los medios hegemónicos, sino en esferas menos visibles para la opinión pública: la de los intereses geopolíticos y geoeconómicos (Romano y Tirado, 2018). Esa realidad se hizo visible con los enormes logros obtenidos por Estados Unidos con el *lawfare* librado por la Operación Lava Jato.

(7) “Cabe ao Estado assegurar afirmativamente, em igualdade de condições tal participação, assim, costura-se a malha que fortalece a tessitura de um regime democrático” (Melgaré, 2020: 77). La traducción nos pertenece.

La operación Lava Jato como máscara de los intereses geopolíticos que involucran el caso Petrobras

Del análisis de la Operación Lava Jato se desprende que el derecho fue utilizado para la resolución de disputas internas y externas de carácter geopolítico. De esta manera, el “método judicial” aparece como un sustituto contemporáneo del tradicional uso militar de la fuerza, posibilitando la congruencia entre sectores políticos locales e intereses extranjeros, principalmente estadounidenses (Oroño, 2019: 30). Queda claro, por tanto, que nunca se trató de combatir la corrupción, sino de la condena bajo la jurisdicción estadounidense a las empresas brasileñas, cuyas políticas no convergían con los anhelos imperialistas de ese país, y la injerencia en las elecciones presidenciales de 2018 (Ramina, 2021: 167).

La Operación Lava Jato desestructuró los avances realizados durante los doce años de gobiernos del PT como, por ejemplo, el marco regulatorio del petróleo en aguas profundas, la competitividad de la empresa Embraer, proyectos de energía nuclear en temas de seguridad geoestratégica y la promoción de regionalismos supranacionales como los BRICS y Unasur. En consecuencia, la Operación generó al menos tres veces más pérdidas económicas que lo evaluado con el monto desviado por las supuestas prácticas corruptas. Se estima que, en 2015, Lava Jato fue responsable de un impacto negativo de 2,5% del producto interno bruto (PIB) y redujo el equivalente a 2% del PIB en inversiones de Petrobras y el equivalente a 2,8%⁽⁸⁾ del PIB en inversiones en empresas constructoras y contratistas, y, en 2016, la Operación reflejó una contracción del 5% del monto bruto de capital fijo en el país (Nozaki, 2020: 13).⁽⁹⁾ La Operación hasta el año 2019 ha impactado negativamente en la economía del país, en el orden del 3% del PIB, porcentaje que aumenta si se consideran efectos indirectos que afectan el mercado laboral, especialmente en áreas donde ha habido un crecimiento significativo hasta 2014, como la industria de la construcción naval (Borón, 2021). “Por supuesto, tales cifras también son un reflejo de la crisis económica, pero no es posible entender la recesión brasileña sin tener en cuenta cómo Lava Jato funciona solo liberando más gasolina en un incendio de proporciones significativas” (Nozaki, 2020: 13).⁽¹⁰⁾

(8) Es interesante notar que de 2014 a 2019 Petrobras pasó del puesto 28 al 74 en el ranking Global 500 de la revista Forbes, que mide las firmas más grandes del mundo según ingresos: USD 95.5 mil millones en 2019 contra USD 141.5 millones en 2014 (Paula & Moura, 2021: 2).

(9) “Evidentemente, tais números também são reflexo da crise econômica, mas não é possível compreender a recessão brasileira sem levar em consideração como a Lava Jato funciona apenas lançando mais gasolina em um incêndio de proporções significativas” (Nozaki, 2020: 13). La traducción nos pertenece.

(10) “Evidentemente, tais números também são reflexo da crise econômica, mas não é possível compreender a recessão brasileira sem levar em consideração como a Lava Jato funciona apenas lançando mais gasolina em um incêndio de proporções significativas” (Nozaki, 2020: 13). La traducción nos pertenece.

Además, a pesar de una pérdida estimada de alrededor de R\$ 6,2 mil millones solo para Petrobras, Lava Jato hasta ahora solo ha logrado devolver efectivamente R\$ 662 millones a la empresa estatal, alrededor del 10% del monto total desviado. Este magro desempeño se debe en parte a que poco se cuestiona en la esfera pública que cada colaboración premiada tiene una cláusula de cumplimiento o éxito, que consiste en negociar con el denunciante un “premio” en dinero por la denuncia realizada. Por ejemplo, el cambista Alberto Youssef, el principal responsable por desencadenar el “escándalo”, recibirá 2% de todo el dinero que ayuda a recuperar. Con esto, deberá recibir alrededor de R\$ 20 millones al final de la acción. Además, según datos de la Fiscalía, cada fase de la Operación cuesta en promedio alrededor de R\$ 156 mil a las arcas públicas y, hasta marzo de 2017, se lanzaron 38 fases por un total de R\$ 5,9 millones (Nozaki, 2019: 18).

Más allá de estas pérdidas, el caso de Odebrecht es considerado la mayor sanción monetaria impuesta (USD 3,6 mil millones) por las autoridades judiciales estadounidenses en la historia del FCPA y la demanda contra Petrobras está en el cuarto lugar (USD 1,8 mil millones) (Stanford Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse, 2021). Como resultado de estas multas, Odebrecht implosionó, impactando el desarrollo de infraestructura en toda la región y dando paso a empresas extranjeras. Debido a resultados negativos como este, pero beneficiosos para EEUU, en 2019 el secretario del Tesoro de ese país, Wilbur Ross, consideró a Brasil como el principal aliado en la expansión de infraestructura de EEUU en la región y firmó un Memorando de Entendimiento que favorece las inversiones estadounidenses en esta área (Romano, 2021).

En cuanto a los efectos sobre el sector petrolero, las empresas extranjeras conquistaron la oportunidad de asegurar las reservas de petróleo y gas natural del presal con la postura cada vez más pasiva de Petrobras en las rondas de subastas de la Agencia Nacional de Petróleo, Gas Natural y Biocombustibles (ANP). Esta postura se deriva, en particular, de los cambios regulatorios aprobados por el Congreso en 2016 y 2017, que liberaron a Petrobras de participar en todas las rondas de licitación del presal y redujeron el porcentaje mínimo de contenido local en esas rondas. Solo en el primer trimestre de 2020, Brasil puso a la venta refinerías de Petrobras y contrató a Citigroup para vender el 50% de su capacidad de refinación (1,1 millones de barriles por día), comprometiendo en gran medida su soberanía y seguridad energética (Latjman y García Fernández, 2021).

La gestión de Pedro Parente en Petrobras, durante el gobierno de Michel Temer, presentó una visión subordinada de la disputa geopolítica, yendo en contra de la estrategia consolidada en el Plan de Gestión y Negocios 2007-2011,⁽¹¹⁾ que tenía como objetivo convertir a Petrobras en el líder en el mercado de derivados del petróleo, gas natural y biocombustibles en América Latina (Nozaki & Leão, 2019: 71-72). Este rediseño, aunque

(11) El plan de gestión 2007-2011 definió la estrategia de Petrobras: liderar el mercado de petróleo, gas natural, derivados y biocombustibles en América Latina, actuando como una empresa energética integrada, con expansión selectiva de petroquímicos, energías renovables y actividad internacional (Petrobras, 2007).

en línea con las predilecciones ideológicas de la nueva administración, se justificó como imprescindible dada la crisis financiera de la empresa estatal generada por la supuesta “mala gestión” y “desmoralización” de la anterior legislatura. Parente impulsó un programa de desinversión en refinación de petróleo, priorizando la producción y exportación de crudo para refinar fuera de Brasil y reimportar como combustible. En consecuencia, tanto la empresa como el país estuvieron aún más expuestos a variables externas como el tipo de cambio y la demanda externa (Paula & Moura, 2021: 2, 24).

En cuanto a la política de precios internos, a partir de julio de 2017 la empresa estatal entró en una lógica de ajustes de precios rápidos y automáticos siguiendo determinantes exógenos, lo que provocó un aumento drástico en la estructura de costos nacional, provocando tanto la huelga de los trabajadores petroleros contra la política de precios y el desmantelamiento de la empresa, como la huelga de los camioneros por el aumento de los montos pagados por combustible. Reflejando este escenario de descontento, en 2018 Parente fue reemplazado por Iván Monteiro quien, a pesar de haber revisado la política de precios, continuó abandonando la capacidad de refinación (Paula & Moura, 2021: 2, 24).

Con el desgaste del PT como resultado de la acusación de la ex presidenta Dilma Rousseff y el encarcelamiento del expresidente Lula en 2018, año de las elecciones presidenciales, la extrema derecha, basándose en la indignación generalizada de la sociedad brasileña, encontró el fácil camino de la manipulación y las *fake news*, eligiendo a un parlamentario polémico e inexpresivo para el máximo cargo de la nación (Feitosa & Galvis, 2021: 311). Después de ser elegido, Jair Bolsonaro no se desvió de la trayectoria de desmantelamiento del gobierno de Michel Temer. En la gestión de Petrobras por Roberto Castello Branco, a partir de enero de 2019, la política de precios se vuelve a alinear con el mercado internacional y aumentan los recortes de costos, la venta de activos y el pago de dividendos a los accionistas. Solo en el primer año del gobierno de Bolsonaro (2019), Petrobras vendió R\$ 70,3 mil millones de activos mediante la privatización de sus filiales (BR Distribuidora, TAG Liquigás, etc.) y casi el 50% de sus refinerías y unidades de producción (Paula & Moura, 2021: 24-25).

Yendo más allá, el gobierno bolsonarista debilitó la seguridad nacional al permitir el uso de la base aeroespacial de Alcântara por parte de EEUU (2019); vender la mayoría de las acciones de Embraer a Boeing (enero de 2020); firmar un memorando de entendimiento sobre cuestiones nucleares (febrero de 2020); y celebrar un acuerdo sobre investigación, desarrollo, prueba y evaluación de productos de defensa (marzo de 2020) (Latjman, 2021: 610).

Consideraciones finales

Estados Unidos, en connivencia con las autoridades perseguidoras, utilizó los problemas sistémicos derivados de la desaceleración económica mundial de 2008 para destruir la reputación de líderes latinoamericanos progresistas. Se alegó que, a causa

de las medidas tomadas por estos gobernantes, la economía de sus países estaba colapsando y, por ello, había llegado el momento de un cambio de régimen, como ocurrió en el Bloque Socialista. Esto generó la sensación de que “el pueblo” finalmente “se puso de pie” contra los “demagogos socialistas antidemocráticos” que los “controlaban” (Korybko, 2017).

En este sentido, y bajo un matiz diferente, algunos dicen que hay una alarmante continuidad de la Guerra Fría que anula la política como posibilidad de cambio y recurre a la persecución, al miedo y al terror para promover el odio y dar paso a una extrema derecha que difunde prejuicios contra los vulnerables y subordina los intereses nacionales a los del poder imperial. Esta ofensiva dio lugar a operaciones judiciales contradictorias como la Operación Lava Jato, que convenientemente utilizó la bandera del combate a la corrupción para alterar la correlación de fuerzas políticas en Brasil y abrir espacio a los intereses de las élites nacionales e internacionales.

Con el golpe de Estado de 2016 y el auge de los partidos de derecha, se diseñó el papel estratégico de Petrobras. Con el pretexto de responder a la supuesta corrupción de los gobiernos del PT, se impulsó la nueva política de precios; la privatización de refinerías; la reducción de las inversiones en refinación y el foco en las exportaciones de petróleo crudo. De esta forma, Petrobras dejó de ser una empresa estratégica para el desarrollo nacional para convertirse en una empresa subordinada a intereses extranjeros.

Además, Brasil se convirtió en un país inmerso en el caos, dejando de ser una de las potencias emergentes a nivel regional y global, con una economía fuerte y capacidad de liderazgo, para convertirse en un país que se deshace de empresas estratégicas y abre su territorio a las Fuerzas Armadas estadounidenses. De esta manera, rescató su rol histórico colonial, o sea, la de un país subordinado y proveedor de materias primas, sin ninguna perspectiva de desarrollo socioeconómico, poseedor de una oligarquía que vive parasitando los ingresos obtenidos por la venta de productos primarios.

Finalmente, se concluye que la lucha contra la corrupción es una tarea democrática de suma importancia. Sin embargo, para que sea legítima y beneficiosa, es fundamental que sean respetados los derechos de los imputados, garantizados en el plano constitucional y también en el plano internacional. Por otro lado, las empresas afectadas por supuestas prácticas corruptas deben ser debidamente procesadas y sancionadas mediante procesos justos y transparentes, y que no terminen destruyendo su capacidad competitiva y la soberanía de sus países de origen.

Referencias

Alessi, G. (25/08/2020). Dallagnol é criticado, mas escapa de punição no caso do PowerPoint de Lula. *El País*. brasil.elpais.com/brasil/2020-08-25/dallagnol-e-criticado-mas-escapa-de-puni-cao-no-caso-do-powerpoint-de-lula.html

- Amorim, C. & Proner, C.** (2021). *Lawfare et géopolitique: focus sur l'Amérique Latine. Iris: analyse #2. Programme Amérique Latine/Caraïbe.* www.iris-france.org/wp-content/uploads/2021/01/2-Prog-Amerique-Latine-Caraïbe-Janvier-2021.pdf
- Aragão, E.** (2020). Ministério Público no *Lawfare*: a arquitetura institucional em crise? En M. L. A. M. Feitosa; G. Cittadino & L. Liziero (Orgs.), *Lawfare: o calvário da democracia brasileira*. Meraki.
- Bentes, M. da S.; dos Anjos; L. F. & Cavalcanti Filho, J. L. de M.** (2020). *Lawfare* como instrumento de dominação e ameaça às instituições democráticas brasileiras. En M. L. A. M. Feitosa; G. Cittadino & L. Liziero (Orgs.), *Lawfare: o calvário da democracia brasileira*. Meraki.
- Borón, A.** (2021). Prólogo. En S. Romano (Comp.), *Trumperalismo: la guerra permanente contra América Latina*. Mármol Izquierdo.
- "Brazil: illicit finance conference uses the "t" word, successfully". (2018). *Wikileaks*. wikileaks.org/plusd/cables/09BRASILIA1282_a.html
- Campos, P. H.** (2019). Os efeitos da crise econômica e da operação Lava Jato sobre a indústria da construção pesada no Brasil: falências, desnacionalização e desestruturação produtiva. *Mediações*, 24(1). www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/viewFile/35617/pdf
- Caamaño, C.** (2020). La destrucción del derecho procesal penal. . En E. R. Zaffaroni; C. Caamaño y V. Vegh Weis, *¡Bienvenidos al lawfare!: manual de pasos básicos para demoler el derecho penal*. Capital Intelectual.
- Dunlap Jr, C. J.** (2008). *Lawfare* today: a perspective. *Yale Journal of International Affairs*. scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5892&context=faculty_scholarship
- Feitosa, M. L. P. de A. M. & Galvis, W. R.** (2021). A política econômica do petróleo e os problemas que afetam a democracia brasileira (2009-2018). En M. Correa Henao & W. R. Galvis (Eds.), *Los desafíos de los derechos humanos en América Latina: homenaje a Antonio Gomes Moreira Maués*. Universidad Externado de Colombia.
- Korybko, A.** (2017). *21st century geopolitics of Latin America*. Kindle Independent Publishing.
- Latjman, T.** (2021). Trump y la renovación del militarismo imperial en América Latina y el Caribe. En S. Romano (Comp.), *Trumperalismo: la guerra permanente contra América Latina*. Mármol Izquierdo.
- Latjman, T. y García Fernández, A.** (2021). Dependencia estratégica: EE.UU, recursos naturales en América Latina y el Caribe y conexión energética. En S. Romano (Comp.), *Trumperalismo: la guerra permanente contra América Latina*. Mármol Izquierdo.
- Liziero, L. & Santana, J. R.** (2020). O sentido político de *lawfare* e o tenentismo togado. En M. L. A. M. Feitosa; G. Cittadino & L. Liziero (Orgs.), *Lawfare: o calvário da democracia brasileira*. Meraki.
- Medici, A.** (2021). La guerra jurídica asimétrica como dispositivo de colonialidad del poder. En B. Rajland y L. Machado Fagundes y M. Burgos Matamoros (Coords.); Carlos Rivera Lugo (Ed.), *Crítica jurídica y política en Nuestra América: lawfare: un concepto en disputa*. Clacso.
- Melgaré, P.** (2020). Estado de Direito, *Lawfare* e regressões constitucionais. En M. L. A. M. Feitosa; G. Cittadino & L. Liziero (Orgs.), *Lawfare: o calvário da democracia brasileira*. Meraki.
- Nozaki, W.** (2019). A nova geopolítica do petróleo no século XX. En R. Leão y W. Nozaki (Orgs.), *Geopolítica, estratégia e petróleo: transformações internacionais e nacionais*. Inep/Flacso. inep.org.br/geopolitica-estrategia-e-petroleo-transformacoes-internacionais-e-nacionais/

- (2020). Capitalismo e corrupção: o caso da petrobras e a operação lava jato. *Texto para Discussão INEEP*, 1(16). ineep.org.br/wp-content/uploads/2020/06/td_n-16_capitalismo-e-corrupcao_nozaki.pdf
- Nozaki, W. & Leão, R.** (2019). Um balanço da gestão de Pedro Parente. En R. Leão y W. Nozaki (Orgs.), *Geopolítica, estratégia e petróleo: transformações internacionais e nacionais*. Ineep/Flacso. ineep.org.br/geopolitica-estrategia-e-petroleo-transformacoes-internacionais-e-nacionais/
- Oroño, A. S.** (2019). Juristocracia y ámbitos de aplicación en el *lawfare* brasileño. En S. Romano (Comp.), *Lawfare: guerra judicial y neoliberalismo en América Latina*. Mármol Izquierdo Editores.
- Paula, L. F. de & Moura, R.** (2021). A Operação Lava Jato e as mudanças na gestão da Petrobrás: uma avaliação dos impactos econômicos gerais e locais. www.academia.edu/45440397/A_Operacao_Lava_Jato_e_as_Mudancas_na_Gestao_da_Petrobras_Uma_avaliacao_dos_impactos_economicos_gerais_e_locais
- Petrobras.** (2007). Plano de negócios 2007-2011. pt.slideshare.net/petrobrasri/plano-de-negocios-20072011
- Proner, C.** (2019). *Lawfare* como herramienta de los neofascismos. En A. Guamán; A. Aragonese; S. Martín (Orgs.), *Neofascismo bestia neoliberal*. Siglo XXI Editores.
- Ramina, L.** (2021). Quando a parcialidade-perversidade do sistema de justiça abre caminho para a violação do direito internacional: um ensaio sobre a responsabilidade internacional dos EUA. En L. L. Streck & M. A. Carvalho (Orgs.), *O livro das parcialidade*. Editora Telha.
- Romano, S.** (2021). El *lawfare* en las relaciones de EE.UU. con América Latina. En S. Romano (Comp.), *Trumpalismo: la guerra permanente contra América Latina*. Mármol Izquierdo.
- Romano, S.; Lajtman, T.; García Fernández, A. y Tirado, A.** (2020). La era Trump y la dependencia económica, política y militar de América Latina. En S. Romano (Comp.), *Trumpalismo: la guerra permanente contra América Latina*. Mármol Izquierdo.
- Romano, S. y Tirado, A.** (2018). *Lawfare* y guerra híbrida: la disputa geopolítica en América Latina. *Celag.org*. www.celag.org/lawfare-guerra-hibrida-disputa-geopolitica-america-latina/
- Santana, E.** (2020). Mídia, *lawfare* e encenação: a narrativa jornalística como base legitimadora de práticas jurídicas no Brasil. En M. L. A. M. Feitosa; G. Cittadino & L. Liziero (Orgs.), *Lawfare: o calvário da democracia brasileira*. Meraki.
- Serrano, P. E. A. P. & Bonfim, A. M.** (2020). Autoritarismo líquido, hipernormia e exceção. En M. L. A. M. Feitosa; G. Cittadino & L. Liziero (Orgs.), *Lawfare: o calvário da democracia brasileira*. Meraki.
- Stanford Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse.** (2021). Largest U.S. monetary sanctions by entity group. fcpa.stanford.edu/statistics-top-ten.html
- "Congressional testimony: understanding Odebrecht. Lessons for combating corruption in the Americas". (26 de marzo de 2019). *The Dialogue*. www.thedialogue.org/analysis/congressional-testimony-understanding-odebrecht-lessons-for-combating-corruption-in-the-americas/
- The Intercept Brasil.** (2020). Leia todas as reportagens que o intercept e parceiros produziram para a vaza jato. theintercept.com/2020/01/20/linha-do-tempo-vaza-jato/
- Vegh Weis, V.** (2020). La destrucción de la criminología. En E. R. Zaffaroni; C. Caamaño y V. Vegh Weis. *¡Bienvenidos al lawfare!: manual de pasos básicos para demoler el derecho penal*. Capital Intelectual.

JOSÉ CARLOS MOREIRA DA SILVA FILHO*

LIA RAQUEL SOUSA RABELO FERNANDES**

***Lawfare* e Danos Sociais no impeachment de Dilma Rousseff em 2016**

Introdução ao *lawfare*

Uma das primeiras menções ao termo *lawfare* é feita por CARLSON e YEOMANS (1975) que traçaram a involução do *Community Law* (Direito Comunitário) para o Societal Law (Direito Social, lei social), estabelecendo que o Direito Comunitário, centrado nas normas da comunidade, foi engolido pelo Direito Social, o que sedimentou a monopolização do Estado na elaboração das leis. Apontam, deste modo, um refinamento do combate, onde o “*lawfare* substitui a guerra e o duelo é feito com palavras em vez de espadas”.

Na verdade, a descrição proposta pelos autores é diferente dos conceitos de *lawfare* que surgirão, tendo em vista que a ideia original reflete a superação, ou distanciamento, pelo Estado das normas consuetudinárias. CARLSON E YEOMANS (1975) constataram que, à época, o único meio de transpor os conflitos da sociedade era perante os tribunais, situação que desencadeava um desprezo, por exemplo, ao papel pacificador da mediação. O texto em questão não faz referência, portanto, ao uso estratégico do Direito, tampouco a sua manipulação, para o atingimento de determinados fins.

Sob outro viés, o livro *Unrestricted Warfare*, dos generais LIANG e XIANGSUI (1999: 124-151), inseriu o Direito em um cenário de guerra, compreendendo que o seu manuseio poderia vencer disputas antes decididas em campos de batalha, referindo-se a formas alternativas de guerra, tal qual a “guerra legal” e as “guerras não militares”.

(*) Professor no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, na Escola de Direito e na Escola de Humanidades (Curso de Relações Internacionais) da PUCRS / Bolsista Produtividade em Pesquisa do CNPq – jose.filho@puccrs.br

(**) Mestranda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) – lia.f@edu.puccrs.br

Em 2001, o General da Força Aérea dos Estados Unidos, Charles DUNLAP (2001), baseando-se em ensaio produzido no ano 2000 por RIVKIN e CASEY (2000: 35), manejou severas críticas ao *lawfare*, por considerar que a utilização estratégica de leis humanitárias com propósito de interromper atividades militares dos Estados Unidos poderia conter a liderança estadunidense global. Em novo escrito, em 2011, DUNLAP (2011: 315-325) modifica o primeiro conceito por ele utilizado e, após justificar a evolução da definição anterior, traz uma nova compreensão do *lawfare* como sendo:

“A estratégia de usar – ou abusar – da lei como um substituto para os meios militares tradicionais para atingir um objetivo de combate.”

Orde KITTRIE (2016 apud SANTORO e TAVARES, 2021: 33) vai no mesmo sentido designando o *lawfare* como a utilização da lei para alcançar um efeito similar ao atingido mediante ações militares.

Em linhas gerais, a origem do *lawfare*, sobretudo na literatura estrangeira, remete sempre a um contexto de guerra militar que, mediante a utilização/manipulação do Direito, pode ser evitada ou vencida sem um efetivo confronto bélico. Contudo, o uso do conceito vem sendo verificado em outras situações que não possuem relação direta com combates militares, embora esteja relacionado a uma linguagem e a objetivos militares. Presentemente, a prática do *lawfare* é compreendida como a utilização estratégica do Direito para atingir adversários políticos e permitir a realização de certos objetivos políticos e econômicos.

Sob esta ótica, dois grandes acontecimentos da recente história política brasileira são considerados como exemplos de *lawfare*: o impeachment da ex-Presidenta Dilma Rousseff e a Operação Lava Jato que, ao condenar em 2017 o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva em face de acusações de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro, confirmando esta sentença em segunda instância em 2018⁽¹⁾, o tirou da corrida presidencial neste mesmo ano e favoreceu a ascensão da extrema direita ao poder, personificada no candidato vencedor, Jair Bolsonaro.

Nesse sentido, importa destacar a definição de *lawfare* elaborada por ZANIN, MARTINS e VALIM (2020: 26), para os quais o “*lawfare* é o uso estratégico do Direito para fins de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo”. Os autores, na qualidade de advogados do ex-Presidente Lula, formularam tal proposição com os olhares voltados à Operação Lava Jato.

Já o impeachment da ex-Presidenta Dilma Rousseff, ocorrido em 2016, também é considerado, para grande parte da comunidade jurídica (PRONER, CITTADINO, RAMOS FI-

(1) Segundo a Lei Complementar N°135/2010, mais conhecida por “Lei da Ficha Limpa”, pessoas com condenação confirmada em segunda instância, mesmo quando estão recorrendo da sua condenação, não podem se candidatar a cargos públicos.

LHO, TENEMBAUM, 2016; SILVA FILHO, 2018), um exemplo de *lawfare*⁽²⁾, cuja principal diferença em relação à Operação Lava Jato diz respeito ao campo de atuação dos agentes públicos que manejaram o direito estrategicamente, pois, enquanto na Lava Jato o *lawfare* estava circunscrito ao território judicial, o impeachment tramitava perante o Poder Legislativo. Porém, repita-se, a despeito do deslocamento do “campo de batalha”, o denominador comum do *lawfare*, como sendo a utilização estratégica do Direito para atingimento de determinado objetivo, permanece inalterado.

Nesta mesma linha de compreensão, um professor da Universidade de Harvard, John COMAROFF (2016), identifica que o *lawfare*, tal qual as guerras militares, possui três dimensões: a geografia, o armamento e as externalidades. A geografia pode ser caracterizada pelo lugar onde a guerra é travada. O armamento é representado pelo instrumento de combate, que, no caso do *lawfare*, é o Direito. E as externalidades dizem respeito à condução da opinião pública, em grande parte praticada pela mídia, na formação de um discurso hábil a legitimar as condutas praticadas no *lawfare*.

SANTORO e TAVARES (2021: 37), propõem dois testes para avaliar se determinada prática pode ser considerada como *lawfare*: a) o autor (seja uma pessoa ou um grupo político) da ação deve usar o Direito para criar os mesmos ou similares efeitos àqueles tradicionalmente buscados pelas ações políticas e b) a motivação do autor da ação ou de pessoas ou grupos políticos que utilizam a ação deve ser enfraquecer ou destruir um adversário político contra o qual o *lawfare* está sendo manejado.

Em síntese, no âmbito político, o *lawfare* é caracterizado pela utilização parcial ou partidária do Poder Judiciário, da lei, dos seus dispositivos e procedimentos jurídicos, e, também, de todo aparato de Estado à sua disposição, por agentes públicos com condutas desviantes, para perseguir, combater e impedir os seus opositores políticos ou sabotar políticas públicas, o que, por fim, produz desequilíbrio e instabilidade jurídica e política, e solapa as condições de possibilidade necessárias à manutenção do próprio Estado Democrático de Direito, baseado na estabilidade emanada das garantias constitucionais e do seu cumprimento (AGUIAR, 2020: 54-72).

Com efeito, o *lawfare*, como palavra ou mera expressão de um fenômeno, em verdade é um termo novo e atual. Entretanto, representa um diagnóstico de condutas há muito observadas e combatidas, a exemplo do subsistema penal de exceção calcado por FERRAJOLI (2002: 650), para o qual a assunção de uma emergência, seja ela antiterrorista ou anticorrupção, representa uma justificação política de ruptura das regras do Estado

(2) DARDOT, LAVAL, GUÉGUEN e SAUVÊTRE (2021: 245-246) consideram o impeachment da ex-Presidenta Dilma um “golpe de Estado legal”, isto é, um golpe de Estado que se deu por meio da instrumentalização do aparato jurídico, com ênfase para a ação parlamentar, sendo também, portanto, um golpe parlamentar. Afirmam também os autores que, juntamente com o implacável cerco judicial ao ex-Presidente Lula, promovido pela operação lava-jato, o impeachment da ex-Presidenta Dilma torna o caso brasileiro um caso exemplar de *lawfare*, ou guerra jurídica.

de direito, de modo que a intervenção punitiva dela decorrente não se subordine à lei enquanto sistema de vínculos e de garantias, mas a ela se sobreponha. Em outras palavras, defende que a emergência é um princípio normativo de legitimação da intervenção punitiva que não é mais jurídica, mas imediatamente política.

Nessa mesma linha de entendimento, ZAFFARONI (2007: 185) apresenta que o discurso penal punitivista se manifesta através da criação de uma emergência que posteriormente será solucionada por meio do sistema punitivo.

Ademais, conquanto não faça uso do termo *lawfare*, Pedro SERRANO (2016: 110) identifica uma forma de exceção exercida pela jurisdição com a chancela do Poder Judiciário aos atos políticos de interrupção institucional e suspensão democrática:

“Tal fenômeno ocorre quando ascendem na América Latina governos de esquerda democrática e surge a necessidade de produção de atos formais para combatê-los. Esses atos formais são produzidos pelos poderes onde há espaço, no plano político, para a expressão do conservadorismo, ou seja, o legislativo e, na maior parte das vezes, o próprio judiciário”.

Outrossim, SERRANO (2020: 144-165) preconiza a existência de um “autoritarismo líquido”, apontando a coexistência do Estado Democrático de Direito, formalmente realizado pela Constituição e acessível para a parcela economicamente incluída da sociedade, e do Estado de exceção na forma de técnica de governo ou como uma governança permanente de exceção. À vista disso, o *lawfare* pode ser também compreendido como um ato político formal, cujo exercício implica, além do enfraquecimento de um oponente político, uma ruptura institucional e uma consequente afronta à democracia constitucional.

Portanto, verificada a existência de medidas de exceção no bojo de democracias fundadas pelo Estado de Direito, o *lawfare* encontra terreno fértil para emergir como instrumento de controle e/ou de retomada de poder pelos agentes políticos que detêm respaldo para inaugurar uma guerra político-jurídica em desfavor dos seus oponentes.

O impeachment de Dilma Rousseff

O disputado resultado da eleição presidencial de 2014⁽³⁾, no embate travado por Dilma Rousseff, candidata do Partido dos Trabalhadores (PT) e Aécio Neves, candidato do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), que deu a vitória à candidata do PT, evidenciou uma verdadeira polarização nacional. Os partidos de oposição não aceitaram

(3) A chapa composta por Dilma Rousseff e Michel Temer recebeu 54.501.118 votos (51,64% dos votos válidos) e a chapa integrada por Aécio Neves e Aloysio Nunes Ferreira obteve 51.041.155 votos (48,36% dos votos válidos) (<https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2014/Dezembro/plenario-do-tse-proclama-resultado-definitivo-do-segundo-turno-da-eleicao-presidencial> Acesso em 05 out 2021).

a derrota e, quase que imediatamente após o início do segundo mandato da Presidenta eleita, iniciaram um forte processo de questionamento da lisura do processo eleitoral e de organização das suas bases parlamentares para impedir a aprovação de medidas essenciais à governamentalidade enviadas pelo Executivo ao crivo do Congresso Nacional.

Paralelo a este processo, que foi gerando cada vez maior incapacidade de o governo eleito em 2014 tomar as medidas necessárias para enfrentar a crise econômica que se iniciava, desenrolou-se a Operação Lava-Jato, conduzida por uma “força-tarefa”⁽⁴⁾ formada no âmbito do Ministério Público Federal. Partindo de denúncias de esquemas de corrupção na Petrobrás, esta Operação se deu perante a Justiça Federal de Curitiba, com o então juiz federal Sergio Moro produzindo as decisões e autorizando as investigações.

Na medida em que a Operação Lava-Jato foi se desdobrando, com variadas ações da Polícia Federal e com aplicações questionáveis da recente legislação da delação premiada⁽⁵⁾, foi ficando nítido o seu caráter político-persecutório direcionado ao PT e ao seu governo. A Operação Lava-Jato teve ampla repercussão midiática, evidenciando uma narrativa jornalística de criminalização da política, o que ajudou a mobilizar parte da população brasileira contra o governo estabelecido no segundo mandato de Dilma Rouseff.

Em 02 de dezembro de 2015, o então Presidente da Câmara, Eduardo Cunha, aceitou pedido de impeachment da Presidenta Dilma, em retaliação aos votos de três deputados do PT no Conselho de Ética da Câmara favoráveis ao seu processo de cassação⁽⁶⁾. O pedido aceito havia sido formalizado em 31 de agosto de 2015 pela advogada Janaína Paschoal e o Procurador de Justiça aposentado Hélio Bicudo⁽⁷⁾, e se apoiava em suposta prática de crime de responsabilidade por parte da Presidenta Dilma. A peça

(4) Não se pode deixar de reconhecer que o termo “força-tarefa” remete inequivocamente à metáfora da guerra, assumida inclusive abertamente pelos agentes e defensores da operação da lava-jato em seus discursos. Mas tais discursos declaravam guerra à corrupção, quando na verdade seu alvo real era o PT e em especial seu líder máximo, o ex-Presidente Lula. Denúncias e indícios de corrupção envolvendo políticos do PMDB e do PSDB eram sistematicamente ignoradas pela operação lava-jato. O mote da “guerra contra corrupção” possui um grande poder diversionista, capaz de, ao mesmo tempo, mobilizar a opinião pública e disfarçar os alvos reais da guerra promovida, sem falar que é um forte para-raios para agrupar teses e discursos reacionários (SILVA FILHO, 2019).

(5) A lei da delação premiada e do crime organizado, Lei nº 12.850/13, foi utilizada pela Operação Lava-Jato como justificativa para prender suspeitos por período indefinido até que deles se obtivesse uma delação, muitas vezes com insuficiente base probatória, que depois servia para condenar outros suspeitos, até finalmente se chegar ao Ex-presidente Lula. O mais grave desse modus operandi era se utilizar a liberdade do delator como moeda de troca (DOLCE, 2018).

(6) O recebimento do pedido de impeachment contra a presidente Dilma Rouseff pelo presidente da Câmara, Eduardo Cunha (PMDB-RJ), foi interpretado como “atitude vingativa” e opção para desviar a atenção das denúncias de corrupção que ameaçam o seu cargo. Ver https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/12/151204_brasilianistas_impeach_ac_tg Acesso em 29 set 2021.

(7) <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/9/art20150901-04.pdf> Acesso em 29 set 2021.

acusatória foi aditada em 16 de setembro de 2015⁽⁸⁾ e, na data de 21 de outubro de 2015, os denunciantes apresentaram uma denúncia substitutiva às demais.

Em apertada síntese, a acusação argumentou que Dilma Rousseff assinou três decretos, cuja edição exigia autorização do Congresso (artigo 167, inciso V, da Constituição da República de 1988), que ampliaram as despesas e trouxeram um impacto na meta fiscal primária de 2015, contrariando o artigo 4º da Lei Orçamentária Anual (LOA) de 2015⁽⁹⁾. Em relação às supostas pedaladas fiscais, narra a denúncia que o Governo Federal atrasou, entre janeiro e novembro de 2015, o pagamento para o Banco do Brasil de parcelas que totalizaram 3,5 bilhões de reais referentes aos subsídios do Plano Safra e que tal atraso configurou uma operação de crédito, proibida pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

A defesa de Dilma Rousseff⁽¹⁰⁾ apontou que os decretos não autorizaram um aumento de gastos, tendo promovido apenas o remanejamento de despesas já previstas e autorizadas pelo Congresso, situação incapaz de gerar impacto na meta fiscal e que, inclusive, vinha sendo feita há anos por vários Governos. Já em relação às pedaladas, a peça defensiva sustentou que o atraso de pagamento não era uma operação de crédito, eis que não houve transferência de recurso do banco para o Governo⁽¹¹⁾.

(8) <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/9/art20150917-06.pdf> Acesso em 29 set 2021.

(9) http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13115.htm Acesso em 29 set 2021.

(10) <https://www.conjur.com.br/dl/defesa-cardozo-dilma.pdf> Acesso em 29 set 2021.

(11) Em outro trabalho, a fragilidade legal dos argumentos do pedido de impeachment e do relatório produzido pelo Senador Antonio Anastasia (PSDB) foram mais esmiuçados. Transcreve-se aqui parte desse detalhamento: "o Senador Anastasia afirmou em seu parecer de admissibilidade ao processo de impedimento no Senado que, como a Lei de Responsabilidade Fiscal diz no seu Art.73 que as infrações a esta lei serão punidas com base, entre outras leis, na Lei de 1950, violar qualquer dispositivo da Lei de Responsabilidade Fiscal implica em crime de responsabilidade. A partir daí o Senador indica que a Presidenta violou o Art.36, que veda a realização de empréstimo entre o ente da federação e instituição financeira por ele controlada. No entanto, em nenhum lugar da lei se diz que a infração a este artigo é um crime de responsabilidade. Mas ainda que fosse, atrasar o pagamento de recursos aplicados para subvenção de programas que garantem direitos sociais, como ocorreu no Plano Safra, não é uma operação de crédito, não existindo sequer precedente judicial ou doutrinário neste sentido.

Com base na falsa premissa anterior, partiu-se para a identificação do que seria outro suposto crime de responsabilidade: a edição de decretos de crédito suplementar fora da meta fiscal, já que se a premissa fosse verdadeira não haveria superávit a autorizar os créditos, condição prevista na Lei de Orçamento de 2015. Deixando a falsa premissa de lado, a edição desses decretos seguiu rigorosamente as condições exigidas em lei, e é recurso comum utilizado por governos anteriores.

Ademais, todos os atrasos de pagamentos do tesouro às instituições financeiras federais foram quitados em janeiro de 2016 e o ano de 2015 fechou com a meta compatível aos gastos realizados, tendo a meta sido alterada em dezembro diante dos efeitos recessivos da crise econômica mundial. No entanto, isso parece não ter qualquer relevância para os denunciantes do impeachment e os que os apoiaram, sob o pretexto de que se a Lei de Responsabilidade Fiscal é uma lei que protege a precaução, então qualquer ato considerado temerário vira um crime de responsabilidade, ainda que não tenha havido prejuízo aos cofres públicos e os passivos tenham sido saldados. É um "crime formal de mera conduta", conforme está assinalado no parecer do Senador Anastasia e nas Alegações Finais dos denunciantes. Não interessa o resultado". (SILVA FILHO, 2018: 1301-1302).

Finalmente, o processo impeachment de Dilma Rousseff, que se iniciou em 02 de dezembro de 2015, findou-se em 31 de agosto de 2016, após 273 dias, com a cassação do mandato, mas sem a perda dos direitos políticos de Dilma Rousseff, conforme previa a legislação. A manutenção dos direitos políticos da ex-Presidenta terá sido uma espécie de “ato-falho” institucional? Uma confissão velada de que o objetivo era apenas tirá-la do poder, mesmo sem crime de responsabilidade, para dar início a uma política de desmonte de direitos sociais e de alienação do patrimônio público?

O *lawfare* n o impeachment de Dilma Rousseff

A despeito de o presente trabalho não pretender esgotar a temática, sobretudo em razão das poucas linhas que aqui poderão ser declinadas, compreende-se pertinente o apontamento dos métodos utilizados no impeachment de Dilma Rousseff e sua correlação com o que se entende por *lawfare*. Adotar-se-á como ponto de partida, portanto, as dimensões propostas por COMAROFF (2016).

Relativamente à dimensão geográfica do impeachment, o art. 52, I, da Constituição da República de 1988 dispõe que a competência para processar e julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade é do Senado Federal, após a respectiva autorização, por 2/3 dos membros da Câmara dos Deputados (art. 51, I, da Constituição da República de 1988).

Necessário relembrar que o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB)⁽¹²⁾, inicialmente integrante da base do governo, observando o desprestígio do governo petista frente à população e em face da sua insatisfação com a aliança anteriormente firmada com a Chefe do Poder Executivo, oficializou na data de 29 de março de 2016 o rompimento com o governo Dilma⁽¹³⁾.

(12) Em 15 de maio de 2008, com o intuito de amenizar o desgaste gerado pelo seu protagonismo no golpe de 2016 e na sequência de desmontes sociais operados pelo governo Temer, o PMDB muda o seu nome para Movimento Democrático Brasileiro (MDB). Este era o nome que o partido tinha na ditadura civil-militar brasileira, sendo ele mesmo criação da ditadura para comportar a oposição consentida pelos ditadores. Interessante notar, sucintamente, o seguinte: o MDB, depois PMDB, e agora MDB novamente, foi criação da própria ditadura, que havia dissolvido os partidos políticos que expressavam o quadro real das forças políticas brasileiras antes do golpe de 1964; o MDB, ao mesmo tempo, contribuía para tentar manter a imagem de que a ditadura comportava mecanismos democráticos, mas também era um guarda-chuva que abrigava forças políticas reais de oposição, ainda que clandestinas, como se passou em sua relação com o Partido Comunista Brasileiro (PCB), mais conhecido como “partidão”; e, por fim, o PMDB foi uma força política necessária para a sustentação política dos sucessivos governos do PT no século XXI, mas foi justamente o PMDB quem cumpriu, juntamente com o PSDB, o papel central na deposição da ex-Presidenta Dilma, papel este representado simbolicamente pela conduta do vice-presidente de Dilma, Michel Temer, que claramente conspirou para a sua derrubada e deu início a políticas contrárias ao projeto político que se sagrou vencedor nas urnas em 2014.

(13) <http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/03/por-aclamacao-pmdb-oficializa-rompimento-com-governo-dilma.html> Acesso em 30 de set de 2021.

Na época, o PMDB detinha a maior bancada na Câmara, com 68 deputados federais, dos quais 59 votaram a favor da destituição da presidenta, sendo, portanto, o partido que mais destinou votos favoráveis ao impeachment⁽¹⁴⁾. Assim, observa-se que o processo de impeachment já nasceu em um território hostil em relação à presidenta investigada, fomentado pelas divergências político-partidárias decorrentes da quebra da aliança entre o PT e o PMDB.

Desse modo, é possível identificar que a escolha geográfica do local onde será efetivado o embate representa, assim como nas guerras militares, uma estratégia determinante para o favorecimento daqueles que iniciarão o combate. Sobre a questão, ZANIN, MARTINS e VALIM (2020: 36) prescrevem:

“Nos domínios do *lawfare*, a escolha do campo de batalha apresenta igual relevância. O campo de batalha aqui é representado pelos órgãos públicos encarregados de aplicar o Direito, em função de cujas inclinações interpretativas as armas a serem utilizadas terão mais ou menos força.”

Outrossim, no que concerne ao armamento, pode-se afirmar que a instrumentalização do Direito simboliza o núcleo fundante da prática do *lawfare*. Sobre o tema, conforme mencionado, a denúncia apresentada imputou à presidenta Dilma a prática de crimes de responsabilidade, previstos na Lei Orçamentária Anual (Lei nº 13.115/2015) e na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), sendo estes instrumentos normativos, combinados com a Lei do Impeachment (Lei nº 1.079/1950), as armas utilizadas na prática do *lawfare*.

No tocante às externalidades, SANTANA (2020: 83-92) sugere que a narrativa pode ser concebida como um projeto argumentativo cuja função é construir um processo de convencimento do público em relação a determinadas questões, determinados cenários sociopolíticos, a partir do projeto de dizer de um enunciador. O poder da grande mídia e seu potencial modulador da opinião pública alçaram o processo de impeachment a um patamar singular de interesse da sociedade, sobretudo em função da cobertura ostensiva realizada e da construção de um discurso de criminalização da política, com especial destaque a reportagens de conteúdo desabonador à imagem de Dilma Rousseff.

Com efeito, MOREIRA (2016) formalizou a análise de 74 reportagens, apresentadas no Jornal Nacional da Rede Globo, contendo a palavra “impeachment”, de 18 de abril a 12 de maio de 2016, período que engloba a votação na Câmara dos deputados e no Senado sobre o processo de destituição de Dilma Rousseff. O resultado apontou que das 74 reportagens que falaram sobre o impeachment, 60 mencionaram a palavra Dilma (81%), das quais 48 a apresentaram de forma negativa e somente 3 positiva. Tal concepção in-

(14) <http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/04/veja-estados-e-partidos-que-mais-votaram-pelo-impeachment-na-camara.html> Acesso em 30 de set de 2021.

sere as narrativas jornalísticas no modelo da terceira dimensão de *lawfare*, apresentando-se como circunstâncias inerentes a todo o processo de impeachment aqui discutido.

Constata-se, enfim, que os agentes políticos de oposição ao governo, dotados de motivação eminentemente política e cujo objetivo era aniquilar ou enfraquecer politicamente a presidenta Dilma Rousseff, fizeram uso estratégico do Direito e, com o massivo apoio popular fomentado pela grande mídia, promoveram a destituição da Chefe do Poder Executivo, diante do silêncio ensurdecedor das Cortes Superiores⁽¹⁵⁾.

Assim, o impeachment da presidenta Dilma Rousseff foi inserido em um contexto de guerra, ainda que jurídica, onde a governante petista foi rebaixada à condição de inimiga, de modo que o *lawfare* emerge sob o pálio de um estado de necessidade decorrente da ascensão da emergência anticorrupção, em situação que legitima politicamente violações a garantias processuais mínimas.

Lawfare e Danos Sociais – um olhar criminológico

Desde um ponto de vista criminológico, as manobras jurídicas responsáveis pela interrupção de governos democraticamente eleitos na América Latina, nos últimos tempos, e que se acomodam no aqui delineado conceito de *lawfare*, podem ser compreendidas como requisito central para deflagrar a atuação de governos e políticas neoliberais e sua conseqüente produção de danos sociais, em larga escala⁽¹⁶⁾.

(15) Acima foi afirmado que a manobra de guerra jurídica que resultou no impeachment da ex-Presidenta Dilma encontrou no Parlamento seu locus preferencial, no entanto, o Poder Judiciário não deixou de ter sua parcela de participação nesse processo. Assim, após autorizada a abertura do processo de impeachment pelo Presidente da Câmara, o Supremo Tribunal Federal (STF) negou pedido do governo para anular o processo de impeachment (https://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/15/politica/1460687713_055409.html). Logo após consumado o impedimento da Presidenta Dilma, a sua defesa impetrou um Mandado de Segurança no STF pedindo a anulação do impedimento. A liminar foi negada e a ação foi denegada, com o uso de argumentos que defenderam a ausência de quaisquer ilegalidades no processo de impeachment (<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661788827/mandado-de-seguranca-ms-34441-df-distrito-federal>). Não foram apenas as Cortes Superiores que contribuíram na guerra jurídica contra o mandato da ex-Presidenta, dentre outros episódios importa destacar a célebre divulgação das escutas telefônicas ilegais realizadas a mando do então juiz Sergio Moro, que captaram conversa por telefone entre Dilma e Lula relativa à sua iminente nomeação como Chefe da Casa Civil no seu governo. A conversa gravada ilegalmente foi enviada no mesmo dia pelo juiz para divulgação no Jornal Nacional (noticiário da Rede Globo e o com maior audiência no país), sem a necessária autorização do STF, causando imensa comoção social, sobretudo pela evidente manipulação e desvirtuamento do teor das conversas para provocar mobilização popular contra o mandato de Dilma (uma análise aprofundada desse episódio pode ser consultada em VECHI, 2020). Este fato, inclusive, foi decisivo para que de maneira absolutamente desprovida de respaldo legal, o Ministro do STF, Gilmar Mendes, em decisão monocrática, impedisse a posse de Lula como Chefe da Casa Civil do Governo Dilma, posição que lhe permitiria ampla margem de negociação com o parlamento para tentar impedir a destituição da Presidenta.

(16) Como se pode identificar nos casos de Honduras, Paraguai, Bolívia, Equador, Argentina e Brasil.

A identificação desses danos sociais aponta para diversas direções: precarização das relações de trabalho mediante perda de direitos trabalhistas, diminuição abrupta e substancial das aposentadorias públicas, privatização generalizada e irrestrita de serviços públicos, flexibilização da legislação ambiental e de proteção aos povos indígenas para favorecer grandes empreendimentos extrativistas, retrocessos na legislação e nas políticas de direitos humanos, para citar as mais proeminentes.

Trata-se de um trabalho de equipe⁽¹⁷⁾. Setores estatais comprometidos com os interesses de grandes empresas e corporações, com o apoio inclusive de forças políticas de outros países, operam a instrumentalização do arsenal jurídico e político para afastar os alvos políticos que se opõem a tais processos neoliberais. De outro lado, grandes empresas e conglomerados operam diretamente as ações que irão gerar os danos sociais aludidos. Desde o ponto de vista criminológico, a pergunta é: tais danos podem ser considerados crimes? Ou, senão, devem eles ser objeto de preocupação e reflexão criminológica?

Essa resposta tem sido dada afirmativamente por diferentes estudos criminológicos que, explorando o veio aberto pela pesquisa de Edwin SUTHERLAND no final dos anos 40 em torno dos Crimes do Colarinho Branco, têm voltado a sua atenção para a ação estatal-corporativa e os danos sociais que ela provoca, em especial em contextos de políticas de desregulamentação econômica e de adoção de receituários neoliberais.

Grupos econômicos poderosos possuem forte influência na definição das condutas consideradas criminosas pela lei nacional e internacional⁽¹⁸⁾. Por tal motivo, nessa perspectiva, o conceito de crime assume uma significação sociológica, mais ampla que a jurídico-legal⁽¹⁹⁾, e demanda uma variedade de medidas e estratégias a serem constru-

(17) TOMBS e WHITE (2015: 159-168) argumentam que a imensa e devastadora escala de danos sociais produzidos pelas corporações é algo que só pode ser devidamente compreendido e pensado a partir do reconhecimento de que subsiste uma verdadeira, densa e antiga relação simbiótica entre o Estado e as corporações, que pode ser rastreada desde pelo menos os genocidas empreendimentos coloniais conduzidos pela Inglaterra e pela East India Company (especificamente sobre esta relação ver também RUGGIERO, 2018: 35-50). Por fim, é preciso observar que a simbiose entre Estado e corporações não se limita ao âmbito interno de um país. Ela atravessa fronteiras e determina inclusive a ação de Estados mais poderosos sobre outros Estados, como se torna evidente por exemplo, na interferência dos Estados Unidos na América Latina, fato tanto evidente nas ditaduras civis-militares de segurança nacional ocorridas na segunda metade do século XX, quanto em tempos de *lawfare*, incrementado na segunda década do Século XXI.

(18) Sinal disso é o fato de não existir até o presente consenso legislativo internacional sequer para tornar o setor corporativo responsável por graves violações de direitos humanos nas quais tenha se envolvido, mesmo em meio a regimes de exceção (PAYNE; PEREIRA; BERNAL-BERMÚDEZ, 2020: 61-112).

(19) Referindo-se à construção do conceito de danos sociais como centro agregador das preocupações criminológicas ou até mesmo de uma nova disciplina chamada de *zemiologia*, afirmam HILLYARD e TOMBS: "Tomar em conjunto estas preocupaciones y abarcar las actividades de Estados locales y nacionales, y de corporaciones que son perjudiciales para las personas, ya sea respecto de la falta de alimentos sanos, la vivienda o calefacción inadecuadas, los bajos ingresos, la exposición a varias formas del peligro, la violación de derechos humanos básicos, y la victimización frente a varias formas de crimen, produce una sensación de necesidad de hallar un lugar disciplinario que puede incluir una gama de los

idas e implementadas para preveni-lo e remediá-lo, que vão muito além das clássicas medidas repressivas do sistema penal.

De tais perspectivas criminológicas, destaca-se a “criminalidade do mal desenvolvimento”, proposta por Maria Laura BOHM (2019: 7), pensada a partir do contexto latino-americano, em um cenário de fortes investidas neo-extrativistas, de ampla desregulação⁽²⁰⁾ econômica e de precarização da proteção das populações mais vulneráveis.

A análise faz uso da categoria “violência estrutural” construída por Johan GALTUNG (2013: 35-40) para identificar padrões de violência e desigualdade oriundos dos diferentes processos coloniais latino-americanos, que insistem em permanecer, e que assumem um viés particularmente intenso no cenário contemporâneo de predomínio de medidas e políticas neoliberais.

O padrão agressivo e contínuo do modelo neoliberal na América Latina e no mundo está ligado de forma inseparável às cada vez mais monopolistas e totalizantes corporações transnacionais e seus consórcios estatais. Tal padrão se encaixa confortavelmente em uma lógica de guerra, ou como querem DARDOT, LAVAL, GUÉGUEN e SAUVÊTRE (2021: 23) em uma “escolha” pela guerra civil, na qual, coerentemente, o Direito passa também a ser instrumento e cenário dessa guerra. O inimigo, na verdade, não é apenas um político ou governante, mas sim todo e qualquer obstáculo que se interponha à busca de maximização do lucro, à pilhagem e esgotamento do planeta e dos patrimônios públicos e comuns, e à exploração de massas cada vez mais vulneráveis de pessoas trabalhadoras, constantemente acoissadas pelo exército operário de reserva, que vai se acumulando como entulho no abandono das ruas, semáforos, periferias, presídios, campos de refugiados, favelas e lixões.

daños que afectan a muchas personas a lo largo de su ciclo vital. Por lo tanto, hemos tratado de encontrar un enfoque disciplinario que pueda abarcar los daños que son perjudiciales para el bienestar de las personas desde la cuna hasta la tumba.” (HILLYARD e TOMBS, 2013: 184).

(20) Sobre o termo “desregulação”, porém, e aproveitando questionamento feito por TOMBS e WHYTE (2015: 22-26), vale registrar que sua pronta utilização pode ocultar questões importantes. Primeiramente, o termo integra o vocabulário virtuoso das fórmulas neoliberais, nas quais o seu oposto, a regulação, é tido como sinônimo de Estado, de bloqueio ao livre mercado, de trancamento do fluxo e de oneração das atividades econômicas. No entanto, o neoliberalismo explicitamente necessita de muitas regulações para manter seus oligopólios no comando. Precisa de um estado punitivo e atuante na repressão às vítimas da concentração de renda que imprime. Necessita das regras de agências reguladoras, que existem em grande parte dos casos para criar a aparência de controle nos serviços públicos executados por corporações privadas, mas que acabam invariavelmente operando em favor dos interesses corporativos. Precisa também de reformas legislativas que assegurem condições operacionais para as atividades corporativas que facilitem o aumento da sua margem de lucro, ainda que às custas do sacrifício de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais básicos da população. O neoliberalismo também necessita do Estado para limpar a sua destruição e resgatar seus oligopólios das orgias financeiras que arrastam milhões à miséria, como se viu na crise de 2008. Tal episódio revelou com particular veemência que o poder das corporações precisa ser constituído e mantido pelo poder estatal, o que, por fim, contraria o propalado mito de que o mercado seja livre e desregulado. A questão adequada a ser posta neste cenário é: qual regulação? e não assumir que ela não haja, pois isto opera um efeito ideológico de ocultamento das reais relações de poder.

Nesse contexto, não surpreende que o corpo de funcionários públicos que opera o sistema de justiça, como juízes e membros do Ministério Público, seja seduzido em cardumes para favorecer os interesses dos poderosos em manobras heterodoxas disfarçadas de procedimentos técnicos inovadores ou em uma hermenêutica-antídoto à soberania popular. O enfoque criminológico dos danos sociais pode então incorporar o *lawfare* como uma verdadeira porta de entrada para a ampliação dos danos sociais causados pelo consórcio estatal-corporativo no marco da hegemonia neoliberal.

Foi justamente isto que se viu no impeachment de Dilma Rousseff, com a abrupta imposição de medidas alinhadas ao receituário neoliberal, contrárias à posição e às políticas assumidas pelo governo deposto, e que se deu tão logo o então Vice-presidente Michel Temer se efetivou na Presidência da República, trazendo mudanças na Constituição e na legislação de questionável legalidade que acarretaram danos sociais visíveis. Exemplificativamente, enumeram-se as seguintes medidas: a possibilidade de concessão exclusiva para empresas estrangeiras da exploração das novas e abundantes reservas de petróleo descobertas no Brasil, alterando o regime de partilha que exigia a participação da Petrobrás e vinculava parte dos lucros a gastos com a educação; a reforma da previdência que aumenta a idade mínima para se aposentar, diminui o valor (já baixo) das aposentadorias e benefícios e conta com anistia para dívidas previdenciárias milionárias de empresas e conglomerados (processo que foi concluído no governo Bolsonaro); a terceirização generalizada do trabalho; ampla reforma trabalhista que, sob o pretexto de combater o desemprego, provocou a diminuição e eliminação de direitos, com a legalização do mote “o negociado sobre o legislado”; reforma do ensino médio com a diminuição de conteúdos críticos como sociologia, filosofia e história; congelamento por duas décadas de investimentos em saúde e educação e dos salários do funcionalismo público; esvaziamento e retirada de verbas de todos os conselhos e órgãos de Direitos Humanos.

Considerações Finais

O processo de *lawfare* iniciado com o impeachment de Dilma Rousseff se aprofundou com o avanço da Operação Lava-Jato e a subsequente prisão e condenação de Luiz Inácio Lula da Silva⁽²¹⁾, o que o impediu de concorrer nas eleições presidenciais de 2018, para as quais era franco favorito. Esse cenário levou à eleição de Jair Bolsonaro, que com seu governo ampliou e intensificou os danos sociais já produzidos a partir do governo Temer, em especial, em meio à situação de ainda maior vulnerabilidade social

(21) As acusações contra o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva foram anuladas, em 23 de junho de 2021, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal que confirmou, por 7 votos a 4, a decisão da 2ª Turma que declarou o ex-juiz Sergio Moro suspeito para julgar o ex-presidente Lula no caso do triplex do Guarujá (SP). Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jun-23/moro-suspeito-julgar-lula-decide-stf-votos>> Acesso em 04 out de 2021.

gerada pela Pandemia de COVID-19 que se abateu sobre o planeta a partir de março de 2020.

Está claro que Lula e Dilma foram os alvos preferenciais das ações de *lawfare* empreendidas desde o ano de 2015 no Brasil, e que o objetivo real não era o combate à corrupção, mas sim a eliminação dos obstáculos políticos e legais para a implementação de uma ampla pauta neoliberal, responsável tanto pelo aumento exorbitante dos lucros de grandes grupos econômicos como pelo aumento do fosso de desigualdade social no Brasil e pela ampliação e intensificação dos danos sociais.

Para lidar com esse contexto são necessárias muitas medidas, que vão desde o detalhamento e visibilidade dos danos sociais gerados, passando pela identificação dos nexos, cadeias de causalidade e responsabilidades, quanto pela adoção de medidas de regulação da economia e de fortalecimento dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, tanto em nível estadual, como nacional e internacional⁽²²⁾.

Este artigo, portanto, dentro do limitado espaço disponível, procurou, ao mesmo tempo, caracterizar o impeachment sofrido pela Ex-Presidenta Dilma Rouseff como uma medida de *lawfare*, e identificar o *lawfare* como um requisito presente no contexto latino-americano para o aprofundamento dos danos sociais causados pelo consórcio estatal-corporativo em cenários de desregulação econômica e intensificação de pautas neoliberais.

Referencias

Aguiar, Emerson Barros de (2020) "O Tribunal dos Sicofantas: Uma Genealogia (l)moral do *Lawfare*" em Feitosa, Maria Luiza Alencar Mayer, Cittadino, Gisele e Liziero, Leonam. (orgs.). *Lawfare* e Calvário da Democracia Brasileira (p. 54-72). (João Pessoa: Editora Meraki).

Benites, Afonso. Supremo decide, por 8 votos a 2, que impeachment prossegue na Câmara. El País, Brasília. 15 de Abril de 2016. Disponível em <https://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/15/politica/1460687713_055409.html> Acesso em 04 out 2021. Acesso em 04 out 2021.

Böhm, Maria Laura (2019) *The Crime of Maldevelopment: Economic Deregulation and Violence in the Global South* (London, New York: Routledge).

Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

Brasil. Lei nº 12.850, de 2 de Agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei

(22) BÖHM fornece um quadro sobre um amplo conjunto de medidas e de análises que se fazem necessárias para confrontar os danos corporativos e suas complexas conexões locais, nacionais e internacionais (BÖHM, 2019: 219-231).

- nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm> Acesso em 04 out 2021.
- Brasil. Lei nº 13.115, de 20 de Abril de 2015. Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13115.htm> Acesso em 04 out 2021.
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 34441 DF. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Julgado em 07.12.2018. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/661788827/mandado-de-seguranca-ms-34441-df-distrito-federal>> Acesso em 04 out 2021.
- Brasil. Tribunal Superior Eleitoral. 09 de Dezembro de 2014. Plenário do TSE proclama resultado definitivo do segundo turno da eleição presidencial. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2014/Dezembro/plenario-do-tse-proclama-resultado-definitivo-do-segundo-turno-da-eleicao-presidencial>> Acesso em 05 out 2021.
- Carlson, John and Yeomans, Neville** (1975) "Whither Goeth the Law: Humanity or Barbarity" in Smith, Margareth and Crossley, David. *The Way Out: Radical Alternatives in Australia*. (Melbourne: Lansdowne Press) Disponível em: <<http://www.laceweb.org.au/whi.htm>> Acesso em 24 jul 2021.
- Cittadino, Gisele; Proner, Carol; Ramos Filho, Wilson; Tenenbaum, Márcio** (orgs.) (2016). *A resistência ao golpe de 2016*. (BAURU: Canal 6).
- Comaroff, John** (2016) "John Comaroff explica *Lawfare*" Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=skCRotOT1Lg>> Acesso em 29 set 2021.
- Corrêa, Alessandra**. Impeachment é 'vingança' de Cunha e mais um golpe à imagem do país, dizem brasilianistas. BBC, Winston-Salem (EUA). 04 de Dezembro de 2015. Disponível em <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/12/151204_brasilianistas_impeach_ac_tg> Acesso em 04 out 2021.
- D'Agostino, Rosanne**. Veja estados e partidos que mais votaram pelo impeachment na Câmara. G1, São Paulo. 18 de Abril de 2016. Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/04/veja-estados-e-partidos-que-mais-votaram-pelo-impeachment-na-camara.html>> Acesso em 04 out 2021.
- Dardot, Pierre; Laval, Christian; Guéguen, Haud; Sauvêtre, Pierre** (2021). *A escolha da guerra civil – uma outra história do neoliberalismo*. Tradução de Márcia Pereira Cunha. (São Paulo: Elefante).
- Dolce, Júlia**. "Me preocupa a cultura de que basta uma delação para alguém ser preso", diz jurista. Brasil de Fato, São Paulo. 31 de Janeiro de 2018. Disponível em <<https://www.brasildefato.com.br/2018/01/31/me-preocupa-a-cultura-de-que-basta-uma-delacao-para-alguem-ser-preso-diz-jurista>> Acesso em 04 out 2021.
- Dunlap Jr., Charles** (2001) "Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Century Conflicts", Prepared for the Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference, Harvard University, John F. Kennedy School of Government. Disponível em: <<https://people.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf>> Acesso em 11 de set 2021.
- Dunlap Jr., Charles** (2011) "*Lawfare Today...and Tomorrow*" in Pedrozo, Raul A. "Pete" and Wollschlaeger, Daria P. (eds.) *International Law and the Changing Character of War*. (p. 315-325).

- (US Naval War College International Law Studies, Vol. 87) Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3090&context=faculty_scholarship> Acesso em 30 jul 2021.
- Ferrajoli, Luigi** (1989) *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. (São Paulo: Revista dos Tribunais).
- Galtung, Johan** (2013). *Violence: direct, structural and cultural*. em Galtung, Johan; Fischer, Dietrich. *Johan Galtung pioneer of Peace research* (p.35-40). (London: Springer).
- Goes, Severino**. Moro é suspeito para julgar Lula, decide Supremo Tribunal Federal por 7 votos a 4. Conjur. 23 de Junho de 2021. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2021-jun-23/moro-suspeito-julgar-lula-decide-stf-votos>> Acesso em 04 out 2021.
- Hillyard, Paddy Y Tombs, Steve**. (2013) "Mas allá de la criminología?" en *Revista Crítica Penal y Poder* (Universidad de Barcelona), N° 4.
- Jakobs, Günther E Meliá, Manuel Cancio** (2008) *Direito penal do inimigo*. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. (Rio de Janeiro: Lumen Juris).
- Kittrie, Orde Félix** (2016) *Lawfare: law as a weapon of war*. (Oxford: Oxford University Press).
- Liang, Qiao E Xiangsui, Wang** (1999) *Unrestricted Warfare*. (Beijing: PLA Literature and Arts Publishing House). Disponível em <<https://www.c4i.org/unrestricted.pdf>> Acesso em 05 out 2021.
- Zanin, Cristiano M., Martins, Valeska Teixeira Zanin E Valim, Rafael** (2020) *Lawfare: uma introdução*. (São Paulo: Contracorrente).
- Zanin, Cristiano M., Martins, Valeska Teixeira Zanin E Valim, Rafael** (2020) *Lawfare: uma introdução*. (São Paulo: Contracorrente).
- Mendonça, Heloísa**. Após protestos, Governo anunciará ações de combate à corrupção. El País, São Paulo. 15 de Março de 2015. <https://brasil.elpais.com/brasil/2015/03/16/politica/1426464022_770359.html> Acesso em 04 out 2021.
- Moreira, Adriana Monserrat Cedillo Morales** (2016) "Uma abordagem discursiva das reportagens do Jornal Nacional sobre o processo de Impeachment da Dilma Rousseff", 12º Interprogramas de Mestrado da Faculdade Cásper Líbero, cidade de São Paulo-SP, 4 e 5 de novembro. Disponível em <<https://casperlibero.edu.br/wp-content/uploads/2017/03/Adriana-Monserrat-UFPR-Trabalho-Completo.pdf>> Acesso em 30 set 2021.
- Passarinho, Nathalia E Calgaro, Fernanda**. Por aclamação, PMDB oficializa rompimento com governo Dilma.G1, Brasília. 29 de Março de 2016. Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2016/03/por-aclamacao-pmdb-oficializa-rompimento-com-governo-dilma.html>> Acesso em 04 out 2021.
- Payne, Leigh A.; Pereira, Gabriel; Bernal-Bermúdez, Laura** (2020) *Transitional Justice and Corporate Accountability from Below – Deploying Archimedes’ Lever* (Cambridge University Press).
- Rivkin Jr., David B. and Casey, Lee. A** (2000) "The Rocky Shoals of International Law. National Interest" Disponível em: <<https://nationalinterest.org/article/the-rocky-shoals-of-international-law-523>> Acesso em 04 de out 2021.
- Ruggiero, Vincenzo** (2018) *Los crímenes de la economía – un análisis criminológico del pensamiento económico*. Tradução de Daniel Jiménez Franco (Madrid: Marcial Pons).

- Santana, Eliara** (2020) “Mídia, *Lawfare* e Encenação: a narrativa jornalística como base legitimadora de práticas jurídicas no Brasil” em Feitosa, Maria Luiza Alencar Mayer, Cittadino, Gisele e Liziero, Leonam. (orgs.). *Lawfare* e Calvário da Democracia Brasileira (p. 83-92). (João Pessoa: Editora Meraki).
- Santoro, Antonio Eduardo Ramires E Tavares, Natália Lucero Frias** (2021) *Lawfare* brasileiro. (Belo Horizonte: Editora D’Plácido).
- Serrano, Pedro Estevam Alves Pinto** (2016) Autoritarismo e golpes na América Latina: breve ensaio sobre jurisdição e exceção. (São Paulo: Alameda Casa Editorial).
- Serrano, Pedro Estevam Alves Pinto e Bonfim, Anderson Medeiros** (2020) “Autoritarismo Líquido, Hipernomia e Exceção” em Feitosa, Maria Luiza Alencar Mayer, Cittadino, Gisele e Liziero, Leonam. (orgs.). *Lawfare* e Calvário da Democracia Brasileira (p. 144-165). (João Pessoa: Editora Meraki).
- Silva Filho, José Carlos Moreira da** (2018) “Justiça de Transição e Usos Políticos do Poder Judiciário no Brasil em 2016: um Golpe de Estado Institucional?” em Revista Direito e Práxis, v. 9, p. 1284-1312.
- Silva Filho, José Carlos Moreira da** (2019) Teses reacionárias e guerras jurídicas. Sul 21. Porto Alegre. 10 de abril de 2019. <<https://sul21.com.br/opiniao/2019/04/teses-reacionarias-e-guerras-juridicas-por-jose-carlos-moreira-da-silva-filho/>> Acesso em 08 out 2021.
- Tombs, Steve; Whyte, David** (2015) *The corporate criminal – why corporations must be abolished* (London: Routledge).
- Vechi, Fernando** (2020) Política, judiciário e mídia – a divulgação das interceptações telefônicas entre Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Roussef (Porto Alegre: Editora Fi). Disponível em <<https://www.editorafi.org/775politica>> Acesso em 08 out 2021.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl** (2007) *O inimigo no Direito Penal*. (Rio de Janeiro: Revan).

FAUSTO MARCHIARO*

Guerra jurídica en el golpe de Estado boliviano del año 2019: una problemática pasada por alto

Introducción

La interrupción del proceso democrático boliviano en 2019 fruto del golpe de Estado del que fuera víctima el Movimiento al Socialismo (MAS-IPSP) y la paralela violación sistemática de Derechos Humanos iniciada por el gobierno de facto encabezado por Jeanine Añez, son problemáticas que han sido exhaustivamente analizadas por un gran cúmulo de especialistas.⁽¹⁾ En este sentido, podemos observar sendas teorizaciones acerca del lugar ocupado por los principales instigadores y protagonistas del quiebre de la institucionalidad, mostrándose lo sucedido en Bolivia como un fenómeno multicausal y heterogéneo en cuanto a responsabilidades. De este modo, las publicaciones han puesto el foco en las acciones desplegadas por las fuerzas armadas, la policía, la Organización de Estados Americanos (OEA), los comités cívicos ciudadanos de ultra derecha, los medios de comunicación, el factor geopolítico internacional, la oposición política al MAS y las masivas movilizaciones ciudadanas en contra de Evo Morales Ayma en el contexto de la crisis electoral iniciada el 20 de octubre de 2019 por falsas denuncias de fraude electoral.⁽²⁾

Sin embargo, la actuación del Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) a través del reconocimiento de Jeanine Añez como presidenta interina, eleva al organismo judicial como sujeto clave en la embestida destituyente. En abierta violación a la Constitución

(*) Abogado. Universidad Nacional de Rosario (UNR), Rosario, Argentina. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Latinoamericanos (CEJUSOL), Facultad de Derecho UNR. Investigador en temas de Derechos Humanos, Derecho Internacional Público y Derecho Constitucional.

(1) Particularmente destacamos Curiel & Williams (2019) y Romano et al. (2019).

(2) La tendenciosa denuncia de fraude electoral envalentonada por la OEA durante los comicios generales de octubre de 2019 fue contundentemente desbaratada por diversos trabajos. Se destacan Curiel & Williams (2019) y Johnston & Rosnick (2020).

Política del Estado (CPE) se enroló en la infausta doctrina de facto,⁽³⁾ otorgándole a la senadora insurrecta un título jurídico fundado en la fuerza material de los hechos. Por este motivo, al combinarse con novedosas tecnologías de derrocamiento (Carbone & Soler, 2017), el papel asumido por el tribunal andino debe considerarse como un zenit de la actual guerra jurídica regional o *lawfare*.

A su vez, restituida la democracia fruto de la victoria electoral del binomio Arce-Choquehuanca por el MAS-IPSP en octubre de 2020, se destaca el inicio de múltiples investigaciones y procesos judiciales propensos a determinar las principales responsabilidades surgidas con motivo del golpe. Así, nuevamente constatamos el olvido o sobresalto referido al estudio del rol encarado por el TCP en la crisis boliviana del 2019. En este caso, más grave aún dado que proviene de las autoridades públicas del Estado Plurinacional de Bolivia.

Una comprensión integral de los acontecimientos sucedidos en Bolivia requiere poner luz sobre el lugar primordial ocupado por el Tribunal Constitucional Plurinacional y sus miembros. Ello no solamente a fin de evitar impunidad y colaborar al ejercicio de la construcción de la memoria histórica, sino sobre todo porque “La tragedia boliviana enseña con elocuencia varias lecciones que nuestros pueblos y las fuerzas sociales y políticas populares deben aprender y grabar en sus conciencias para siempre” (Borón, 2019). Revisar un hito más del *lawfare* es el aprendizaje que debemos rescatar de estos hechos y paralelamente el objetivo de este trabajo.

Metodología

En primer lugar, hemos realizado una investigación teórico-explorativa tendiente a poner en evidencia las apreciaciones mencionadas al inicio. En consecuencia, se han analizado y revisado una gama diversa de publicaciones, encuentros y foros de discusión relativos al objeto indicado. La metodología elegida ha sido de carácter interdisciplinaria, incluyendo aportes del Derecho, las Ciencias Políticas, las Relaciones Internacionales y el periodismo de investigación. Siendo nuestro objetivo una lectura situada de la crisis institucional boliviana de 2019 que evidencie protagonistas y principales problemáticas involucradas, encontramos fundamentalmente líneas de trabajo referidas al papel de:

- a. La OEA (Johnston & Rosnick, 2020).
- b. Las fuerzas armadas y la policía (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019).
- c. Los comités cívicos ciudadanos de ultra derecha (Delegación Argentina en Solidaridad con el Pueblo Boliviano, 2019).

(3) La génesis de la misma se debe a la obra del jurista canadiense Albert Constantineau (1945).

- d. El factor geopolítico internacional (Romano et al., 2019).
- e. La cobertura comunicacional del asunto (Correa, 2020).
- f. Las movilizaciones ciudadanas opositoras y el clima social imperante al momento de gestarse el golpe (Morales Ayma, 2020).

En un segundo momento, y encontrándonos frente a un vacío doctrinario que dé cuenta acerca de la faz judicial de nuestra problemática, recurrimos a trabajos abocados al fenómeno del *lawfare* referentes a experiencias similares acontecidas en nuestro continente. Sumado a ello, examinamos las actuaciones procesales y parlamentarias que dieron lugar al nombramiento de Añez y la posterior consolidación del golpe.

Ulteriormente, hemos estudiado las investigaciones y procesos judiciales iniciados con la restauración democrática destinados a hallar las responsabilidades jurídicas nacidas fruto del quiebre de la institucionalidad.

Renuncia forzada de Evo Morales Ayma y proclamación de Jeanine Añez

Con el objetivo de abordar cabalmente el proceder del Tribunal Constitucional, es menester contextualizar el espacio – tiempo en el cual se inscribió la investidura de Añez.

Las elecciones generales del 20 de octubre de 2019 y las consiguientes denuncias de fraude electoral esbozadas por la OEA y los sectores opositores al proceso de cambio, iniciaron un complejo escenario en el Estado andino. Luego de tres semanas de paro y movilización desestabilizantes, recrudecimiento de la violencia política, acuartelamiento de las policías departamentales, desabastecimientos estratégicos y la “recomendación” al presidente Morales de dejar su cargo por parte del comandante en jefe de las fuerzas armadas, las máximas autoridades del MAS renuncian por la fuerza a sus cargos el día 10 de noviembre de 2019 e inician exilios a diferentes latitudes a fin de salvar su vida y pacificar el país.⁽⁴⁾ Sumado a ello, es preciso puntualizar:

- a. La Constitución boliviana exige en sus arts. 161 y 170 que la renuncia del presidente y vice sean presentadas ante la Asamblea Legislativa Plurinacional, siendo dicho órgano el único competente para aceptarla o rechazarla. En este caso, las dimisiones de Evo y Álvaro García Linera no fueron solicitadas ante el Parlamento, ni dicho poder supremo se expresó acerca de lo sucedido.
- b. Al momento de la crisis electoral, la representación legislativa era de 88 diputados del MAS sobre 130 y de 25 senadores sobre 36 (Órgano Electoral Plurinacional, 2015). Claramente el oficialismo contaba con amplias mayorías, superiores a las 2/3 partes

(4) Acerca del desarrollo cronológico del golpe de Estado y sus diferentes protagonistas véase Romano et al. (2019).

de los miembros en cada uno de los recintos. Por ende, toda decisión parlamentaria debía contar con el visto bueno del masismo.

- c. Ante la dimisión de los titulares del Ejecutivo, las y los legisladores masistas deciden concurrir al Parlamento a fin de repudiar las renunciaciones coactivas y nombrar nuevas autoridades interinas de conformidad a la CPE. Situación que se vio imposibilitada ante el impedimento ilegal del que fueron víctimas, al negárseles por la fuerza la entrada al Congreso (Ámbito, 2019).
- d. El art. 169 de la CPE reza:

“En caso de impedimento o ausencia definitiva de la Presidenta o del Presidente del Estado, será reemplazada o reemplazado en el cargo por la Vicepresidenta o el Vicepresidente y, a falta de ésta o éste, por la Presidenta o el Presidente del Senado, y a falta de ésta o éste por la Presidente o el Presidente de la Cámara de Diputados. En este último caso, se convocarán nuevas elecciones en el plazo máximo de noventa días.”
- e. Habiendo dejado sus cargos Linera y Morales Ayma correspondía asumir la presidencia interina a la titular de la Cámara Alta o en su defecto al de la Baja. Los mismos eran Adriana Salvatierra y Víctor Borda Belzu, ambos miembros del MAS-IPSP. Tanto la Presidenta de la Cámara de Senadores como su par de Diputados fueron también impelidos a renunciar a sus puestos. Tampoco aquí se cumplimentó la letra de la Constitución, a razón de que dichos actos no se oficializaron ante el Parlamento ni el órgano deliberante se expresó acerca de la validez de lo actuado.
- f. Con la proscripción material del masismo en el Congreso, la senadora departamental por Beni Jeanine Añez se presentó ante el órgano legislativo en el siguiente escenario:
 1. Sin quórum mínimo para funcionar la Asamblea Legislativa.
 2. Acompañada de la cúpula militar y de miembros de comités cívicos como Fernando “Macho” Camacho, líder civil del movimiento insurgente (Echazú Cortéz, 2021).
 3. Con una plaza Murillo (La Paz) militarizada, reprimiéndose fuertemente a movilizaciones pacíficas oficialistas que pretendían ingresar a la misma bajo la consigna “defensa de la democracia.”

Es así que, sin respetar la normativa constitucional, específicamente el art. 169, se autoproclamó “presidente interina” de Bolivia por 90 días, recibiendo personalmente de un militar la banda presidencial (Teruggi, 2019).

El Tribunal Constitucional Plurinacional y la teoría de facto

La ilegal asunción de Añez contó con la certificación emitida por el máximo tribunal boliviano. Por la vía de un mero comunicado de dos fojas el TCP dio su visto bueno al golpe de Estado, reconociendo en la senadora de Beni la doctrina del ejercicio de facto de la investidura presidencial. Lo llamativo es que la instancia ante el juzgado no fue

requerida, ni la persona de Añez es mencionada en el documento. De manera oficiosa buscó sellar la asunción ilegítima e ilegal a través de un razonamiento alejado del Derecho. En palabras de los supremos:

“Frente a una sucesión presidencial, originada en la vacancia de la Presidencia de la República, ocasionada por la renuncia del jefe de Estado y no a un acto de proclamación, no requiriéndose de Ley ni de Resolución Congresal para que el Vicepresidente asuma la Presidencia de la República; sino que conforme al texto y sentido de la Constitución, el Vicepresidente asume ipso facto la Presidencia [...] cualquier entendimiento distinto podría atentar contra la inmediatez de la sucesión presidencial”. (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2019, p. 2)

Las conclusiones del tribunal causan estupor por diferentes motivos. Jeanine Añez no ejercía la vicepresidencia del Estado ni la comandancia de ninguna de las Cámaras del Parlamento. Es curioso que se la considere investida de dicho cargo cuando jamás órgano alguno competente la designó como tal. La simple senadora insurrecta, en el contexto parlamentario descrito, fue autonombrada sin quórum, primero como presidenta del Senado, para luego auto aplicarse el art. 169 de la CPE relativo a la sucesión. Por ende, su proceder fue doblemente nulo e ilegal al atribuirse cargos fuera del procedimiento legal.

No obstante, el Tribunal Constitucional Plurinacional hizo caso omiso de las previsiones legales a las cuales hemos hecho referencia. Ello es así en tanto para los jueces supremos la sucesión es simplemente “ipso facto” o “inmediatamente / en el acto”. Bajo esta lógica, no es exigible para el encuadramiento legal de la acefalía del cumplimiento de la normativa constitucional, sino que sólo importan los hechos por los hechos mismos.

Con dicho pronunciamiento el TCP asumió la doctrina de facto del ejercicio de los cargos públicos. Ésta hubo de ser definida como:

“Un principio de derecho que [...] justifica el reconocimiento de la autoridad de gobiernos establecidos o mantenidos por personas que han usurpado la autoridad soberana del Estado y se afirman por la fuerza y las armas contra el gobierno legítimo”. (Constantineau, 1945, p. 9)

La Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina (CSJN), par y hermana del tribunal boliviano, al acuñar la mencionada doctrina en 1930 sostuvo:

“El gobierno provisional que acaba de constituirse en el país [refiere al gobierno militar de José Félix Uriburu], es, pues, un gobierno de facto cuyo título no puede ser judicialmente discutido con éxito por las personas en cuanto ejercita la función administrativa y política derivada de su posesión de la fuerza como resorte de orden y de seguridad social”. (Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, 1930)

Para la doctrina de facto la fuerza se encuentra por sobre el Derecho, derivando el ejercicio legítimo de los cargos en la detentación del poder material. Dicha situación fáctica, según la CSJN, no amerita ser discutida por nadie, ni siquiera por ella en ejercicio del control de constitucionalidad. Así, título válido es aquel obtenido por medio de la fuerza, pudiéndose ejercer el cargo usurpado mientras se cuente con dicho poder y se lo haga valer. Lo mismo comprendió el tribunal boliviano al no inmiscuirse en los antecedentes que posibilitaron a Añez ser autonombraada presidenta del Senado. Dicho escenario es el propio de los autoritarios y los totalitarismos, idearios totalmente alejados de un paradigma basado en la democracia y el respeto de los Derechos Humanos.

Por otro lado, inverosímiles son los fundamentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional para legitimar la “presidencia interina”. Es así que arguyó como considerandos justificatorios de su proceder:

“La grave situación política y social que atraviesa nuestro país y el vacío de autoridad que ha dejado las renunciaciones a la Presidencia y Vicepresidencia del Estado, así como de las Presidencias de las Cámaras de Senadores y de Diputados”. (Tribunal Constitucional Plurinacional, 2019, p. 2)

Sorprendentemente el TCP no contextualizó el panorama en que dichas dimisiones tuvieron lugar ni su legalidad. Tampoco comentó nada acerca de su aceptación o rechazo por parte de los órganos competentes.

Sin embargo, más llamativa aún es la posición del TCP quien afirmó que la asunción de Añez tendría por finalidad “preservar el Estado Constitucional [...], el respeto de los derechos fundamentales y de las garantías constitucionales” (Ibidem). Nada más alejado de la realidad. A los pocos días se cometerían las masacres de Sacaba y Senkata (15 y 19 de noviembre de 2019 respectivamente), hechos denunciados por la comunidad internacional y calificados como masacres por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019).

Restauración democrática. Juicio y Castigo

La victoria electoral del MAS en los comicios de octubre de 2020 implicó la reapertura del ciclo de transformación político, social y cultural iniciado en 2006 con la primera presidencia de Evo Morales Ayma. A los pocos días de oficializarse el triunfo, el presidente electo Luis Arce afirmó estar indignado con la OEA y los sectores políticos, ciudadanos, castrenses y policiales involucrados en el golpe. A su vez, al ser consultado sobre la promoción de investigaciones judiciales a dichos sujetos sostuvo:

“Eso ya está en manos del órgano judicial, no está en manos del Ejecutivo. Son resortes del Poder Judicial que debe avanzar en esta labor, vamos a estar pendientes de que

eso ocurra, pero sin injerencia. Vamos a vigilar que los procedimientos jurídicos se den". (Arce, 2019)

Es así que podemos observar que a lo largo de los años 2020 y 2021 los organismos judiciales bolivianos comenzaron a instar diferentes procesos abocados a efectivizar las responsabilidades legales originadas con motivo del golpe de Estado. Dichos actos, altamente positivos en tanto baluartes para consolidar la democracia del país andino y construir memoria histórica a fin de evitar sucesos similares, presentan una problemática. Al igual que en los trabajos y publicaciones referidas al golpe y sus máximos protagonistas y partícipes, advertimos la ausencia respecto al lugar encarado por el TCP y sus miembros.

Las actuaciones judiciales se acumulan mayoritariamente hoy en la llamada causa "Golpe de Estado" (Télam, 2021). En consecuencia, se han visto involucrados la ex presidenta de facto Jeanine Añez, varios ex ministros, militares y policías de alto rango. A éstos se los acusa por delitos de sedición, conspiración y terrorismo. La mayoría de los procesados se hayan cumpliendo actualmente prisión preventiva.

Paralelamente, las masacres de Sacaba y Senkata se encuentran bajo investigación judicial. En este sentido, entre otros tantos, el ex general del ejército boliviano Alfredo Cuéllar fue detenido bajo prisión domiciliaria acusado de asesinato (Página 12, 2020).

Sumado a ello, el ministro de Justicia boliviano Luis Lima adelantó el comienzo de acciones legales contra el Secretario General de la OEA Luis Almagro, personaje clave en la embestida destituyente. Lima calificó a las actuaciones del organismo regional como "persistentes acciones de injerencia" (Página 12, 2021).

No obstante, no aparece en el radar de la búsqueda de justicia la prosecución de juicios políticos a los miembros del TCP involucrados en el nombramiento de Añez. Recordemos que, conforme a los arts. 159 inc. 11 y 160 inc. 6 de la CPE, es competencia de la Cámara de Diputados y de Senadores de Bolivia, acusar y promover, respectivamente, juicio político a los miembros del TCP por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones públicas. La gama de ilícitos podría incluir sedición, conspiración, incumplimiento de los deberes del funcionario público, prevaricato, entre otros, todas figuras previstas en el Código Penal del Estado Plurinacional de Bolivia.

Conclusiones

La postura asumida por las distintas autoridades a cargo del Estado Plurinacional frente a los responsables de la tragedia ocurrida en 2019 implica un avance de suma importancia en lo que hace al afianzamiento de lo democracia e institucionalidad del país an-

dino. Asimismo, es una respuesta material frente a los reclamos de un pueblo que insta por justicia, verdad y reparación por las múltiples violaciones a los Derechos Humanos acaecidas durante el régimen de facto.

Empero, surge con claridad el escenario disímil que enfrentan los miembros del TCP en comparación a los demás artífices del enclave golpista. No solamente desde el punto de vista procesal y político, sino sobre todo en el ideario colectivo memorial que tiene por tarea narrar lo sucedido en Bolivia en aras de vislumbrar los desafíos actuales y futuros a los que se enfrentan los movimientos nacionales y populares. Dejar de lado el análisis acerca del rol clave ocupado por el último intérprete de la letra de la Constitución implica pasar por alto una demostración más de la problemática que más ha dañado a las democracias en Nuestra América a lo largo de los últimos años. Al mismo tiempo, nos enseña que la conceptualización del *lawfare* como “[...] el uso indebido de instrumentos jurídicos para fines de persecución política, destrucción de imagen pública e inhabilitación de un adversario político” (Vollenweider & Romano, 2017, p. 1), debe ser ampliada a fin de contemplar nuevos escenarios como el ocurrido en el Estado Plurinacional.

Es cierto que en Bolivia los miembros del TCP duran en sus cargos 6 años, no pueden ser reelegidos y son electos por el voto popular ciudadano (arts. 183 y 198 CPE). Se asegura así periodicidad democrática en las funciones públicas y en nuestro caso una depuración natural de los personajes involucrados en los hechos tratados en este trabajo. Independientemente de ello, este punto no soluciona plenamente las apreciaciones marcadas con anterioridad.

Tal vez la cualidad más sofisticada de la guerra jurídica sea el de pasar desapercibida, ocultándose bajo el ropaje de la opacidad del Derecho y el blindaje mediático. Poner luz sobre este estado de situación es el primer paso a dar a fin de encontrar soluciones que franqueen los obstáculos que impiden el despliegue y profundización de propuestas ciudadano-gubernamentales populares. El siguiente movimiento será el de encontrar, dentro del paradigma del Estado de Derecho, respuestas estatales y ciudadanas que condenen y pongan fin a las prácticas de guerra blanda orquestadas por sectores del aparato comunicacional, político y judicial cuyo objetivo es utilizar la ley y la infamia “[...] como herramienta ofensiva al servicio de los intereses económico-políticos de las minorías dominantes y privilegiadas” (Bielsa & Peretti, 2019, p. 13).

Referencias

Ámbito (Ed.) 2019 “Impiden que el Congreso sesione y se profundiza el golpe en Bolivia” en Ámbito (Buenos Aires). <https://tinyurl.com/kym6ub6p>

Arce, Luis 2020 “Luis Arce: ‘Estamos indignados con la OEA’”. (López San Miguel, Mercedes, Entrevistadora) en Página 12 (Buenos Aires). <https://tinyurl.com/xvytc6c2>

Bielsa, Rafael & Peretti, Pedro (2019) *Lawfare*. Guerra judicial-mediática (Buenos Aires: Ariel)

Borón, Atilio Jesús Alberto (Ed.) 2019 "El golpe en Bolivia: cinco lecciones" en Atilio Borón (web). <https://tinyurl.com/4bzrt9va>

Carbone, Rocco & Soler, Lorena (Eds.) (2017) *Franquismo en Paraguay. Modelo para golpes* (Asunción: Arandurã)

Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2019 "CIDH presenta sus observaciones preliminares tras su visita a Bolivia, y urge una investigación internacional para las graves violaciones de derechos humanos ocurridas en el marco del proceso electoral desde octubre de 2019. Comunicado de prensa N° 321/19" en Organización de los Estados Americanos (web) (Washington). <https://tinyurl.com/d9rnajp5>

Constantineau, Albert 1945 (1910) *Tratado de la doctrina de facto* (Buenos Aires: Depalma)

Correa, Anne-Dominique 2020 "Crónica de un fiasco mediático en Bolivia" en *Le Monde Diplomatique* en español. <https://tinyurl.com/xazwas4k>

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina 1930 "Acordada sobre reconocimiento del Gobierno Provisional de la Nación" en *Sistema Argentino de Información Jurídica* (Buenos Aires). <https://tinyurl.com/4y92z6wt>

Curiel, John & Williams, Jack 2020 "Análisis de las elecciones de Bolivia en 2019" en Centro de Investigación en Economía y Política (Washington). <https://tinyurl.com/yeh3peaa>

Delegación Argentina en Solidaridad con el Pueblo Boliviano (2019) *Informe Final* (Buenos Aires). <https://tinyurl.com/9af6z569>

Echazú Cortéz, Carlos 2021 "Las Fuerzas Armadas Bolivianas y el golpe de Estado" en *Nodal* (Buenos Aires). <https://tinyurl.com/zfdyvn4d>

Johnston, Jake & Rosnick, David 2020 "Observando a los observadores: La OEA y las elecciones bolivianas de 2019" en Centro de Investigación en Economía y Política (Washington). <https://tinyurl.com/mudvyevu>

Morales Ayma, Evo (2020) *Volveremos y seremos millones* (Buenos Aires: Ariel)

Órgano Electoral Plurinacional 2015 *Resultados elecciones generales 2015*. Comunicado de prensa (La Paz). <https://tinyurl.com/83ztu6ns>

Página 12 (Ed.) 2020 "Un general del Ejército de Bolivia fue detenido por la masacre de Sacaba" en *Página 12* (Buenos Aires). <https://tinyurl.com/untt6bwr>

Página 12 (Ed.) 2021 "Bolivia le iniciará un juicio a Luis Almagro" en *Página 12* (Buenos Aires). <https://tinyurl.com/yt5tmdys>

Romano, Silvina, Lajtman, Tamara, García Fernández, Aníbal & Tirado, Arantxa 2019 "EE. UU. y la construcción del golpe en Bolivia" en Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica. <https://tinyurl.com/4raw9h92>

Télam (Ed.) 2021 "Detuvieron a Añez y a varios de sus ministros por el golpe de Estado contra Evo Morales" en Télam (Buenos Aires). <https://tinyurl.com/477vu9mu>

Teruggi, Marco 2019 "Sin quórum, Jeanine Añez se autoproclamó presidenta en La Paz" en Página 12 (Buenos Aires). <https://tinyurl.com/4dy7jmdn>

Tribunal Constitucional Plurinacional 2019 Comunicado asunción Jeanine Añez (Sucre). <https://tinyurl.com/5ax25v98>

Vollenweider, Camila & Romano, Silvina 2017 "*Lawfare*. La judicialización de la política en América Latina" en Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica. <https://tinyurl.com/ecwfwwb4>

MANOELA CARNEIRO ROLAND* – TCHENNA FERNANDES MASO**

FELIPE FAYER MANSOLDO***

Da Lava-Jato ao desastre socioambiental na Bacia do Rio Doce: as similaridades entre o *lawfare* e a *rough justice* aplicada ao caso Samarco

Introdução

O desastre-crime socioambiental ocorrido em 5 de novembro de 2015 com o rompimento da barragem de Fundão, de propriedade da empresa Samarco Mineração S.A., uma *joint-venture* constituída pelas empresas Vale S.A. e BHP Billiton S.A., provocou graves violações de Direitos Humanos que permanecem impunes e sem a devida reparação às comunidades atingidas situadas em toda a extensão da bacia do Rio Doce e litoral capixaba.

Trata-se de um notório caso de violação de Direitos Humanos por empresas e, passados seis anos, há um sentimento generalizado de que não foi conferido o devido protagonismo às pessoas atingidas na reparação, o que abre margem para o questionamento do papel do Judiciário em relação ao oferecimento de respostas às expectativas

(*) Doutora em Direito Internacional pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO). Professora Associada II da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Coordenadora do Homa – Centro de Direitos Humanos e Empresas da Universidade Federal de Juiz de Fora. E-mail: manoelroland@gmail.com.

(**) Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Pesquisadora no grupo de pesquisa e extensão EKOÁ – Direito Socioambiental. Pesquisadora Associada ao Homa. Advogada militante no Movimento dos Atingidos por Barragens. E-mail: tchenna.maso@gmail.com.

(***) Mestre em Direito – Área de Concentração em Direito e Inovação (linha de pesquisa: Direitos Humanos e Inovação) pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Professor de Ensino Básico, Técnico e Tecnológico do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Sudeste de Minas Gerais – campus Rio Pomba. Pesquisador Associado ao Homa – Centro de Direitos Humanos e Empresas da Universidade Federal de Juiz de Fora. E-mail: felipefmdir@gmail.com.

daqueles que foram vitimados. Ainda que as instituições de Justiça, especialmente o Ministério Público e a Defensoria Pública, tenham buscado tal objetivo, a centralidade do sofrimento da vítima, princípio sedimentado na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, não foi assegurada na prática.

Recentes decisões modificaram a estrutura de governança prevista nos termos de ajustamento de conduta anteriormente homologados pelo juízo da 12ª Vara Federal Cível/Agrária da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, em Belo Horizonte. O reconhecimento de comissões de atingidos que não estavam previstas nos acordos, em desacordo com o Eixo Prioritário nº 7, relativo ao Cadastro e à Indenização, com a instituição do Novo Sistema Indenizatório (NOVEL), que exigiria a quitação integral e desistência de todas as demandas eventualmente pendentes contra os causadores das violações, motivou pedido de suspeição do juiz do caso, via mandado de segurança, impetrado pelo Ministério Público Federal.

O presente artigo procura discutir a condução do processo coletivo, objeto de questionamentos por parte das instituições de justiça e dos movimentos sociais, bem como a aplicação da teoria da *rough justice* ao caso, comparando-a à temática do *lawfare*, pois na prática as decisões conferiram apenas segurança jurídica às empresas réis, não tendo sido capazes de proporcionar a justa indenização aos atingidos pelas violações.

Adotar-se-á como marco teórico as recentes publicações sobre o *lawfare*, de Cristiano Zanin, Valeska Martins Zanin e Rafael Valim, de Orde Kittrie e a clássica definição contida em artigo de Charles Dunlap. Também nos valeremos dos estudos críticos sobre Direitos Humanos e Empresas, presente nas publicações de Juan Hernández Zubizarreta, Pedro Ramiro e Deborah Duprat, utilizadas nos trabalhos do Homa – Centro de Direitos Humanos e Empresas da Universidade Federal de Juiz de Fora.

A metodologia utilizada consistiu em uma investigação baseada em revisão bibliográfica e análise documental, bem como a observação participante, o que permitiu a interlocução frequente com os movimentos sociais e foi viabilizada pela participação dos pesquisadores junto à Rede de Pesquisa Rio Doce, composta pelos grupos de pesquisa e extensão CRDH/UFJF-GV, Homa/UFJF, Gepso/UFOP, Organon/UFES, PoEMAS/UFJF. Uma das pesquisadoras atuou diretamente na assessoria jurídica popular junto ao Movimento dos Atingidos e Atingidas por Barragens (MAB) e, em sua atuação prática, pôde acompanhar pessoas atingidas em diversas mesas de negociação ao longo dos anos de 2015-2020.

Lawfare no Brasil

Não é novidade a utilização do Direito como arma em favor de grupos poderosos, muitas vezes provocadora de uma intervenção na soberania nacional e na autodeterminação dos povos de países em desenvolvimento.

Se no passado o imperialismo era exercido sem amarras, a “era dos direitos” do pós-Segunda Guerra Mundial provocou a necessidade de fundamentação dos atos de governo em termos legais. Por mais esdrúxulos ou menores que sejam os fundamentos invocados, busca-se na moldura oferecida pelas normas jurídicas uma argumentação que possa justificá-los. Nesse sentido, trazendo à baila o exemplo histórico da guerra do Iraque, afirma Michel Byers:

“Desde 1945, os governos que empregam a força quase sempre tentam justificar seus atos em termos legais, por menores que pareçam os fundamentos. Os Estados Unidos invocaram dois argumentos jurídicos para a invasão do Iraque em março de 2003: um alargado conceito do direito de legítima defesa preventiva e a aplicação de resoluções do Conselho de Segurança da ONU” (Byers, 2007: 13).

A expressão *lawfare*, de origem inglesa, deriva de uma aglutinação das palavras “law” (Direito) e “warfare” (guerra), formando um termo que poderia ser traduzido literalmente como “guerra jurídica” ou, mais precisamente, como a utilização manipulada de instrumentos jurídicos contra aqueles grupos e indivíduos considerados indesejáveis ou inimigos do Estado.

Trata-se, portanto, de uma manipulação jurídica com vistas à manutenção de uma dominação econômica e política. Segundo Cristiano Zanin Martins, Valeska Teixeira Zanin Martins e Rafael Valim (2020: 17), um dos primeiros registros do termo se encontra em um artigo de John Carlson e Neville Yeomans, publicado em 1975, em que se argumenta que o *lawfare* substituiria a guerra e seria travado através de um duelo de palavras, e não com espadas.

Também se destaca um artigo do coronel da Força Aérea dos Estados Unidos da América Charles J. Dunlap (2001), em que o termo é utilizado pelo militar como uma crítica ao uso do Direito Internacional como forma de questionar as campanhas militares de seu país e de Israel. Como afirmam Zanin, Martins e Valim (2020, 18-19), “posteriormente o próprio Dunlap tenta conferir ao termo *lawfare* uma definição neutra”, sugerindo a possibilidade de utilização da lei pela segurança nacional de seu país como uma arma mais eficiente e barata do que a guerra.

Com base nesses ensinamentos, Orde Kittrie apresenta o *lawfare* como a utilização do Direito por determinado ator para criar efeitos idênticos ou semelhantes aos que seriam os objetivos de uma ação militar convencional e enfraquecer ou destruir um adversário (Kittrie, 2016: 8).

A temática ganhou muito destaque no Brasil a partir da condenação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva pelo então juiz federal Sérgio Moro no caso do Triplex do Guarujá. A defesa argumentou durante todo o processo uma perseguição ao réu, manifesta em sua condução coercitiva e na recusa à produção de provas consideradas essenciais, como perícias, juntadas de documentos e oitivas de testemunhas.

Confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a condenação originou a execução provisória da pena de Lula⁽¹⁾ por 580 dias, o que impediu o ex-presidente de disputar as eleições de 2018, vencidas por Jair Bolsonaro. Sérgio Moro, prolator da decisão condenatória em primeira instância, deixou a magistratura e passou a integrar o novo governo, na condição de Ministro da Justiça e da Segurança Pública.

Posteriormente, matérias jornalísticas do Portal The Intercept Brasil (2019) revelaram uma série de mensagens trocadas entre o juiz e os procuradores da Força-Tarefa da Lava Jato, sugerindo que Sérgio Moro tinha amplo controle sobre a investigação e a acusação, o que constituiria flagrante violação ao sistema acusatório.

O caso Lula motivou Cristiano Zanin, Valeska Martins e Rafael Valim a propor uma nova definição de *lawfare*, definindo-o como “o uso estratégico do Direito para fins de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo” (Zanin et. al., 2020: 26). Os autores apresentam uma série de categorias contíguas, que podem se assemelhar ao *lawfare*, mas que não se confundiram com tal conceito, como o estado de exceção, o ativismo judicial e as guerras híbridas.

Vislumbramos, porém, espaço para uma categoria adicional, qual seja, a arquitetura da impunidade, que se refere à construção de um arcabouço que beneficia as empresas transnacionais, cujos direitos são protegidos por um sistema jurídico global de investimentos de caráter mandatário, enquanto os deveres dessas corporações são estabelecidos apenas em termos voluntaristas, de forma insuficiente para amenizar os impactos de suas atividades (Zubizarreta et. al., 2016: 14).

Busca-se com isso destacar a emergência de atores tão ou mais poderosos do que os Estados nacionais e demonstrar o desequilíbrio existente entre os direitos dessas corporações e os Direitos Humanos das populações atingidas por suas atividades.

Para ilustrar tal conceito, analisaremos os desdobramentos jurídicos derivados do rompimento da barragem de Fundão, de propriedade da Samarco Mineração S.A., ocorrido em 5 de novembro de 2015 na cidade mineira de Mariana, gerando a lama de rejeitos de minério que devastou várias localidades em toda a extensão da Bacia do Rio Doce até a foz na cidade capixaba de Regência, enfatizando o tratamento dado ao caso pelo Poder Judiciário brasileiro.

(1) A execução provisória da pena, criticada em uníssono pelos processualistas penais brasileiros, face à literalidade do mandamento “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” prevista no art. 5º, LVII, da CRFB, era à época permitida pelo Supremo Tribunal Federal que, no HC 126.292/SP, de 17 de fevereiro de 2016, alterou entendimento anterior que negava tal possibilidade. Somente com o julgamento definitivo das Ações Diretas de Constitucionalidade 43, 44 e 54, o STF reconheceu a constitucionalidade do esquecido art. 283 do Código de Processo Penal brasileiro, que também proibia a prisão após a condenação em segunda instância.

Arranjos jurídico-políticos e decisões judiciais no caso Rio Doce

Em 30 de novembro de 2015 a União Federal, os Estados de Minas Gerais e Espírito Santo ingressaram com Ação Civil Pública – distribuída sob o nº. 00069758-61.2015.4.01.34, à 12ª Vara Federal Cível/Agrária de Belo Horizonte. O valor da ação foi estimado em 20 bilhões de reais, compreendendo que os danos sociais e ambientais ainda estavam sendo definidos, uma vez que a lama ainda estava em expansão. Nessa ação foi celebrado o Termo de Transação e Ajustamento de Conduta (TTAC)⁽²⁾ em março de 2016. Esse acordo estabelecia 41 programas socioambientais para efetivar a reparação integral, os quais seriam implementados por uma Fundação Privada, a Renova, pelo prazo de 15 anos, tendo como valores totais os 20 bilhões.

O acordo foi muito questionado, sobretudo pela ausência de participação dos atingidos e das atingidas. A discordância ensejou a propositura de uma nova Ação Civil Pública pelo Ministério Público Federal (nº. 0023863-07.2016.4.3800), também distribuída na 12ª Vara Federal de Belo Horizonte, com o valor estimado de reparação em 155 milhões de reais. Um dos aspectos questionados na ação foi a precariedade do cadastramento das famílias atingidas, a falta de participação.

Essas ações, bem como outras das quais se declinou competência para a referida Vara, foram colocadas em suspenso para que houvesse acordo entre as partes. Em palestra proferida pelo juiz do caso, ele explica a postura tomada diante da dificuldade de seguir com um caso com tantas complexidades e atores⁽³⁾. Na oportunidade, também menciona seu questionamento sobre a existência de um crime ambiental, tendo em vista que não foram esclarecidas as causas do rompimento. Em outra ocasião, o juiz ressalta sua importante tarefa, mencionando que existiriam dois grandes casos no Brasil, a Lava Jato no âmbito criminal e o caso Samarco no âmbito cível e que “brincava” com o colega Sérgio Moro que eles só estavam trocando de área, um na área criminal e outro na área cível⁽⁴⁾. As ações ficam suspensas, sem nenhuma decisão⁽⁵⁾.

(2) Disponível em: <https://www.fundacaorenova.org/wp-content/uploads/2016/07/ttac-final-assinado-para-encaminhamento-e-uso-geral.pdf>. Acesso em 15 de outubro de 2021.

(3) Disponível em: <https://m.youtube.com/watch?v=iLFUPiHrpG4&feature=youtu.be>. Acesso em 15 de outubro de 2021.

(4) Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=QYYYyb-p9E>. Acesso em 15 de outubro de 2021.

(5) Referidos pronunciamentos foram lembrados e questionados em abril de 2021 por mais de cem juristas, em uma Carta Aberta de Juristas Brasileiros sobre o Caso Rio Doce (2021), em que se afirma textualmente: “Desde o início do processo, em 2015, a gravidade da ausência de imparcialidade pelo juiz do caso vem sendo progressivamente constatada, em palestras e entrevistas proferidas nas quais explicita a sua interpretação sobre o caso, como também a partir do tratamento desigual dado às instituições de justiça frente às empresas, chegando ao absurdo de – reiteradamente – não intimar o Ministério Público Federal (MPF), autor da ação principal, para ciência de movimentações processuais e decisões, inclusive colocando inúmeros atos processuais sob sigilo. Esses posicionamentos comprometem a imparcialidade necessária para a função jurisdicional, violando pressupostos processuais”.

Em 18 de janeiro de 2017 o Ministério Público Federal (MPF) celebrou um Termo de Ajustamento Preliminar (TAP)⁽⁶⁾ com as empresas. Neste termo foram designados estudos ambientais, sociais, e dos programas já realizados pela Fundação Renova para uma adequada quantificação de danos. Novamente, sem participação social, o acordo foi duramente criticado. Um dos principais problemas era que uma das empresas previstas para atuar no eixo socioeconômico prestava serviço a uma das corporações envolvidas no desastre (Roland et al, 2018: 5).

Após as críticas, o MPF abriu um Grupo de Trabalho, denominado Fundão, para construir diretrizes mais participativas sobre o eixo socioeconômico do acordo. Durante os meses de março de 2017 a novembro de 2017, as empresas e o MPF negociaram suas cláusulas. Cabe ressaltar que esse acordo, conhecido como aditivo ao TAP, contém a previsão do direito às assessorias técnicas para as populações atingidas, sendo um dos pontos nevrálgicos do debate até hoje. Depois da concordância e assinatura das partes, o acordo foi submetido à homologação judicial.

Em paralelo, o MPF e a empresa iniciaram as tratativas de um novo acordo para determinar a governança da política reparatória. Nesse acordo se incorporou cláusulas do TTAC, havendo uma repactuação geral de seus termos, e dessa forma MPF, União e Estados chegaram a um acordo sobre a política reparatória. Tal acordo foi firmado em 25 de junho de 2018, conhecido como TAC-GOV.

Apenas em agosto de 2018 o juízo homologou ambos os acordos, o aditivo ao TAP e o TAC-GOV. No entanto, a homologação do aditivo ao TAP⁽⁷⁾ foi submetida às chamadas “ressalvas interpretativas” do juiz, que determinavam um acréscimo de requisitos para a contratação das assessorias técnicas, tais como: proibição à atuação de entidades religiosas, ou de pessoas que tivessem vinculação partidária, e conteúdo pejorativo a movimentos populares.

As “ressalvas interpretativas” foram apresentadas em uma audiência de conciliação⁽⁸⁾, surpreendendo as instituições de justiça presentes com seu conteúdo. Diante disso, estas propuseram embargos declaratórios, que foram completamente ignorados nos autos. Basta observar que em decisão posterior, o juiz afirma o trânsito em julgado, sem reconhecer a apresentação dos embargos, e portanto, do questionamento: “Contra a referida homologação não foi interposto qualquer recurso, daí porque, nos termos da novel legislação processual civil (coisa julgada de capítulo incontroverso da sentença),

(6) Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/termo-de-acordo-preliminar-caso-samarco>. Acesso em 15 de outubro de 2021

(7) Informação disponível nos autos físicos da Ações Cíveis Públicas n. 23863-07.2016.4.01.3800 fls. 7105/7131.

(8) Disponível nos autos da Ação Principal n.º 23863-07.2016.4.01.3800: DVD 2 da Seção, arquivo M2U01879, minuto 39 e 40 segundos em diante.

operou-se, quanto ao TAC Governança⁽⁹⁾, o trânsito em julgado (parcial/progressivo)⁽¹⁰⁾. Retomaremos aspectos disso mais adiante.

Cabe destacar que algumas localidades, em razão da luta popular, àquela altura do caso, já haviam conquistado suas próprias assessorias técnicas independentes. Era o caso da cidade de Mariana/MG, que situa-se no escopo de uma Ação Civil Pública (nº. 0043356-50.2015.8.13.0400) local, movida pelo Ministério Público de Minas Gerais, na qual a entidade escolhida pelos atingidos foi a Cáritas Brasileira, que é uma instituição ligada à Igreja.

Da mesma forma, foi assegurada a assessoria para a cidade de Barra Longa/MG, cuja entidade prestadora de serviço era a Associação Estadual de Defesa do Meio Ambiente (AEDAS), uma associação composta por pessoas atingidas. Ambas as entidades sempre foram objeto de inúmeras críticas por parte das empresas, justamente porque em seu trabalho de garantir os direitos das populações atingidas, esbarravam em interesses econômicos.

Muito embora as “ressalvas interpretativas” não mencionassem explicitamente essas entidades, o contexto fático nos permite estabelecer uma correlação entre os processos. Na prática, a decisão que limitou o escopo das assessorias técnicas independentes acabou por beneficiar as empresas violadoras.

Outra decisão⁽¹¹⁾ que beneficiou pedido das empresas nos autos, em detrimento dos direitos das populações atingidas, e causou uma grande insegurança jurídica, foi a autorização da dedução dos pagamentos dos Auxílios Financeiros Emergenciais (AFE)⁽¹²⁾ das verbas devidas por lucros cessantes ou de indenizações⁽¹³⁾, em pleno dia 27 de dezembro de 2018, ou seja durante o recesso judiciário. Essa decisão contraria os acordos da esfera autocompositiva, homologados em juízo, a saber o TAC-GOV e o TTAC. Neles ficou estabelecido que em caso de controvérsia a prioridade procedimental seria a solução consensual previstas nas cláusulas 100 e 103, § 2º⁽¹⁴⁾.

(9) Informação disponível nos autos físicos da Ação Civil Pública n. 23863-07.2016.4.01.3800 fls. 7008/7054

(10) Idem, fls.7213/7236

(11) Informação disponível nos autos virtuais da Ação Civil Pública n. 23863-07.2016.4.01.3800 ID n. 27019503.

(12) O Auxílio Financeiro Emergencial (AFE) é um dos programas previstos no TTAC para fornecer às famílias que tiveram perda da renda em virtude do desastre condições de sobrevivência.

(13) As indenizações constituem um outro programa previsto no TTAC, denominado Programa de Indenização Mediada (PIM).

(14) Assim dispõe: Cláusula Centésima do TAC GOV: as partes comprometem-se a não requerer quaisquer medidas cautelares, liminares, antecipatórias ou de urgência, salvo no caso de descumprimento deste ACORDO, sem que antes sejam envidados os melhores esforços para solução o consensual dos conflitos. ; Parágrafo Segundo da Cláusula Centésima Terceira: “Eventuais divergências entre as PARTES no cumprimento do TAP, ADITIVO AO TAP, TTAC e do presente ACORDO, caso não solucionadas de for-

A primeira decisão que pode ser considerada uma grave violação aos direitos humanos se deu com os quilombolas de Degredo, pois apesar de manifestação da instância de governança CIF⁽¹⁵⁾ com a Nota Técnica nº 10/2018, da Câmara Técnica Indígena e Povos e Comunidades Tradicionais (CT-IPCT), foi determinado pelo juízo o corte do abastecimento de água à comunidade⁽¹⁶⁾.

Ainda em 2017 diversas entidades acadêmicas que atuam como grupos de pesquisa de importantes universidades públicas ingressaram com pedido de *Amicus Curiae*⁽¹⁷⁾ a fim de colaborar com os debates do caso, já que possuem vasta produção teórica e atuação nos territórios. De igual modo, a Ordem dos Advogados do Brasil também pediu seu ingresso. Não obstante a complexidade do caso, o juiz recusou o ingresso de tais entidades, manifestando em sua decisão que não encontrou a “presença de elementos (fáticos e jurídicos) aptos a corroborar o deferimento da medida”⁽¹⁸⁾.

A questão da saúde também é emblemática da problemática de quem se beneficia com o conteúdo das decisões. No TTAC previu-se a constituição de um programa à saúde mental e física das populações atingidas que seria gerenciado pela Câmara Técnica de Saúde (Maldonato et al, 2020:103). Na reparação à saúde, a Fundação Renova, deveria efetuar a contratação de estudos de “Avaliação de Risco à Saúde Humana”. A empresa contratada Ambios realizou os estudos na cidade de Mariana/MG, Barra Longa/MG e Linhares/ES, no ano de 2018. Os estudos ficaram prontos em 2019 e foram entregues à Fundação Renova e às Secretarias Estaduais de Saúde. Entre as conclusões, apresentava-se a necessidade de atenção urgente para a saúde pública frente aos riscos de contaminação (Maldonato et. al., 2020: 105). Apesar da gravidade dessas informações, as mesmas não foram divulgadas à população atingida, e nem ao público, só chegaram ao conhecimento popular, após intervenção do Ministério Público Federal na qual exigia publicização e transparência.

Depois dos resultados a Fundação Renova interrompeu a continuidade dos estudos, rompendo o contrato com a Ambios, e passou a apresentar uma nova metodologia para o estudo, denominada GAISMA (Gestão Integrada para a Saúde e Meio Ambiente). Ocorre que a metodologia não foi aprovada pela Câmara Técnica de Saúde, tendo parecer

ma consensual, serão apresentadas ao Juízo da 12a Vara Federal Cível/Agrária de Minas Gerais, a quem caberá decidir a questão.”

(15) O Comitê Interfederativo (CIF) é a instância de governança do acordo, criada com o TTAC em março de 2016, presidido pelo IBAMA.

(16) O fato ganhou destaque no Blog Combate ao Racismo Ambiental, em notícia disponível em: <https://racismoambiental.net.br/2019/01/11/pelos-direitos-das-comunidades-pesqueiras-e-quilombola-de-degredo-no-espirito-santo/>

(17) Notícia disponível: <http://homacdh.com/index.php/2017/11/24/homa-e-outros-centros-academicos-como-gepsa-organon-e-poemas-protocolam-pedido-de-ingresso-como-amici-curiae-na-acao-civil-publica-dos-155-bilhoes-sobre-o-maior-crime-ambiental-da-historia-do-bras/>

(18) Informação disponível nos autos físicos da Ação Civil Pública n. 23863-07.2016.4.01.3800 fls. 7213 e seguintes.

contrário do Ministério da Saúde (Maldonato et al, 2020: 105). Até hoje o Comitê Interfederativo (CIF), instância de governança criada com os acordos, vem determinando que as empresas cumpram com os estudos interrompidos, dando sequência com o uso de metodologias aprovadas e adequadas.

Com a derrota na governança, as empresas levaram o tema ao juízo, que decidiu em 13 de janeiro de 2020, não reconhecendo os estudos da Ambios, e sim a metodologia GAISMA. E ainda, anteriormente, em 15 de dezembro de 2019, determinou uma perícia judicial para o tema da saúde, a empresa Aecom. Essa mesma empresa, prestou serviços à Fundação Renova em 10 de julho de 2017, com a avaliação da metodologia Gaisma, conforme apresentou o MPF em contrarrazões recursais (MPF, 2019: 17).

Ainda que caiba ao magistrado o controle judicial da legalidade, as inúmeras possibilidades abertas nesse caso para rediscutir pontos pacificados da autocomposição, criaram uma atmosfera interminável de discussão sobre os temas. Uma vez homologados os acordos, o juiz poderia revogá-lo por inadimplência ou fato superveniente, ficando a ele vinculado, mas não a cada momento intervir pelo seu não cumprimento em favor de uma das partes. Conforme dispõe o art. 849, do Código Civil brasileiro: “a transação só se anula por dolo, coação, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa” e “a transação não se anula por erro de direito a respeito das questões que foram objeto de controvérsia entre as partes” (Código Civil, art. 849, parágrafo único). Dessa forma, as empresas podem eleger se vão cumprir os acordos ou rediscutir temas pacificados em juízo, logo a atuação judicial beneficia de maneira diferente as partes.

Nas proximidades do 05 de novembro de 2018, um escritório de advogados de Londres ingressou com uma ação buscando a reparação na Corte britânica, representando por volta de 90 mil atingidos. Isso é interessante para a análise que aqui se propõe, já que a admissibilidade desta ação está condicionada ao reconhecimento da falta de acesso e garantias da justiça brasileira para que esses atingidos sejam devidamente reparados.

Nessa esteira, com o andamento da ação na Inglaterra, o Judiciário brasileiro passa a acelerar as suas decisões. Em 19 de dezembro de 2019⁽¹⁹⁾, o juízo, constitui nos autos dez temas controversos, que foram organizados em eixos prioritários com ações apartadas. Muitos dos temas presentes nos eixos como o cadastramento e indenização, manejo de rejeitos, saúde, questão hídrica, fazem parte dos trabalhos das Câmaras Técnicas do sistema CIF.

Esse movimento criou uma janela para que os temas já pacificados na governança fossem rediscutidos em juízo. Não à toa, a nova decisão do juiz promoveu novas “ressalvas interpretativas”, nas quais determina a retirada da atuação do Sistema CIF quanto aos temas destacados nos eixos temáticos, conferindo-lhe um caráter meramente opina-

(19) Informação disponível nos autos virtuais da Ação Civil Pública n. 23863-07.2016.4.01.3800 ID nº 149693389.

tivo, e portanto, frontalmente contrário ao TAC-GOV. O ato virou uma verdadeira “nova” judicialização do caso.

Essa abertura desconsiderou a atuação técnica dos experts da questão ambiental, socioeconômica, dos estudos realizados sobre os programas da Renova, toda a atuação das Câmaras Técnicas ao longo de três anos. Na sequência, várias decisões constituíram novas perícias ao tema da saúde, água, segurança alimentar, reconstrução das casas, assessorias técnicas. A tal ponto, que em decisão de 10 de março de 2021⁽²⁰⁾, assim expõe: “Ante a importância do tema, além da cláusula de foro prevista nos instrumentos, cabe discorrer sobre a necessidade de preservar-se a centralidade de jurisdição e a observância do **Juízo Universal do Desastre**”.

A ampliação da competência do juízo, longe de representar uma maior eficiência ao tratamento do caso, não tem sido capaz de assegurar um encaminhamento eficaz com vistas à reparação integral das comunidades atingidas.

Neste cenário, o complexo emaranhado de decisões e a incapacidade do Poder Judiciário de determinar o cumprimento das medidas previstas nos Eixos Prioritários nos traz a uma realidade em que as pessoas atingidas, por necessidade, são forçadas a aderir a acordos pontuais com as empresas, que não abrangem toda a extensão dos danos, nem possibilitam a recuperação das áreas degradadas utilizadas pelas comunidades, aniquilando por completo o seu modo de vida.

Considerando a realidade excludente vivenciada nos territórios, tem-se configurado por parte do Estado brasileiro o que Rubens Casara (2018) considera como a “gestão dos indesejáveis”, sejam estes considerados “a camada da população incapaz de produzir ou consumir, sejam eles os inimigos políticos daqueles que detêm o poder político e/ou econômico”.

Essa aniquilação dos modos de vida de povos e comunidades tradicionais, incluída a representação simbólica do Rio Doce para determinados grupos, somada à ausência de responsabilização das empresas violadoras passados seis anos do rompimento da barragem aproxima-se do conceito ampliado de *lawfare*, proposto por Zanin, Martins e Valim (2020). As inovações jurídicas culminam em um sistema de indenização fundamentado na *rough justice*, que pode ser encarado tanto como uma capitulação do Estado brasileiro quanto uma vitória das empresas violadoras, como se discutirá no tópico seguinte.

Caso Rio Doce: rough justice

Em 01 de julho de 2020, mais uma inovação surgiu no caso com a sentença para a cidade atingida de Baixo Guandu/ES que abria a criação de um novo sistema indenizatório,

(20) Informação disponível nos autos do Processo Jurídico Eletrônico nº. 1024354.2019.4.01.3800 (p.18)

conhecido como NOVEL⁽²¹⁾. Os autos foram abertos através de um e-mail enviado por advogados dos atingidos em representação a Comissão de Atingidos de Baixo Guandu, acompanhados de petição, abaixo assinado pelo fechamento do programa de cadastro, e cópia do registro simples em cartório de uma comissão de atingidos. Cabe ressaltar que o pedido de fechamento do universo de cadastro foi formulado pelas empresas nos autos em novembro de 2019, e questionado pelo MPF, e desde então aguarda decisão do juiz. Seguindo o modelo efetivado neste território, outros municípios e distritos da bacia do Rio Doce seguiram a mesma sistemática.

Diversos questionamentos foram suscitados sobre o fato em arguição de suspeição formulada pelas instituições de justiça no qual apontam: relacionamento inapropriado do magistrado com as partes; início de procedimentos sem protocolo formal; realização de eventos extraprocessuais com aconselhamento e antecipação de entendimento do caso por parte do magistrado; violação ao princípio do contraditório, já que os autos foram colocados em sigilo até para o MPF, entre outros⁽²²⁾. O MPF chegou a impetrar mandado de segurança contra os atos do juiz, no final de outubro de 2020.

Realça ainda, o MPF que a atribuição dos valores às respectivas categorias profissionais, que compõe o Novel, foi totalmente aleatória e arbitrária, já que inexistiu uma antecedente metodologia de seleção amostral estatística rigorosa. Segundo o mandamus ministerial supramencionado, não foram seguidas as máximas da experiência, mas tão-somente presunções que substituíram a necessária prova pericial para apuração de determinadas circunstâncias que limitaram indevidamente, por exemplo, o reconhecimento de atingidos como “pescadores de subsistência” ou “pescadores de barranco”.

A tese central defendida pelo MPF é a hipótese de lide simulada entre juiz, advogados das empresas e advogados das regiões. Essa hipótese ganha relevo, quando em entrevista para o jornal Folha de São Paulo, o presidente da Fundação Renova alega que o sistema “rough justice” – fundamento teórico para o Novel – foi criado pela Fundação. Destaca-se que não houve qualquer questionamento jurídico das empresas para efetivação do Novel.

No caso vertente, a utilização do conceito de rough justice, traduzida erroneamente como “justiça possível” partiu de uma concepção patrimonialista, em que as regras clássicas da legislação civil destinadas a fixar um valor indenizatório considerando a extensão dos danos (art. 944 do Código Civil brasileiro) a partir da comprovação dos fatos constitutivos do direito (art. 373, I, do Código de Processo Civil brasileiro) seria incapaz de solucionar demandas de tal complexidade e deveria dar lugar à fixação da

(21) Informação disponível nos autos nº. 1016742-66.2020.4.01.3800 em trâmite na 12ª Vara Federal de Belo Horizonte, ID nº. 255922939.

(22) Informações disponíveis nos autos nº. 1016756-84,2019.4.01.3800, ID nº. 493790364, em trâmite na 12ª Vara Federal de Belo Horizonte.

matriz de danos a partir da utilização pelo juiz das “regras de experiência comum” (ou máximas de experiência).

Segundo as decisões, a partir do rough justice seriam implementadas “simplificações necessárias”, que flexibilizaram elementos de prova e permitiriam a resolução definitiva dos processos. Utilizando-se, portanto, desta técnica como matriz de danos, o juízo atribuiu, nas respectivas sentenças daqueles problemáticos incidentes processuais supracitados, “valores médios” aos danos sofridos por algumas categorias profissionais dos municípios atingidos. Argumentou que essa solução seria mais adequada do que se exigir a resolução individual das pretensões das atingidas e atingidos, que deveriam ser comprovadas através de “robusta prova documental”. Segundo Deborah Duprat:

“A partir daí, as decisões a respeito de pleitos indenizatórios só alcançaram as pessoas que aderiram a esse sistema simplificado, ignorando aquelas que pretendiam apresentar a sua própria matriz de danos ou alguma outra resultado de construção coletiva. Os arguentes também questionam a justeza do procedimento, na medida em que não se fundamenta em laudos, pareceres, estudos e dados pertinentes às indenizações. Ao contrário, são valores hipotéticos, consideravelmente inferiores para fins de quitação integral e imediata. E apontam a privatização do processo coletivo, uma vez que o sistema simplificado não prescinde da contratação de advogados pelos atingidos e resulta em ganhos de honorários multimilionários parecer.” (Duprat, 2021: 24).

Ocorre que para aderir a essa matriz, às pessoas atingidas deveriam outorgar procuração com poderes específicos para advogado, ignorando que entre esses há pessoas atingidas hipossuficientes que têm direito de acesso à defensoria pública. E ainda se impôs como condição a adesão a um termo de quitação integral e definitiva sobre quaisquer danos materiais e/ou morais relativos ao rompimento da barragem. O atingido deveria também aderir a termo de desistência/renúncia de quaisquer pretensões veiculadas em ações ajuizadas em países estrangeiros.

Como se pode notar, essa atribuição não teve por base uma matriz construída coletivamente, a partir das assessorias técnicas, como determinavam os acordos anteriores. E sim a atuação de auto-intituladas “Comissões de Atingidos”, sem a participação de instituições como o Ministério Público Federal e Defensoria Pública. Há que se considerar o contexto de tais decisões, proferidas durante a pandemia de Covid-19, e a situação de vulnerabilidade social das populações atingidas, fatores esses, que contribuíram para a necessidade e desespero de aderir ao Novel por uma questão de sobrevivência.

Nesse sentido, a jurista Deborah Duprat destaca a necessidade da inteligibilidade dos processos sociais para se pensar na reparação, afirmando a importância de, diante da complexidade do caso, reconhecer “a centralidade dos atingidos, a paridade de armas, a transparência e a informação” como “princípios estruturantes para a apuração da responsabilidade e do seu conteúdo no tema de danos socioambientais (Duprat, 2021: 36). Conclui seu parecer dizendo que a não reparação está em respostas simples e rápidas, as quais de maneira geral atendem à vontade das empresas (Duprat, 2021: 42).

Destaca-se a total inadequação do uso do conceito de *rough justice*, vez que essa teoria oriunda do Direito anglo-saxão se relaciona aos casos de Justiça de Transição, relacionada ao contexto de reconstrução pós-guerras (como o desenvolvido pela ONU em 2006, em Kosovo, para assegurar a restituição de propriedades). Sua utilização pode ser relacionada à tentativa de evitar que uma total injustiça seja cometida, mas deve ser acompanhada de métodos estatísticos capazes de assegurar a atribuição de uma indenização justificável aos autores.

Em que pese o fato dos legitimados coletivos terem recorrido das decisões para que os valores fixados sejam considerados como um piso mínimo, fato é que seus efeitos já podem ser sentidos, tendo provocado intensa desmobilização das organizações que representam as pessoas atingidas e conflitos entre a própria população, dividida entre aqueles que se viram contemplados com as decisões e os completamente ignorados por elas.

O *rough justice* serviu como justificativa para a defesa da BHP Billiton em sua resposta para a efetividade do sistema judicial brasileiro, e portanto, para a desnecessidade de admissibilidade da ação na Inglaterra. Também atendeu aos interesses do Poder Judiciário brasileiro em defender sua integridade perante a comunidade internacional. Inclusive o próprio magistrado em sua defesa da arguição de suspeição menciona:

“Por ocasião da SENTENÇA ESTRANGEIRA (ID 511630354), o juiz inglês (JUSTICE TURNER) enfatizou o seu reconhecimento à aplicação do novo sistema indenizatório às vítimas, fundado no “*rough justice*”

(...)

Após exaustiva instrução processual e oitiva das partes, o juiz inglês (JUSTICE TURNER) rejeitou integralmente a ação no REINO UNIDO, ressaltando, uma vez mais, a seriedade da JUSTIÇA FEDERAL brasileira em processar e julgar os fatos decorrentes do rompimento da barragem de Fundão⁽²³⁾.

Dessa forma, nos parece haver um uso inadequado da teoria do *rough justice*, bem como uma flexibilização das garantias do devido processo legal, que acaba por servir aos interesses das empresas envolvidas no caso. Ao se exigir um termo de quitação final, o sistema acaba por favorecer a imagem das companhias e evitar responsabilizações futuras, seja pelos danos ou mesmo no processo na Inglaterra. Assim, o sistema da *rough justice* é estabelecido pelo Judiciário brasileiro como uma solução definitiva ao caso, mas proporciona a exclusão de populações completamente marginalizadas, conferindo somente segurança jurídica às empresas violadoras.

(23) Informação disponível em ação de exceção de suspeição PJE nº. 1017945-29.2021.4.01.3800, ID xx p.42-43.

Conclusão

O uso da categoria do *lawfare* na análise das práticas do Judiciário brasileiro ainda é algo recente e advém de uma crítica construída a partir do caso emblemático de violações de direitos do ex-Presidente Lula. Nesse artigo buscou-se construir conexões do caso Rio Doce com a prática do *lawfare* através do resgate de momentos processuais em que se constatou uma disparidade de atenção entre as partes.

É interessante notar que, no conflito em análise, muito embora as partes vulneráveis estejam representadas por instituições de justiça, ainda assim a deslegitimação da causa das vítimas se fez presente. Um dos pontos ápices é a criação do Novel como uma deturpação da teoria do rough justice. Pode-se vislumbrar que os interesses empresariais são atendidos por tais decisões judiciais que instituem o sistema.

Abundam na literatura acadêmica diferentes perspectivas de análise do caso Samarco. Em trabalhos anteriores dialogamos com o uso da categoria da arquitetura da impunidade corporativa como uma ferramenta de análise da assimetria de poderes entre vítimas e empresas, e da construção de um direito corporativo global. Nos parece que o esforço aqui proposto de incluir o conceito do *lawfare* permite avançar na crítica das respostas ao caso pelo Poder Judiciário. Para fins de trabalhos futuros, será interessante combinar o campo de análise do *lawfare* “pró”-corporações conjuntamente com os debates da captura corporativa do Judiciário.

Referências

- Boletim Combate Racismo Ambiental 2019. “Nota: Pelos Direitos das Comunidades Pesqueiras e Quilombola de Degredo no Espírito Santo”. Disponível em: <https://racismoambiental.net.br/2019/01/11/pelos-direitos-das-comunidades-pesqueiras-e-quilombola-de-degredo-no-espirito-santo/>. Acesso em: 2 de oct. 2021.
- Brasil. Justiça Federal. 2015. 12ª Vara Cível e Agrária de Belo Horizonte. JFMG: “Ação Civil Pública nº 00069758-61.2015.4.01.34”. Seção Judiciária de Minas Gerais.
- Brasil. Justiça Federal. 2016a. 12ª Vara Cível e Agrária de Belo Horizonte. JFMG: “Ação Civil Pública nº 0023863-07.2016.4.01.34”. Seção Judiciária de Minas Gerais.
- Brasil. Justiça Federal. 2016b. “Termo de Transação e Ajustamento de Conduta celebrado entre a União, o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, a Agência Nacional de Águas – ANA, o Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM, a Fundação Nacional do Índio – FUNAI, o Estado de Minas Gerais, o IEF-MG, a FEAM, o Estado do Espírito Santo, o IEMA-ES, o IDAF-ES, a AGERH-ES e a Samarco Mineração S.A., a Vale S.A. e a BHP Billiton Brasil Ltda”. Ministério Público Federal, Belo Horizonte/MG, 2 de Marzo de 2016. Recuperado em 10 de Julio de 2017, Disponível em <https://www.samarco.com/wp-content/uploads/2016/07/TTAC-FINAL.pdf>. Acesso em 2 de oct. 2021.

- Brasil. Ministério Público Federal. 2017a. "Termo aditivo ao termo de ajustamento preliminar (TAP) firmado entre o Ministério Público Federal, a Samarco Mineração S/A, a Vale S/A e a BHP Billiton Brasil Ltda." Ministério Público Federal, Belo Horizonte/MG, 16 de Novembro de 2017, Disponible en: <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/aditivoTAP.pdf>. Acceso en 2 de oct. 2021.
- Brasil. Ministério Público Federal. 2017b. "Termo de ajustamento preliminar entre Ministério Público Federal, Samarco Mineração S/A, Vale S/A e BHP Billiton Brasil Ltda.", Belo Horizonte/MG, 18 de Enero de 2017, Disponible en: <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/termo-de-acordo-preliminar-caso-samarco>. Acceso en 2 de oct. 2021.
- Brasil. Ministério Público Federal. 2018. "Termo de Ajustamento de Conduta celebrado entre o MPF, o MPMG, o MPES, a DPU, a DPMG, a DPES, a União, o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, a Agência Nacional de Águas – ANA, a Agência Nacional de Mineração – ANM, a Fundação Nacional do Índio – FUNAI, o Estado de Minas Gerais, o IEF-MG, o IGAM, a FEAM, o Estado do Espírito Santo, o IEMA-ES, o IDAF-ES, a AGERH-ES e a Samarco Mineração S.A., a Vale S.A., a BHP Billiton Brasil Ltda e a Fundação Renova". Ministério Público Federal, Belo Horizonte/MG, 25 de Junio de 2018. Recuperado en 20 de Agosto de 2018, Disponible en <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-mariana/documentos/tac-governanca>.
- Brasil. Justiça Federal. 2019a. 12ª Vara Cível e Agrária de Belo Horizonte. JFMG: "Ação Civil Pública nº 1016756-84.2019.4.01.3800". Seção Judiciária de Minas Gerais.
- Brasil. Justiça Federal. 2019b. 12ª Vara Cível e Agrária de Belo Horizonte. JFMG: "Ação Civil Pública nº 1017945-29.2021.4.01.3800". Seção Judiciária de Minas Gerais.
- Brasil. Justiça Federal. 2019c. 12ª Vara Cível e Agrária de Belo Horizonte. JFMG: "Ação Civil Pública nº 1024354-89.2019.4.01.3800". Seção Judiciária de Minas Gerais.
- Brasil. Justiça Federal. 2020. 12ª Vara Cível e Agrária de Belo Horizonte. JFMG: "Cumprimento de Sentença nº 1016742-66.2020.4.01.3800". Seção Judiciária de Minas Gerais.
- Brasil. Ministério Público Federal. 2020. "Mandado de Segurança 1035333-30.2020.4.01.0000". Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Disponible en: <https://www.conjur.com.br/dl/mpf-impetra-mandado-decisoes-juiz.pdf>. Acceso en 2 de oct. 2021.
- Brasil. Justiça Federal. 2021. 12ª Vara Cível e Agrária de Belo Horizonte. JFMG: "Cumprimento de sentença nº 1011729-52.2021.4.01.3800". Seção Judiciária de Minas Gerais.
- Byers, Michael 2007 (2005) A lei da guerra: direito internacional e conflito armado. Traducción para portugués de Clóvis Marques. (Rio de Janeiro: Record).
- Casara, Rubens R. R.** 2018 (2017) Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. (Rio de Janeiro: Civilização Brasileira).
- Carta Aberta de Juristas Brasileiros sobre o Caso Rio Doce 2021. Disponible en: <https://mab.org.br/2021/04/28/carta-aberta-de-juristas-brasileiros-sobre-o-caso-do-rio-doce/>. Acceso en 2 de oct. 2021.
- Conjur 2020. "MPF questiona decisões do juiz do caso Samarco, em Minas Gerais". Conjur, 30 de oct. 2020. Disponible en: <https://www.conjur.com.br/2020-out-30/mpf-questiona-decisoes-juiz-samarco-minas-gerais>. Acceso en 2 de oct. 2021.

- DomTotal 2017. "Seminário dois anos de Mariana – juiz federal Mário de Paula Franco Júnior". Youtube, 17 nov. 2017. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=QYYYYbj-p9E>. Acceso en 2 oct. 2021.
- Dunlap Jr., Charles J.** 2001 "Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Century Conflicts". en Working Paperm Cambridge (Mass), Harvard University, John F. Kennedy School of Government.
- Duprat, Débora.** 2021. "Parecer Samarco", Conselho Nacional de Derechos Humanos, Brasília DF.
- EMAGTRF3 2018. "Meios Consensuais na Justiça Federal: Onde estamos e para onde vamos?". Youtube, 17 set. 2018. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?app=desktop&v=ilFUPiHrpG4&feature=youtu.be>. Acceso en 2 oct. 2021.
- Homa 2017. "Homa e outros centros acadêmicos, como GEPSA, Organon e PoEMAS protocolam pedido de ingresso como Amici Curiae na ação civil pública dos 155 bilhões, sobre o maior crime ambiental da História do Brasil, ocorrido na Bacia do Rio Doce." Disponible en: <http://homacadhe.com/index.php/2017/11/24/homa-e-outros-centros-academicos-como-gepsa-organon-e-poemas-protocolam-pedido-de-ingresso-como-amici-curiae-na-acao-civil-publica-dos-155-bilhoes-sobre-o-maior-crime-ambiental-da-historia-do-bras/>. Acceso en 2 de oct. 2021.
- Kittrie, Orde F.** 2016 (2015) *Lawfare: law as a weapon of war*. (Oxford: Oxford University).
- Maldonato, E.; Scalabrim, L.; Maso, Tchenna Fernandes 2020 "(In)Justiça Socioambiental e a Luta por Direitos Humanos das Populações Atingidas por Barragem" en Bussinguer, Elda Coelho de Azevedo, Santos, André Filipe Pereira Reid dos, Pazello, Ricardo Prestes (Coord.) Saúde, Direito e Movimentos Sociais. 1ed. São Paulo: Annablume, v. 1, p. 89-116.
- Minas Gerais. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 2015. 2ª Vara da Comarca de Mariana/MG: "Ação Civil Pública nº 0043356-50.2015.8.13.0400". Justiça Estadual de Minas Gerais.
- Roland, Manoela Carneiro; Júnior, Luiz Carlos S. Faria; Mansoldo, Felipe Fayer; Senra, Laura Monteiro; Ferreira, Lívia Fazolatto** 2018 "Negociação em contextos de violações de Direitos Humanos por empresas: uma breve análise dos mecanismos de solução negociada à luz do caso do rompimento da barragem de Fundão" en Versos (Juiz de Fora), v. 2, n. 1, p. 46-63. Disponible en: <http://www.ufjf.br/poemas/files/2017/04/RPRD-2018-Dossi%C3%AA-TAC-Governan%C3%A7a-versos.pdf>. Acceso en 13 de octubre de 2021.
- The Intercept Brasil 2019 "As mensagens secretas da Lava-Jato". Disponible en <https://theintercept.com/series/mensagens-lava-jato/>. Acceso en 13 de octubre de 2021.
- Zanin Martins, Cristiano; Zanin Martins, Valeska Teixeira; Valim, Rafael** 2020 (2020) *Lawfare: uma introdução*. (São Paulo: Editora Contracorrente).
- Zubizarreta, Juan Hernández; Ramiro, Pedro** 2016 "Against the Lex Mercatoria": proposals for alternatives for controlling transnational corporations en OMAL, Madrid.

SEBASTIÃO RODRIGUES GONÇALVES*

Brasil: poder Econômico, Maçonaria, Igreja e Guerra Jurídica

Introdução

A teoria constitucional da organização política do Estado deixa várias lacunas para o *Lawfare* jurídico e o Brasil tem sido o melhor exemplo nos últimos anos. A confusão entre a teoria do direito, teoria da justiça e o poder judiciário em todos os momentos se transformou numa instituição auxiliar do poder econômico. O mais agravante na história do Brasil é a participação da Igreja Católica e da Maçonaria nas determinações dos poderes político, econômico e judiciário. Em termos de igreja, até pouco tempo era somente a Católica, agora tem as evangélicas pentecostais que atuam literalmente por interesses econômicos.

O primeiro momento em que houve uma simulação de organização foi na primeira constituição em 1822, momento em que legisladores e juízes eram nomeados pelo imperador. O segundo momento foi em 1889 em que: Igreja, Maçonaria e Forças armadas estavam juntas para organizar uma simulação de República, em outras palavras, uma República sem Público. O terceiro momento dos poderes ocultos que atuavam para intervenção nas políticas públicas, na economia e na organização do poder judiciário foi já no século XX, quando a grande imprensa passou a interferir nas decisões econômicas. Na década de 1930 um setor da Igreja Católica alinhada com o fascismo se organizou na TFP – Tradição Família e Propriedade, ajudando a procurar comunistas para mandar para prisão.

Em 1950 os movimentos sociais estavam em alta. O Movimento Sindical, a UNE – União Nacional dos Estudantes. Esses movimentos tinham como bandeira a defesa das riquezas nacionais. Impulsionado pelos movimentos o Presidente Getúlio Vargas

(*) Professor de Filosofia UNIOESTE – Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Campus de Foz do Iguaçu. Licenciado em Filosofia pela FAFI – Faculdade de Ciências e Letras de Palmas – Paraná. Mestre em Educação, Trabalho, Ciências e Artes pela UFPR – Universidade Federal do Paraná. Doutor em Políticas Públicas e Formação Humana, pela UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós- Doutorado em Educação musical pela UFF – Universidade Federal Fluminense.

fundou várias empresas estatais, entre elas: a CSN – Companhia Siderúrgica Nacional, a FNM – Fábrica Nacional de Motores, havia criado também a Petrobrás. Mas a imprensa brasileira nunca foi autônoma e nunca foi brasileira, sempre buscou capital internacional para se manter e para isso sempre defendeu a entrega das riquezas para empresas multinacionais, o jornalista mais destacado dessa época era Carlos Lacerda, que antes foi filiado ao PCB – Partido Comunista Brasileiro.

Para se tornar Governador do Rio de Janeiro Lacerda deixou o PCB e entrou na UDN – União Democrática Nacional – que não tinha nada com democracia porque era o partido dos latifundiários. Carlos Lacerda atuava como jornalista e radialista, por isso atacava diuturnamente o projeto nacionalista de Vargas. Em uma trama que envolveu a guarda presidencial no dia cinco de agosto de 1954, tentando assassinar Lacerda, mas no incidente morre o Major-aviador Rubens Florentino Vaz. A investigação descobriu também que foi Lutero Vargas, filho do Presidente que havia ordenado o assassinato de Lacerda. O insucesso do crime fortaleceu a oposição, principalmente Carlos Lacerda. Com a pressão dos militares em 24 de agosto Getúlio Vargas desferiu um tiro no peito deixando uma carta escrita dizendo que deixa a vida para entrar na história.

Em 1964 os militares atingem seus objetivos, apoiado pela ala direita da Igreja Católica, que promovia a marcha da família com Deus para livrar a “população do comunismo”, comunismo este que nunca se aproximou do Brasil. Com o golpe militar todo o poder judiciário se transformou no apêndice das forças armadas. Eles perseguiram, mataram, torturaram e nunca foram julgados pelos atos. A ditadura durou até 1985, mas ainda não teve eleição direta. O Colégio Eleitoral (parlamento) elegeu Tancredo de Almeida Neves, tendo José Sarney com Vice Presidente. O curioso é que Sarney era presidente da ARENA – Aliança Renovadora Nacional, até final de 1984, saiu da Arena para entrar no PMDB, para ser candidato a Vice de Tancredo, que havia saído do PP – Partido Popular, para ser o candidato do PMDB na presidência. São tramas que produzem uma cortina de fumaça que o povo nem fica sabendo.

Antes de assumir a presidência em 1985, Tancredo foi hospitalizado e José Sarney assume como presidente interino, mas em abril do mesmo ano Tancredo falece e Sarney é oficializado presidente. Uma das propostas de Tancredo era convocar uma Assembleia nacional Constituinte para elaborar uma nova Constituição. Em 1986 era calendário para eleições parlamentares e Sarney, simulando cumprir a promessa de Tancredo transformou os deputados e senadores eleitos naquele ano com parlamentares constituintes. O ano de 1987 e 1988 foi de debates sobre o conteúdo da nova constituição. No dia cinco de outubro de 1988 o congresso aprovou a constituição, intitulada a constituição mais democrática que o Brasil já teve.

Mas essa constituição desagradou vários setores da burguesia industrial e fundiária, porque garantiu vários direitos aos trabalhadores. Todavia, esses direitos nunca foram cláusula Pétreia, mas a classe trabalhadora que tinha emprego formal ficou adormecida,

principalmente que conquistou um concurso público. Era só questão de tempo para a burguesia retirar os direitos dos trabalhadores, com apoio dos próprios trabalhadores. O primeiro ensaio foi a vitória de Fernando Collor de Melo e Fernando Henrique Cardoso. Esses dois deram início o desmonte das empresas nacionais e começaram atacar os direitos dos trabalhadores. Mas o *Lawfare* jurídico começou realmente em 2006 com o Relator de um processo chamado Mensalão era o Ministro Joaquim Barbosa, que aplicou a teoria do “Domínio do Fato” levando onze pessoas sem prova para a cadeia. Quando Joaquim Barbosa foi criticado pelas faltas de provas, refutou dizendo: “fiz um trabalho primoroso, agora tem pessoas tentando desqualificar”! Esse argumento é um verdadeiro *Lawfare* jurídico, porque não tem nada de conteúdo das ciências jurídicas que comprovasse que havia motivos para prisão. Havia sim, disputas políticas por cargos nas grandes estatais. Todos os onze condenados foram inocentados por falta de provas, alguns depois de cumprira a penalidade.

Em 2016 começou o processo de impeachment da então presidenta Dilma Rousseff, novamente com acusação sem prova. Mas havia uma luta pela privatização da Petrobrás e havia várias pessoas dos partidos de direitas envolvidas nos processos de corrupção com várias empresas estatais. Nesse processo tinha um setor do judiciário e do ministério público envolvido. Mas estavam alinhados com políticos que defendiam a entrega do patrimônio público para empresas dos Estados Unidos. Naquele momento vazou um áudio do então senador da República pelo Estado de Roraima, Romero Jucá, que sugeria derrubar a presidenta Dilma para o “Michel” assumir, dizia ele, “com o supremo e com tudo” talvez para impor o projeto de destruição do Estado Democrático de Direito, montando a força tarefa Lava-jato, com auxílio de procuradores dos Estados Unidos. Mas está no livro do então procurador Rodrigo Janot “Nada Menos que Tudo, a Operação que colocou o sistema em xeque”, que o foco da operação era o ex-presidente Lula.

Não apenas Lula, mas objetivo principal da operação era criminalizar quem estava no governo causando empecilho para privatizações das estatais. O impeachment de Dilma em 2016 foi, praticamente, o anúncio de tudo o que viria depois. Foi uma operação jurídica mais criminosa que o Brasil já assistiu em toda sua história. Foram inúmeras prisões ilegais, inúmeras acusações ilegais, não apenas do Ex-presidente Lula, mas todos os que fizeram parte do governo do PT –Partido dos Trabalhadores, até mesmo deputados e senadores foram perseguidos. Essa operação se estendeu por várias instituições, quando se suspeitava que a gestão fizesse parte da base dos governos do PT. O caso mais emblemático foi do Reitor da UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina Luiz Carlos Cancellier de Oliver, que foi acusado sem provas de desvios de recursos públicos e retirado da reitoria, sem direito de entrar na Universidade. Dias depois o Reitor, que era advogado, vendo que era uma armação sem meios de defesa cometeu suicídio se atirando de um prédio. Mas essa modalidade de operação não foi somente no Brasil, foi em vários países da América Latina, resultando também no suicídio do Ex-presidente do Peru Alan García.

Mas esses operadores não contavam com a resistência do Ex-presidente Lula, também não contavam que essa farsa jurídica fosse descoberta por acaso, pelo Hacker da cidade de Araraquara, Walter Delgatti Neto e colocada ao público pelo Jornalista Glenn Grenwald, jornalista do Site The Intercept Brasil. Todo o processo contra Luiz Inácio Lula da Silva foi montado em Curitiba, com falsas denúncias que qualquer cidadão de bom senso sem notório saber jurídico poderia desconfiar a trama montada nos processos pelo procurador Daltan Dallagnol. Na maior imprensa brasileira, Rede Globo de Televisão, quando o Juiz Sergio Moro autorizou condução coercitiva do Ex-presidente Lula, com base nas denúncia de Dallagnol, em entrevista ele afirmou: “não tenho provas, mas tenho convicção”. Esse argumento foi público e está em todas as entrevistas do Ex-presidente.

Independência Política e Dependência Econômica

Em 1807 o Rei de Portugal se obrigou a fugir das investidas do poderoso exército de Napoleão Bonaparte. A alternativa foi o Brasil que era colônia portuguesa, chegando em janeiro de 1808, com alguns navios e várias pessoas na companhia. Até esse momento que tinha atividades econômicas no Brasil era obrigados seguir a legislação portuguesa, levar os produtos, especiarias exclusivamente para Portugal. Mas os coronéis donos de escravos já almejavam negociar diretamente com outros países, principalmente com a Inglaterra que começava o desenvolvimento industrial. Chegando ao Brasil, escoltado pela marinha inglesa, imediatamente Dom João elevou o Brasil à categoria de Reino Unido de Portugal. Mantendo dessa forma o controle político e jurídico de Portugal e Brasil ao mesmo tempo.

No período de 1808 até 1824 foi de implantação de uma teoria jurídica das mais confusas, que até o presente momento maioria dos brasileiros não têm conhecimento. Qual a questão a ser posta em termos jurídicos de Direitos Humanos? A teoria universal do Direito reconhece juridicamente como legítimo o fato de um grupo oriundo de um Estado-nação chegar em outro território, encontrar outros povos e impor as leis de sua tradição, negando o direito consuetudinário desses povos autóctones? Somente a força física, força bélica pode garantir esse direito. Mas era preciso tornar legítimo. As organizações e constituições dos estados nacionais tiveram essa finalidade: legitimar o domínio do colonizador sobre o colonizado. A constituição do Estado Brasileiro em 1822 foi um ato planejado pela Maçonaria inglesa, na pessoa de José Bonifácio, com objetivos de manter os vínculos econômicos com a Inglaterra, simulando ruptura com Portugal, ao mesmo tempo assumindo a dívida que Portugal havia contraído com a Inglaterra na fuga de Dom João.

A independência foi planejada por José Bonifácio. Quando Dom João voltou para Portugal em 1821, José Bonifácio negociou para D. Pedro permanecer no Brasil e foi o que aconteceu. Mas ele precisava de um alibi para simular que havia uma independência de fato. Somente a maçonaria era insuficiente para garantir a legitimidade da “independência”. Mas a Santa Igreja Católica Apostólica Romana estava junto para abençoar os atos e legitimar a nova estrutura política e jurídica para dar continuidade na exploração

econômica deste território chamado Brasil. Até o século XX somente a Igreja Católica tinha poder de decisão nos horizontes da política brasileira, com o desenvolvimento industrial, desenvolveu-se também a indústria das religiões. Mas porque foi utilizada essa estratégia, de manter o vínculo com Portugal? Porque, ainda no século VIII houve vários movimentos políticos e sociais que lutaram por uma real independência política e econômica conforme se pode perceber.

Levante de escravos, motins de artesãos, como aquele tão característico da inconfidência baiana⁽¹⁾ de 1798, insurreições locais como a sabinada⁽²⁾ ou a conspiração de Tiradentes⁽³⁾, indicam e comprovam apenas a mencionada inquietação e instabilidade. Tudo representando, finalmente, a brecha de um sistema em que “não foi percebido que se estava se desbaratando um capital, e não apenas colhendo seus frutos”. Tais brechas se denunciavam nas manifestações políticas, por vezes desconhecidas, que repontavam em todos os lugares, em todas as zonas, na vastidão territorial da colônia e do país que a sucede. A independência, realmente, assiste ao mesmo quadro de insurreição, de fermentação, de instabilidade, que se prolonga até o fim da fase a que nos referimos (grifos no original. SODRÉ, 1963, p. 77).

Não existem relações econômicas sem relações políticas e sociais. A produção das riquezas é conceito eurocêntrico. Não existia produção de riquezas para os nativos, mas eles sentiram a exploração do europeu para exploração das riquezas naturais e exportação. O mesmo fato aconteceu com os escravos. Não existiam extração e exploração das riquezas naturais para os escravos, mas não existia exploração de riqueza para os escravos. Dessas relações saíram filhos de indígenas com brancos, filhos de escravocratas com escravas e dessa miscigenação, dessa mistura de raças se consolidou a população brasileira que herdava o sangue, mas não as riquezas. O período colonial foi, realmente, dominado pela força das armas dos portugueses que se instalaram neste território para explorar as riquezas. Por quais razões, indígenas e negros trazidos da África deveriam obedecer a leis de Portugal.

Os próprios proprietários de terras e donos de escravos já sentiam a exploração, quando era obrigado pagar altos impostos da produção e das exportações do açúcar e do ouro. Esses proprietários de terras deixaram uma geração, não reconhecida que formaram uma camada social marginalizada, que lutavam junto com escravos e indígenas pela construção de uma nova ordem social. Mas não havia educação, não havia referencial teórico para consolidar um projeto de Estado. Nesse contexto surgiam as rebeliões. Movimentos de grupos que se rebelavam contra a intervenção portuguesa nas relações

(1) Além da insurreição, ou conjuração baiana (1798), houve também a Insurreição pernambucana (1817).

(2) A Sabinada já foi no período imperial. Foi um movimento Soteropolitano (Baianos de Salvador, capital da Bahia), que se rebelou contra o poder imperial que estava sediado no Rio de Janeiro como Capital do Império.

(3) Joaquim José da Silva Xavier conhecido como Tiradentes por ter a profissão de dentista foi um dos líderes da Inconfidência Mineira ocorrida entre 1789-1792. Curiosamente nos mesmos anos da Revolução Francesa.

comerciais. Se a população crescia, pela mestiçagem, pelo aumento da população de origem portuguesa e pela população negra que eram planejado para se transformar em escravos, por outro lado crescia também a possibilidade de convulsão social pelo descontentamento da exploração. E um dos mais imponentes foi a Inconfidência Mineira.

A inconfidência Mineira ficou marcada na história brasileira como uma das maiores demonstrações de insatisfação dos colonos contra a metrópole portuguesa. Essa conspiração, no entanto, nunca chegou a ser iniciada, pois foi descoberta antes de ser deflagrada. As autoridades coloniais em Minas Gerais receberam a denúncia acerca de uma conspiração em curso.

No dia 18 de maio de 1789, alguns dos líderes da inconfidência foram avisados de que sua conspiração tinha sido denunciada e que todos corriam perigo. O governador da Capitania, Visconde de Barbacena, recebeu seis denúncias, e a mais consistente foi realizada por **Joaquim Silvério dos Reis**.

Joaquim Silvério dos Reis era um fazendeiro e dono de minas de ouro. Naquela altura (1789) estava consideravelmente endividado com as autoridades portuguesas, e, para **livrar-se de suas dívidas**, resolveu denuncia o movimento. Contou tudo, com grande detalhamento, dos panos dos inconfidentes.

Em posse de valiosas informações, o visconde de Barbacena ordenou **a suspensão da derrama** e deu início às prisões dos nomes denunciados. Em meio a prisões e interrogatórios, o julgamento estendeu-se por três anos. A leitura da sentença aconteceu no dia 18 de abril de 1792 e durou 18 horas.

As prisões foram variadas e algumas das penas foram: **degredo para a África, prisão perpétua e morte por enforcamento**. Tiradentes e muitos outros foram condenados à morte por enforcamento, mas, antes da execução da pena, uma carta enviada por d. Maria, rainha de Portugal, concedeu o perdão real a todos menos Tiradentes.

Entre todos os membros, **Tiradentes** era o de **posição social mais humilde** – ele não era membro da elite econômica de Minas Gerais. Além disso, sua função na conspiração era de extrema importância: ele era o **propagandista do movimento**. Por isso foi tirado como exemplo, e sua pena foi a única mantida. (baixado em 10/10/2021, mundoeducação.uol.br/historiadobrasil/a-inconfidencia-mineira.htm.).

A execução de Tiradentes aconteceu no dia 21 de abril de 1792, data que se transformou em feriado nacional por ser ele considerado um mártir da independência. Fato este que é utilizado ideologicamente para enaltecer os personagens de 07 de setembro de 1822 (José Bonifácio e, especialmente, Dom Pedro I). Como se percebe, vários fatores influenciaram, forçando a independência política do Brasil. Mas a independência política não significou independência econômica e nem autonomia para o povo deste território. A dependência mudou de endereço. A partir de 1822 o Brasil se transformou no território de exploração das riquezas naturais pela Inglaterra, com orientação da maçonaria e a benção de Igreja Católica.

A trama de José Bonifácio e outros maçons deu tão certo que essa ideia de ruptura com a Coroa Portuguesa está em todos os livros das escolas, somente as literaturas

não oficiais, com pesquisadores sérios levam em consideração as influências dos movimentos sociais e os interesses da própria Coroa Portuguesa para se livrar da Dívida com a Inglaterra. Ainda é um tema considerado tabu, porque a maior parte da população brasileira não conhece nada sobre maçonaria, muitos até mesmo consideram um mistério não acessível à racionalidade humana. Mas, a ignorância popular sobre o tema é de interesse daqueles que estão no poder. O fragmento que segue é de um artigo do advogado Maçom Marcio Maciel Bandeira.⁽⁴⁾

O brado de 1822, do príncipe D. Pedro, está enraizado no imaginário popular como mito fundador da nação brasileira, com o qual teria cortado o cordão umbilical que nos ligava a metrópole europeia, Portugal. A crença nesta ruptura abrupta do sistema colonial, e que este ato de rebeldia do príncipe atendia aos anseios da população brasileira, peca ao deixar de analisar vários elementos da política externa e interna, que vão desde ventos eufóricos da Revolução Francesa e seus ideais, mesmo que seja pelos canhões de Napoleão Bonaparte, passa pelo recrudescimento por partes dos portugueses sediados na Europa a partir da revolta do Porto, e chega até a um sentimento lusofóbico por parte de camadas da população brasileira. (Este Artigo Publicado por Bandeira está disponível no site bibliografia a baixo baixada em 10/10/2021).

Como se percebe, os ventos da Revolução Francesa sopravam em favor de uma possível revolução contra a metrópole. Havia vários movimentos isolados, todos descontentes com a arbitrariedade portuguesa, mas não havia comunicação, devido ao isolamento e extensão territorial. Mas a metrópole tinha conhecimento de todos os movimentos que estavam acontecendo e sabiam dos descontentamentos e intenção de cada movimento, portanto, antes que os movimentos se unificassem e lutassem por uma verdadeira independência foram tomadas as devidas providências e simulado uma ruptura com Portugal. Para muitos brasileiros essa ruptura aconteceu de fato, mas de certa forma é utilizada pelos conservadores para manter a tradição.

Há inúmeras informações que havia duas correntes da maçonaria: de um lado aqueles que defendiam emancipação e organização republicana, nesta estava o Tiradentes (Joaquim José da Silva Xavier). Na época da Independência essa corrente republicana era liderada por Joaquim Gonçalves Ledo; de outro lado estava José Bonifácio, que foi ministro e conselheiro de Dom João. Foi ele quem evitou que Dom Pedro voltasse a Portugal com seu pai d. João. Ele e seu irmão, que também era da maçonaria que arquitetaram o modelo de independência. Uma que seguia a Revolução Francesa e defendia uma organização republicana e a Grande Oriente de José Bonifácio que defendia uma monarquia constitucional. Foi o que aconteceu, mas a constituição saiu de acordo com os interesses dos maçons e D. Pedro.

Foi José Bonifácio quem levou Dom Pedro para maçonaria Grande Oriente. Mas há literaturas que informa que ele participava das duas lojas para acompanhar os movi-

(4) Marcio Maciel Bandeira. O Autor é Membro Efetivo da Loja Maçônica de Estudos e Pesquisas Renascença nº 1. Venerável Mestre da Loja Simbólica Regeneração Campinense nº 2. Sublime Príncipe do Real Segredo. Advogado.

mentos dos maçons sobre seu governo. Se havia vários movimentos sociais no período, conseqüentemente havia também várias correntes políticas que lutavam por uma mudança de fato e a corrente do movimento republicano maçons continuavam defendendo as mudanças na estrutura política. Os maçons republicanos passaram ser perseguidos pelo imperador, embora ele participando das duas lojas; no entanto, eles tiveram que optar pela clandestinidade por um bom tempo e ressurgiram na proclamação da República. Antes da Independência o grupo de Maçom se reunia na mesma loja. José Bonifácio foi dissidente porque estava do lado da família real. Após a independência o grupo de Gonçalves Ledo foi perseguido por Dom Pedro.

Mas o período imperial não foi de tranquilidade. Os movimentos sociais continuavam e cada momento surgia novos movimentos em várias regiões do País. Não suportando as pressões em 1831 o Imperador abdicou do poder imperial, voltando para Portugal. Seu filho primogênito tinha apenas cinco anos e pela constituição de 1824 não poderia assumir. Mas a constituição previa nomeação de regentes, em caso de vacância do cargo. Três parlamentares foram nomeados e o período regencial ficou conhecido como período da Regência Trina, que durou até 1834. A vacância da chefia do Estado provocou disputas e revelou as três correntes existente no parlamento: os moderados, que eram integrantes da elite econômica e defendiam um Estado centralizado; os restauradores, que tentava trazer de volta o imperador; e, os exaltados que defendiam a descentralização do poder. Mas, o que é possível entender que todos pertenciam à maçoneria.

Contemplando as três correntes, a regência trina provisória foi composta por: José Joaquim Carneiro Campos, Nicolau de Campos Vergueiro e Francisco de Lima e Silva. Mas essa forma de organização precisou tornar permanente até a maioria do Príncipe D. Pedro II. No mesmo ano a regência se transformou em permanente, mas o único que permaneceu foi José da Costa Carvalho que fazia parte da regência provisória, os demais foram substituídos por Francisco de Lima e Silva e João Bráulio Muniz. Ministro da justiça era o Padre, maçom Diogo Antônio Feijó. Em 1834 foi eleito como regente único o Padre Feijó, que ficou até o parlamento decretar maioria do príncipe, que tinha 14 anos. Mas quem continuava governando de fato eram advogados vinculados à maçoneria. Todos esses parlamentares haviam estudados em Portugal ou na Inglaterra, outros ainda na França. A maioria havia ingressado na maçoneria e pertenciam à Igreja Católica e traziam consigo o desejo de impor a cultura europeia na população brasileira, acreditando que somente assim poderiam colocar o Brasil na rota do desenvolvimento. Segundo Raimundo Faoro, um jurista brasileiro, de 1808 a 1850:

O país europeizava-se, para o escândalo de muitos, iniciando um período de progresso rápido, progresso conscientemente provocado, sob moldes ingleses. O vestuário, a alimentação, a mobília, mostram, no ingênuo deslumbramento, a subversão dos hábitos lusos, vagarosamente rompidos com os valores culturais que a presença europeia infiltrava, juntamente com as mercadorias importadas. O contato litorâneo das duas culturas, uma dominante já no período final da segregação colonial, articula-se no ajust-

tamento das economias. Ao Estado, a realidade mais ativa da estrutura social, coube o papel de intermediar o impacto estrangeiro, reduzindo-o à temperatura e à velocidade nativas (FAORO, 2000, p. 03).

Como se percebe as organizações dos estados nacionais na América, não apenas o Brasil, com raras exceções tiveram com fim último atender os interesses do desenvolvimento industrial da Inglaterra e manter ativo o comércio com as metrópoles. Os processos de emancipação sempre tiveram personagens ocultas em que os seres humanos que eram explorados nas colônias continuaram explorados, pela nova lógica da organização do capital que se organizava mundialmente, com um poder judiciário orgânico ao sistema de exploração. Na proclamação da República em 1889 o cenário não muda. Novos componentes são agregados, a maçonaria está presente e o positivismo francês, outra versão da maçonaria passa disputar os interesses políticos e econômicos, por esta razão a primeira constituição republicana foi dominada pelo positivismo.

Se o Brasil estava entrando na lógica do capitalismo mundial, tudo se tornara mercadoria. Na eminência do fim da escravidão, latifundiários senhores de escravos solicitaram a Dom Pedro II que fizesse uma lei para garantir-lhes a propriedade das terras que eles as tinham como propriedades suas, ao mesmo tempo o medo que escravos libertos tomassem posse das terras. Se eles utilizavam-se da força e a tortura para manter a escravidão, a lógica é que os escravos libertos poderiam se apropriar das terras, mesmo que precisassem se utilizar da força e da violência. A lei 601, conhecida como Lei da terra foi publicada no dia 18 de setembro de 1850, publicado no Diário Oficial do Império. Com essa lei somente pessoas abastadas poderiam ter acesso a terra. Primeiro, porque a lei foi solicitada pelos coronéis da terra; segundo que eles foram avisados o dia que sairia no Diário do Império; terceiro, que nove décimo da população eram analfabetos; quarto, tinha que pagar o registro da posse das terras no cartório mais próximo de suas localidades. Embora o custo fosse relativamente barato, mas os pobres não tinham o dinheiro para o registro.

O período entre 1889 até 1930 é convencionalmente chamado de República Velha. A chegada de Vargas no governo em 1930 – 1937 é o período do Estado Novo, porém a partir de 1937 a 1945 foi o período da Ditadura Vargas, articulada pelo ministro da justiça Filinto Müller. Não será possível detalhar os acontecimentos entre 1889 a 1930, mas vai o resumo de alguns movimentos sociais que fazia estremecer a velha república. Começando por Canudos, no sertão da Bahia, um movimento que tinha como líder Antônio Conselheiro. A constituição republicana consolidou a separação entre a Igreja e Estado e a população entendia que era obra do demônio. Esse movimento foi dizimado porque as autoridades republicanas entendiam que eles queriam restaurar a monarquia.

Outro movimento de grande envergadura foi o Contestado na divisa Paraná e Santa Catarina. O Governo brasileiro havia contratado uma empresa inglesa para construir uma estrada de Ferro de São Paulo ao Rio Grande do Sul. O pagamento seria quinze quilômetros de terras de cada lado da ferrovia. A guerra durou quatro anos (1912-1916),

de 1910 a 1914 o presidente era Hermes da Fonseca; 1914 a 1918 foi Venceslau Bras. As duas revoltas é sempre contada nos livros de história, que a principal causa era o fanatismo religioso, não se coloca as condições sociais, a miséria da população. Embora, em Canudos, a fé de Antônio conselheiro garantiu-lhe força para lutar até a morte. Na Guerra do Contestado tinha três frades que estavam do lado do povo lutando por suas terras, mas todos assassinados juntamente com o povo.

Ainda teve outros vários movimentos nesse período, mas o que balançou de fato a República Velha foi a Revolta dos tenentes. Em cindo de julho de 1922, ouve o levante que ficou conhecido como Forte de Copacabana, mas foi esmagado pelo poder oficial. Reorganizaram-se e em 1924 retomaram em várias cidades do Brasil: Norte, Nordeste, Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul. Descontentes com as políticas do chamado café com leite⁽⁵⁾ no Governo de Artur Bernardes, em julho de 1924 ouve um levante em São Paulo comandado por Miguel Alberto Crispim Rodrigues da Costa (1855-1959), nascido em Buenos Aires; em 28 de outubro aconteceu outro levante, desta vez em vários destacamentos do País. Mas os tenentes resolveram unificar a Coluna de Miguel Costa com a Coluna de Luiz Carlos Prestes que havia começado o levante em São Borges Rio Grande do Sul, passando por várias cidades até encontrar com a Coluna Paulista no Município de Catanduvas Paraná. Segundo estimativas oficiais os tenentes obtinham 1500 soldados e percorreram vinte e cinco mil quilômetros, saindo do Paraná, entrando no Paraguai, em acordo com exército Paraguaio, entraram em Mato Grosso, passando por Goiás, atingiram vários estados do Nordeste, fizeram palestras sobre a situação do Brasil em várias cidades por onde passaram. Retornaram para Mato Grosso entraram na Bolívia, pediram Exilo e depuseram as armas.

Ainda na Bolívia o jornalista, Astrogildo Pereira, fundador do PCB –Partido Comunista Brasileiro foi encontrar com Prestes, presenteando-lhe vários livros de Marx e tentando convencer a voltar para o Brasil para organizar os comunistas. Mas Prestes não aceitou o convite e partiu para Buenos Aires. Tomando contanto com vários estudiosos de Marx e da Revolução Russa resolveu partir para a URSS– União de Repúblicas Socialistas Soviéticas, voltando depois que Getúlio Vargas havia assumido a presidência. Antes, porém, Vargas também havia formalizado um convite para Luiz Carlos Prestes para compor o Governo, caso ganhasse a eleição, mas Prestes rejeitou o convite. O curioso é que Vargas havia participado do Governo de Washington Luiz como Ministro da Fazenda. Se fosse respeitado o acordo da política café com leite entre Minas e São Paulo a vez seria de Minas Gerais, mas Washington Luiz não respeitou e indicou o advogado paulista conservador pelo Partido Republicano Paulista.

Minas Gerais fez acordo com mais 17 estados e indicaram o paraibano João Pessoa para vice de Getúlio Vargas. Nas disputas locais em Paraíba João Pessoa foi assas-

(5) Um acordo que existia entre São Paulo, que representava os produtores de café e Minas Gerais representava os produtores de leite.

sinado. Esse episódio levantou os ânimos de apoiadores de Getúlio. Não existia voto secreto. Era o chamado voto de cabresto, os coronéis exigiam assistir em quem seus vassallos estavam votando. Entre as principais bandeira de Vargas estava: voto secreto, independência do Judiciário e voto feminino. Vargas ganhou eleição apenas em três estados: Rio Grande do Sul, Minas Gerais e Paraíba. Perdeu em todos. Júlio Prestes fez 1.091.709 votos. Vargas fez 742.794 59.39%, contra 40.41. Perdendo a eleição, portanto. Mas os correligionários de Vargas não aceitaram passivamente e aproveitaram a disposição dos tenentes que já haviam se rebelado nos anos de 1924 a 1927 e fizeram um levante depondo Washington Luiz antes da posse de Júlio Prestes.

Esse foi o período em que, de fato o Brasil ingressa no sistema do capitalismo mundial. Portanto, não seria prudente analisar os fundamentos da justiça brasileira sem entender profundamente a estrutura econômica, as relações de produção e a divisão social do trabalho. Os dois momentos do governo Vargas é a radiografia fiel das mudanças na estrutura econômica. O Brasil sai de uma economia essencialmente agrícola, entrando definitivamente no processo de industrialização. Mas para um projeto de industrialização houve várias implicações. Primeiro, foi necessário, ainda na década de 1930, planejar um sistema educacional mínimo para a população, porque os trabalhadores da indústria precisariam entender, pelo menos das operações de máquinas. Os liberais foram porta-voz da defesa da educação pública. Percebendo-se que na eleição de 1929 nem cinco por cento da população brasileira votaram nas eleições para presidente, e, mesmo os que votaram tornou-se pública suas opções.

No segundo governo de Vargas (1950-1954) os estudantes do ensino superior já haviam organizado a UNE – União Nacional dos Estudantes. A indústria começava se desenvolver, portanto, havia movimentos estudantis e movimentos de operários. Essas duas frentes de movimentos lutavam em defesa do patrimônio nacional. Nesse momento da história as classes sociais brasileiras já estão definidas: burguesia agrária, burguesia industrial, burguesia comercial e burguesia financeira. Todas unidas e atreladas ao capital internacional e combatendo a classe operária, combatendo os estudantes. Os partidos políticos aparecem como uma cortina de fumaça, teoricamente para representar a população, mas na prática expressam as contradições entre as classes sociais e os movimentos sociais, conforme afirma Nelson Werneck Sodré.

O poder está repartido entre a alta burguesia e os latifundiários, ligados, todos, ao imperialismo. Estas classes exercem o poder, porém, sob fiscalização rigorosa e combate continuado; as pressões provêm das demais classes, internamente, e do imperialismo externamente. A resultante é, esporadicamente, favorável ao interesse nacional porque mesmo a alta burguesia têm frações ligadas aos interesses brasileiros, mas estes lances isolados de correm de circunstâncias especiais, como aquela que resultou a siderurgia do Estado, ou de campanha tempestuosa, como a de que surgiu o monopólio na exploração petrolífera. O cerne da aliança que une a alta burguesia, a classe latifundiária e o imperialismo residem na política econômica e financeira, cujo aparelho é zelosamente defendido, passando e sucedendo-se governos aparentemente contrastantes mas

permanecendo rigorosamente a mesma política e o mesmo grupo burocrático que representa a confiança da frente antinacional (SODRÉ, 1963, p. 206).

As classes sociais ligadas ao poder econômico no Brasil sempre foram dependentes do capital internacional. Apoiada, primeiramente sobre os escravos para produzir e enviar a produção para metrópole; no segundo momento apoiado sobre a classe trabalhadora em geral para enviar para a Inglaterra; e, por último, estão associadas aos grandes conglomerados econômicos, mas sempre apoiado sobre os ombros da classe trabalhadora em geral, do proletariado, inclusive continuam dizimando comunidades nativas. Graças ao suporte recebido dos movimentos sociais Vargas conseguiu conjuntura favorável para criação da CSN – Companhia Siderúrgica Nacional e garantiu, pelo menos naquele momento, o monopólio do petróleo. Mas a imprensa que atuavam brasileira, que nunca foi livre e nem democrática sempre atuava em favor do imperialismo, ajudando a burguesia associada ao capital internacional a dilapidar o patrimônio nacional. Mas até esse momento, pelo menos um setor das forças armadas era nacionalista, embora uma parte da alta patente das forças armadas, Exército, Marinha e Aeronáutica estivessem vinculada à maçonaria.

As transformações econômicas ocorridas no Brasil alteravam todos os cenários, mas o judiciário continuava com apêndice da dinâmica do capital, mesmo depois que Vargas tentou promover a independência do poder judiciário. A dinâmica do desenvolvimento econômico alterou o panorama geográfico, a estrutura política, as relações sociais, e, principalmente a estrutura militar, o poder judiciário simplesmente foi ajustado à essa nova dinâmica. Em relação ao poder judiciário, pode-se considerar que sempre foi um apêndice do poder econômico. Se a estrutura republicana do Brasil está alicerçada em três poderes: executivo, legislativo e judiciário, que, teoricamente são independentes e harmônicos entre si, por outro lado, os últimos fatos demonstraram que a realidade não é o que está nos fundamentos teóricos. Com o desenvolvimento do capitalismo, desenvolveu-se também a imprensa, mas financiada pelo próprio capital, dando suporte para ao poder judiciário para atuar como apêndice do capital.

Contradições: Desenvolvimento Industrial e Miséria Urbana

O desenvolvimento da indústria promove também o crescimento das cidades. Mas contraditoriamente atrai a miserabilidade, a degeneração humana, levando muitas pessoas para o submundo, para a criminalidade. Antes da industrialização mais de 80% da população brasileira viviam nas áreas rurais, trabalhando de empregados, meeiros ou arrendatários, e até mesmo pequenos agricultores em áreas de terras irregulares – sem documentos, sem escrituras e registros em cartórios –, a industrialização provocou duas coisas: aumento da população urbana e luta pela educação. Com o início da industrialização ainda no começo do século XX e influenciado pela Revolução Russa surgiu o PCB em março de 1922. Mas tinha pouca força, porque até 1889 o voto era censitário, isto é, somente quem tinha certa quantidade de posse poderia votar. Na organização

republicana o voto deixou de ser censitário, mas a maioria da população pobre era analfabeta, portanto, tinham pouco poder de decisão, se contasse apenas com eleições.

Para anular o PCB, ainda no primeiro governo Vargas havia criado a UDN – União Democrática Nacional, para os latifundiários; o PSD – Partido Social Democrata, para os industriais e o PTB – Partido Trabalhista Brasileiro, que, teoricamente seria para os trabalhadores. Ele próprio estava nesse partido. Lacerda que era do PCB migrou para a UDN sendo eleito governador do Rio de Janeiro e fazendo forte oposição ao governo Vargas. Em 1945 foram eleitos alguns deputados pelo PCB, Carlos Prestes se elegeu senador, mas em seguida foram colocados todos na ilegalidade. As contradições entre o desenvolvimento econômico do país, com ênfase na defesa do capital nacional e a pressão da imprensa, que estava sendo financiada pelo capital internacional levou Vargas ao Suicídio em 24 de agosto de 1954. Assumiu seu Vice, José Fernandes Campos Café Filho. No ano seguinte teve eleição e venceu o mineiro Juscelino Kubitschek de Oliveira. Mas, desde o fim da Segunda Guerra o generais estavam preparados para dar um golpe e tomar poder. Tentaram evitar que Juscelino assumisse, mas não conseguiram.

Se os militares esperavam o momento certo para assumir o poder político e o comando do país, eles também se aproveitavam da imprensa, que divulgava teorias falsas sobre: capitalismo e comunismo. Após a Segunda Guerra iniciou-se o período da Guerra Fria que atingiu todos os países da AL – América Latina. No final da Guerra Generais brasileiros foram condecorado nos EUA e voltaram empolgados com a ideia de tomar o poder, para evitar que o “comunismo” chegasse neste continente. O judiciário acompanhava o movimento político e econômico. Em 1960 foram eleitos Presidente Jânio Quadros pela UDN e o Vice Presidente João Goulart pelo PTB. Com menos de um ano Jânio renunciou o poder. Mas os representantes do Imperialismo havia a publicidade que João Goulart era comunista. A tentativa de Golpe foi transformar o regime presidencialista em parlamentarismo, mas a constituição exigia plebiscito. Feito o plebiscito, presidencialismo venceu. No ano de 1964 haveria eleições gerais, mas antes das eleições, nos dias 31 de março e 01 de abril os militares deram o golpe e tomaram o poder, com a força dos tanques. Tomando o poder, acabaram com o pluripartidarismo, eliminaram os deputados de esquerda, nomearam uma junta militar para o judiciário e governaram com mãos de ferro até 1985.

Mas o período da ditadura militar foi de lutas abertas e clandestinas. Os militares transformaram as forças armadas no poder político, governando por decreto e fazendo leis de acordo com interesses do capital estrangeiro que atuou ajudando na ação do golpe de 1964. Mas a ditadura não foi apenas o golpe de 1964, como disse Francisco de Oliveira. “Depois vieram os golpes dentro do golpe, como em 1967, 1968, a doença de Costa e Silva com a posse da Junta Militar, o caso do General Silvío Frota no Governo Geisel e uma distensão lenta e gradual. Em média um golpe a cada três anos” (OLIVEIRA, 2001, p. 49). As ditaduras acontecem quando a burguesia começa perder o controle da situação, quando começa ter menos lucros pela organização da classe trabalhadora, quando corre o risco de diminuir os altos lucros e o temor de uma nova organização, uma nova ordem social.

Esse temor era alimentado pela máquina do imperialismo que fomentava a ideia da Guerra Fria, que havia começado com o fim da Segunda Guerra, polarizada pela potência Soviética e o poder Bélico dos Estados Unidos. Assim, os Militares não cuidaram apenas da estrutura política, econômica e um poder judiciário subserviente aos interesses do imperialismo, cuidaram também de controlar a educação com a ideologia da subserviência, uma vez que os movimentos sociais continuavam atuantes, uma parte na legalidade outra parte na clandestinidade. E os militares continuavam caçando oposição, prendendo, torturando e consumindo com muitos corpos. Mas o processo estava desgastado, era preciso devolver de forma segura o controle do aparelho estatal para a burguesia. E foi o que aconteceu em 1985.

Se houvesse apenas organização dentro da legalidade não seria possível derrubar a ditadura, porque a legalidade estava sobre o poder militar. Durante o período ditatorial houve mais de quarenta grupos clandestinos, lutando contra a ditadura, alguns com apoio da Igreja Católica, outros apenas vinculados diretamente aos partidos comunistas da URSS e Partido Comunista da China. As organizações públicas estavam vinculadas às pastorais da Igreja Católica. Nessas organizações durante o ano de 1986 se organizaram frentes populares para defender propostas democráticas na constituição, que foi aprovada em 05 de outubro de 1988. A organização da classe trabalhadora foi relativamente forte e por isso vários direitos foram conquistados. Mas os donos do capital não se conformaram com as conquistas da classe trabalhadora.

Na correlação de força era necessário que os trabalhadores, através de suas organizações estivessem vigilantes e atentos, porque a reclamação, segundo os donos do capital, sobre o excesso de direitos trabalhistas era constante. Outra coisa que estava presente no projeto dos porta-vozes do imperialismo era a privatização das estatais, processo esse iniciado com Fernando Collor de Mello e dado sequência com Fernando Henrique Cardoso. As empresas estatais criadas por Vargas nos dois mandatos, 190-1945 e 1950-1954; e, até mesmo algumas estatais fundadas pelos militares foram objetos de especulações para privatizações. Os três presidentes pós-ditadura atacaram direta e indiretamente os direitos dos trabalhadores. No mandato de José Sarney o arrocho a inflação, o arrocho salarial e perda do poder de compra dos trabalhadores chegaram a 70% no último ano de seu mandato. Fernando Collor de Mello deu o golpe da Poupança. Economia que trabalhadores vinham fazendo havia anos, sem publicidade ele sequestrou do dia para noite. E, Fernando Henrique Cardoso de sequência ao processo de arrocho salarial e privatizações das estatais.

A constituição havia garantido vários direitos, mas alguns precisavam ser regulamentados. A educação foi remetida para matéria uma matéria específica de um projeto de Lei. Mas somente em 1996 foi regulamentada, mas abrindo as portas para o mercado educacional. Foi o que aconteceu. Várias instituições privadas foram fundadas, apenas com objetivos de vender graduações, certificações, com ênfase na competitividade e sem a preocupação com a essência da real formação humana. Enquanto os donos do poder

econômico tinham controle da política eles controlavam também o poder judiciário, porque em todas as constituições (as sete) coube ao chefe do executivo nomear os membros da suprema corte. Se até este foi feito apenas uma narrativa histórica dos jogos políticos, esta narrativa tem como objetivo demonstrar, que no Brasil o *Lawfare* Jurídico se fez necessário, quando a classe trabalhadora também se organizou em partidos políticos e disputou o poder. Enquanto o poder de decisões estava dividido com os donos do capital, o contrato social, o pacto social era respeitado, quando se acumulou força para que a plebe tivesse poder de fato veio os golpes jurídicos, o *Lawfare*, primeiro com Joaquim Barbosa, depois com Sergio Moro e a operação Lava-jato. É o que vemos na sequência.

Guerra Jurídica, Disputas, Golpes Parlamentar e Midiático e *lawfare* – Lava-jato

Até o ano de 2002 os donos do poder econômico continuavam controlando todas as instâncias políticas, econômicas e o judiciário deste País. Mas desde 1989, partidos comprometidos com as questões sociais vinham concorrendo eleições e perdendo. A eleição no Brasil acontece em dois turnos. No primeiro turno vários candidatos, no segundo turno a eleição é polarizada e as propostas dos candidatos se tornam mais visíveis, porém, ambos os candidatos corriam atrás de ampliar as alianças e as propostas originais eram abandonadas em prol da vitória eleitoral. Desde 1089 Luiz Inácio Lula da Silva – o Lula – disputou o segundo turno, mas somente em 2002 venceu tendo um empresário na Vice Presidência. Os grandes empresários, os latifundiários ficaram perplexos, apenas esperando o momento para derrubar o governo, que tinha como proposta mais avançada: “acabar com a fome no Brasil”.

Acabar com a fome é apenas uma proposta humanitária não tem relações com superação das estruturas de classes e relações de conflitos de classes. Não se conformando com as novas diretrizes da política, Aécio Neves do PSDB deu uma sugestão ao então Ministro da Casa Civil José Dirceu, sobre nomeação de cargos e recebeu como resposta: “quem está no poder agora somos nós, quando eram vocês nós simplesmente deixava vocês governar”. Isso teve sentido de provocação. Mas a gestão de Lula não era uma gestão com compromisso de ruptura com o capitalismo, os objetivos era mostrar ser possível no próprio capitalismo administrar os recursos e incluir os marginalizados em todos os setores da sociedade: na produção, na educação, nas universidades, no poder judiciário.

Para cumprir tais objetivos ampliou as vagas nas escolas públicas levando o dever do Estado para o ensino médio, ampliou vagas nas universidades, criando mais universidades e institutos federais, ampliou os investimentos na agricultura familiar com projetos de alimentos saudáveis nas escolas. Quando abriu uma vaga no Supremo Tribunal Federal consultou seus assessores se conheciam algum negro com formação e notório saber jurídico para nomear para Suprema Corte. Frei Beto que havia conhecido Joaquim Barbosa numa viagem informou Lula da existência desse jurista que era do Ministério Público. Lula para cumprir a meta de inclusão nomeou-o. Aqui vai uma ressalva, ser

negro não significa compromisso com os oprimidos. Observação: aqui é um negro que está relatando os fatos, por ter acompanhado passo-a-passo.

Ser negro não significa compromisso de classe ficou comprovado no processo da condução do chamado mensalão. O que foi esse processo? Uma denúncia falsa feita pelo então presidente do PTB, atualmente preso por cometer vários crimes, incluindo ameaça de morte alguns ministros do Supremo. Para ganhar eleição, no segundo turno Lula fez concessões com o PTB, mas teve que nomear alguns para conduzir algumas estatais, nomeando Roberto Jeferson para presidir os Correios. Na gíria popular, essa prática foi: “colocar raposa para cuidar de galinheiro”. Porque a proposta desses partidos era privatizar, então coloca-los para cuidar de estatais era pedir para estrangular para depois dizer que não tinha saída e precisava privatizá-las por preço mínimo.

No ano de 2004 para 2005 a imprensa flagrou corrupção e distribuição de dinheiro nos correios. Para se defender Jeferson acusou o Chefe da Casa Civil José Dirceu de comprar deputados com dinheiro público para aprovar os projetos. Essa prática jurídica vem desde o Direito Romano, mas é aperfeiçoada no Direito Inglês, que orienta: “Quando a causa é indefensável, acuse a vítima e mude o foco da análise”. Jeferson é advogado e usou com mestria essa tática. O processo demorou anos e teve Joaquim Barbosa como relator, que condenou 24 sem provas, colocando 11 na prisão no dia 15 de novembro de 2013, com direito a show midiático, acompanhado por todas as redes de televisão. Lembrando, que as jornadas de junho começaram com movimentos nas ruas em São Paulo e Rio de Janeiro contra um aumento de vinte centavos da passagem urbana. O movimento foi coordenado pelo MBL – Movimento Brasil Livre.

Em 2014 houve eleições gerais e devido ao show jurídico associado com exposição midiática Dilma Rousseff quase perdeu a Eleição. Uma sociedade racista, machista, homofóbica não se aceita negro, nos espaço público, não aceita mulher e nem homossexuais em cargos público, inclusive na educação as agressões começaram. Assim que se confirmou a vitória de Dilma, Aécio recorreu o supremo pedindo recontagem de votos. Feito a recontagem e confirmado a derrota, mas começa outra frente declaradamente por não aceitar que as classes populares começaram ter espaços garantidos na própria estrutura desse modo de produção, que é, por excelência injusto. Aécio era Senador por Minas Gerais e nas primeiras sessões do Senado anunciou que iria obstruir todos os projetos enviados pelo Planalto. Foi o que ele fez em companhia de outros “Donos do Estado Brasileiro” e do “Capital” que controla todas as vidas neste planeta.

Lembrando que o Show jurídico e midiático orquestrado pelo Relator do Mensalão Joaquim Barbosa quase levou a derrota de Dilma Rousseff. A derrota não aconteceu, mas contribuiu para o impeachment de Dilma Rousseff em setembro de 2016, com crime de responsabilidade arranjado pelo presidente do Tribunal de conta, mas sem provas, sendo ela isenta de culpa depois que tudo da eleição de 2018. A derrota de Dilma prevista em 2014 não aconteceu então precisava arrumar uma frente política, com aparência jurídica para condená-la. O argumento de José Mucio Monteiro, presidente do TCU –

Tribunal de Conta da União foi de tal forma que calejou na audição dos leigos que havia um crime. Mas, no próprio argumento tinha uma contradição explícita. Dizia ele na época “todos os presidentes até aqui cometeram pedaladas fiscais, mas chegou a hora de a gente dar um basta”. Ora, todos os presidentes cometeram pedaladas⁽⁶⁾ fiscais e nenhum sofreu impeachment? Qual a razão que Dilma precisaria sofrer impeachment.

Saiu em todos os jornais a gravação de Romero Jucá dizendo que: – a solução seria retirar a Dilma para o Michel assumir. A frase mais comentada foi “com o supremo e com tudo” Senador por Roraima Romero Jucá. Estava pronta a trama para derrubar Dilma Rousseff e transferir o governo para aqueles que sempre estiveram no controle do Estado e no controle das estatais. Mas o que estava escondido, que a população ainda não sabe era quem seria os verdadeiros corruptos. Ainda no Governo Lula, que foi governo com apoio de partidos de todas as ideologias, mas o principal era o PMDB, antigo MDB, Lula havia nomeado Sergio Machado para presidente da Petrobrás. Os nomes envolvidos na trama são tantos que seria impossível falar de todos em um único artigo.

Outra frente de ataque para os governos do Partido dos Trabalhadores foi a investigação de corrupção na Petrobrás. Mas ali encontraram um problema. Todas as pessoas envolvidas não eram do Partido dos trabalhadores, eram apenas de Partidos aliados que entraram no governo em busca de cargos para controlar as estatais. Havia corrupção em FURNAS, companhia de distribuição de energia elétrica. Corrupção essa que estava envolvido Aécio Neves, perdedor da eleição em 2014, na Petrobrás, envolvendo várias pessoas do PMDB. Para investigar a corrupção na Petrobrás o Ministério Público montou a Operação Lava-Jato, com vários procuradores e juizes atuando pelo Brasil e até fora em outros Países. Mas o Livro “Nada Menos que Tudo” escrito Pelo Procurador Geral da Republica Rodrigo Janot, em parceria com Jailton Carvalho e Guilherme Evelin, publicado pela editora Planeta, São Paulo SP 2019 denuncia claramente que o objetivo dos operadores da Lava-jato era prender Luiz Inácio Lula da Silva.

No capítulo dois do livro e de Rodrigo Janot, ele afirma que a operação que condenou a prisões as pessoas ligadas ao chamado mensalão não tinha sustentabilidade, porque ele havia acompanhado pessoalmente a vida de parlamentares, comenta especialmente o caso de José Genuíno, que sempre levou uma vida modesta, morando na mesma casa que havia comprado financiada. Mas, que teve que cumprir o que estava nos processos, pedindo para o supremo dar andamento nos processos e o resultado foi este: prisão de todos os envolvidos. Diz Jonot: “O pedido de prisão do Genoíno foi o primeiro momento doloroso na minha passagem pela Procuradoria-Geral em que o dever teve que se sobrepor ao coração” (2019, p. 27). Ainda está no jornal Congresso em Foco, (baixado em 14/10/2021) a seguinte informação:

(6) Um adiantamento, como se fosse um empréstimo feito da Caixa Econômica Federal para pagar as sextas básicas das famílias carentes. É como se o governo, não tendo dinheiro na hora, mas tendo crédito emprestasse do próprio estado para pagar no mesmo mês quando entrasse as receitas previstas. Isso foi chamado de pedaladas fiscais e o congresso de deputados maioria investigados pela Operação Lava Jato, aprovaram o impeachment de Dilma Rousseff.

Por desconfiar de que eu estivesse patrocinando um ‘acordo’ com empreiteiros para abafar a Lava Jato e o prosseguimento das investigações, os procuradores de Curitiba ameaçaram fazer uma rebelião conta mim. –disse Janot–. Chegaram a avisar um repórter da TV Globo de que pediriam demissão coletiva do caso. Se tivesse levado a cabo esse pedido, teria significado, provavelmente, o fim da Lava Jato – e da minha gestão à frente da Procuradoria-Geral da República, assinalou Janot no Capítulo “O dia em que a Lava Jato quase Acabou” (Matéria retirada do Jornal Congresso em foco 30 de setembro de 2019, disponível no sitio abaixo bibliografia baixada em 14/10/2021).

O livro de Janot traz detalhes sobre o modus operandi dos procuradores responsáveis pela Lava Jato e também do Juiz Sergio Moro. Havia delação premiada, praticamente, orientada para incriminar Luiz Inácio Lula da Silva. De fato existia corrupção na Petrobrás, mas um presidente não tem condições de acompanhar os atos ilícitos de todos os cargos de confiança. Pois, na administração direta e indireta há aproximadamente quarenta mil cargos, obviamente é impossível o chefe o presidente ter conhecimento. Mas, o que os procuradores, especialmente Deltan Dallagnol e Sergio Moro. A crise instaurada no Governo da Presidente Dilma fez com que ela chamasse Lula para Ministro da Casa Civil, na tentativa de reverter essa situação. Mas o Ministro do Supremo Gilmar Mendes vetou Lula assumir a função.

Quando foi no dia quatro de março de 2016 o Brasil acordou com um show midiático, acompanhado exclusivamente pela Rede Globo de Televisão. A polícia Federal havia invadido a casa do Ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva a mando do Juiz Sergio Moro, sem explicação. Esse fato repercutiu por todo Brasil jornais escritos, rádios, televisões colocaram Lula como o maior ladrão da história do Brasil. Esse fato tinha objetivos definidos. Tirara Lula da Eleição de 2018, uma vez que ele havia deixado a presidência com mais de oitenta por cento de aprovação. No mesmo dia da operação, o autor das denúncias, Deltan Dallagnol deu uma entrevista na Rede Globo, entre outras coisas afirmou: “não tenho provas, mas tenho convicção” que Lula estava envolvido nos casos da Lava Jato.

Não havia mecanismo para incriminar Lula no processo da Lava Jato, mas Dona Marisa havia comprado um consórcio de um triplex no Guarujá e foi o que bastou para acusar que havia que esse apartamento era fruto de doações de empreiteira. Mas também não havia provas. Em todos os interrogados sobre a corrupção era forçado delatar o Ex-presidente. Em 13 de setembro de 2017 foi interrogado Lula e condenado a nove anos de prisão. O processo segunda instância, Porto Alegre TRF4, em tempo Record o tribunal julgou aumentando a pena para doze anos e um mês de prisão. A prisão era ilegal, porque não havia sido julgado na Suprema Corte. Mas o apoio midiático dava força aos juízes que tinham, segundo o próprio Janot, objetivos de atingir Lula.

Antes da prisão houve várias sugestões de aliados, entre as quais, esconder numa embaixada e fugir do Brasil, mas Lula dizia que se fizesse isso estaria assumindo aquilo que estava sendo acusado. Dizia que iria para cadeia, mais não morreria sem provar inocência. Também falou que em um País sério Dallagnol teria sido preso por denunciar

uma pessoa por “convicção”. Ficou preso, foi caçado o direito de ser candidato e indicou Fernando Haddad como candidato a Presidente e Manuela D’Ávila como candidata a Vice Presidenta. Lula ficou preso por quinhentos e oitenta dias, Bolsonaro fez a campanha prometendo matar petistas e todos os comunistas. Resultado Sergio Moro Vira Ministro da Justiça.

Hacker de Araraquara – Walter Delgatti Neto teve um problema com a namorada porque um procurador prendeu-o indevidamente, acusando-o de tráfico. Ele não conseguiu provar para namorada que não era traficante. Começou investigar como procuradores forjavam denúncias. Conseguiu casualmente escutar as conversas de Deltan e Moro, pelo Telegram. De posse das mensagens passou para o jornalista Glenn Greenwald, que deu visibilidade aos conteúdos do segredo dos operadores da Lava Jato. O fato ficou evidente e não houve mais como recuperar a credibilidade do Juiz, dos procuradores. Mas somente em 2021 o Supremo Declarou Sergio Moro como Juiz Suspeito.

O resultado das ações desses membros do judiciário foram vinte acusações contra Lula, todas inocentadas. Mas ele perdeu sua esposa Marisa Leticia, que não aguentou a pressão, perdeu seu irmão, não pode ir ao velório porque foi proibido pela justiça. Somente na morte do neto conseguiu ir ao velório e dizer, “vai tranquilo que vovô vai provar tudo que estão fazendo contra mim”. O resultado de toda a trama jurídica: mortes de indígenas, devastação da Amazônia, milicianos armados e matando políticos de esquerda, dinheiro da saúde roubado. Talvez em vinte anos se recupere os direitos perdidos, menos as vidas que se foram por dinheiro.

Referencias

Faoro, Raymundo. Os Donos do Poder vl. 02, 10ª edição, editora Globo Publifolha, São Paulo, SP. 2000.

Janot, Rodrigo. Nada Menos Que Tudo, editora Planeta do Brasil, São Paulo SP. 2019.

Oliveira, Francisco de. A Nova Hegemonia d Burguesia no Brasil dos anos 90 e os Desafios de Uma Alternativa Democrática, FRIGOTTO e MARIA CIAVATTA (ORG) editora Vozes, Petrópolis RJ. 2001.

Sodré, Nelson Werneck. Introdução à Revolução Brasileira, Retratos do Brasil, Editora Civilização Brasileira S.A. Rio de Janeiro RJ. 1963.

Bandeira, Marcio Maciel. Artigo em PDF, baixado em 10/10/2021. 4642-texto do artigo-16031-1-10-20161210 (1). pdf. file://D:/Downloads/4642-Texto%20artigo-16031-1-10-20161210%20(1).pdf. (baixado em 10/10/2021).

<https://folhadolitoral.com.br/maconaria/a-independencia-do-brasil-e-a-maconaria> (baixado em 10/10/2021).

<https://mundoeducacao.uol.com.br/historiadobrasil/a-inconfidencia-mineira.htm> (baixado em 10/10/2021)

<https://congressoemfoco.uol.com.br/tema/corrupcao/janot-diz-que-proposta-de-acordao-com-empreiteiras-quase-acabou-com-a-lava-jato/> (baixado em 14/10/2021)

Mesa 18

El tablero geopolítico de la guerra judicial en América Latina

Franco Metaza

Alessandra Minnicelli

Eduardo Barcesat

Jorge Francisco Cholvis

Juan Martín Villanueva

María Eugenia Mercado

Tomás Angel Pérez Bodria

Jonnas Esmeraldo Marques de Vasconcelos

Jorge Vicente Paladines

Aránzazu Tirado Sánchez

FRANCO METAZA*

Dimensión geopolítica del *lawfare*

Introducción

El *lawfare*, definido como guerra judicial o guerra jurídica, nos permite identificar elementos propios de los conflictos bélicos para poder hacer una analogía exhaustiva de cómo impacta en la política y en las sociedades de aquellas naciones atacadas. En el caso del armamento, podemos decir que la principal artillería es el uso torcido del derecho para criminalizar a líderes políticos e interferir en los procesos democráticos. También lo son las alianzas de quienes detentan los poderes mediático y judicial, sean estos actores domésticos o foráneos. Es así como, bajo el pretexto de la lucha contra la corrupción y la defensa de la democracia, se impulsan procesos judiciales viciados en su origen que no resisten el más mínimo escrutinio legal, ya sea por inexistencia de delito, por falta de pruebas o de competencia. El campo de batalla de esta nueva guerra es América Latina, con casos similares en toda la región, insertados en un tablero complejo que deja entrever un accionar coordinado para poner freno a las corrientes progresistas latinoamericanas que impulsaron un proceso de integración regional soberano y un reparto un poco más equitativo de la riqueza durante las primeras décadas del siglo XXI. La exposición describirá la dimensión geopolítica del *lawfare* con el fin de efectuar aportes para reflexionar sobre su rol en la guerra judicial.

El campo de batalla: el continente americano

Para comprender los casos de *lawfare* en la región es importante empezar por hacer una breve referencia al contexto continental que se configuró luego de un hecho que marcaría un antes y un después en la política internacional: los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos. A partir de entonces, las prioridades de este país se centraron en

(*) Licenciado en Gobierno y Relaciones Internacionales. Realizó su tesis de grado sobre el Parlamento del Mercosur. Actualmente se desempeña como Director General de Relaciones Internacionales del Honorable Senado de la Nación (HSN). Participó de varias cumbres del G20 liderando la delegación de jóvenes de su país (México 2012, Rusia 2013, Australia 2014). En la actualidad está cursando sus estudios doctorales sobre Defensa.

la lucha contra el terrorismo en Medio Oriente, generándose el auge del unilateralismo. No obstante, Estados Unidos no se desentendería completamente de los asuntos de la región. El comercio y la seguridad serían dimensiones claves en los vínculos con América Latina y el Caribe. En cuanto a la primera, cabe señalar que un ejemplo claro de ello fue la iniciativa de la conformación del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), que se venía negociando desde 1994 y que se intentó concluir, sin éxito, en la IV Cumbre que se llevó a cabo en Mar del Plata, Argentina, en 2005.

Para ese entonces, en la región, asumieron líderes progresistas como Lula da Silva en Brasil, Néstor Kirchner en Argentina, Evo Morales en Bolivia y Rafael Correa en Ecuador, quienes, junto con Hugo Chávez –que ya gobernaba en Venezuela– comenzaron a compartir la estrategia de una integración regional con una perspectiva de autonomía y una mirada propia a los problemas de la región, así como también la búsqueda de mecanismos que pudieran dar solución a los mismos. Podría sostenerse que el “No al ALCA” simbolizó esta nueva visión regional.

Cabe recordar que en ese momento Estados Unidos estaba siendo muy cuestionado por la opinión pública internacional respecto de su política unilateral de lucha contra el terrorismo. La decisión de iniciar una guerra en Afganistán en 2001 (que finalizó este año con la retirada de las tropas estadounidenses y cuyas consecuencias estamos evidenciando hoy) y en Irak en 2003 no tuvieron el beneplácito del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Esto se tradujo en una división del mapa europeo en cuanto al apoyo a Estados Unidos y también en un cuestionamiento al principal organismo encargado de mantener la paz y la seguridad internacional, que perdura hasta la actualidad.

Desde otras latitudes, China ya aparecía como una amenaza a los intereses de Estados Unidos en la región en términos comerciales. El impulso del ALCA, en parte, debe leerse desde esta óptica.

Mientras tanto, los países de la región se esforzaban por encontrar nuevas respuestas para los problemas económicos y sociales que los aquejaban, diferentes a las que se habían promovido hasta entonces. Se buscó un modelo de desarrollo inclusivo a nivel nacional y la política exterior era considerada una herramienta a favor de este. Para ello era importante generar condiciones de autonomía y ganar margen de maniobra, lo cual explica, por ejemplo, la búsqueda del desendeudamiento con los organismos multilaterales de crédito.

Como lo expuso el presidente Néstor Kirchner en su mensaje de inicio del 125° período de sesiones ordinarias del Congreso de la Nación, el 1° de marzo de 2007: “... la integración latinoamericana es parte indisoluble de nuestra política exterior. Nuestra aspiración de integración, de reducción de nuestras desigualdades, de lucha contra el hambre y la pobreza, también son objetivos que se comparten con los países hermanos de nuestra región”.

Paulatinamente se fueron articulando políticas de cooperación y configurando diálogos de alto nivel entre los líderes de la región con un espíritu de regionalismo y una clara perspectiva de autonomía, ya que se entendía que en el nuevo sistema internacional que surge después de la guerra fría, era importante la inserción a partir de la conformación de bloques. Se fortaleció el proceso de integración regional, primero dotando de mayores mecanismos políticos al Mercosur, luego con la creación de la Unión de Naciones Suramericanas (Unasur) en 2008, y posteriormente con el surgimiento de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (Celac) en 2010.

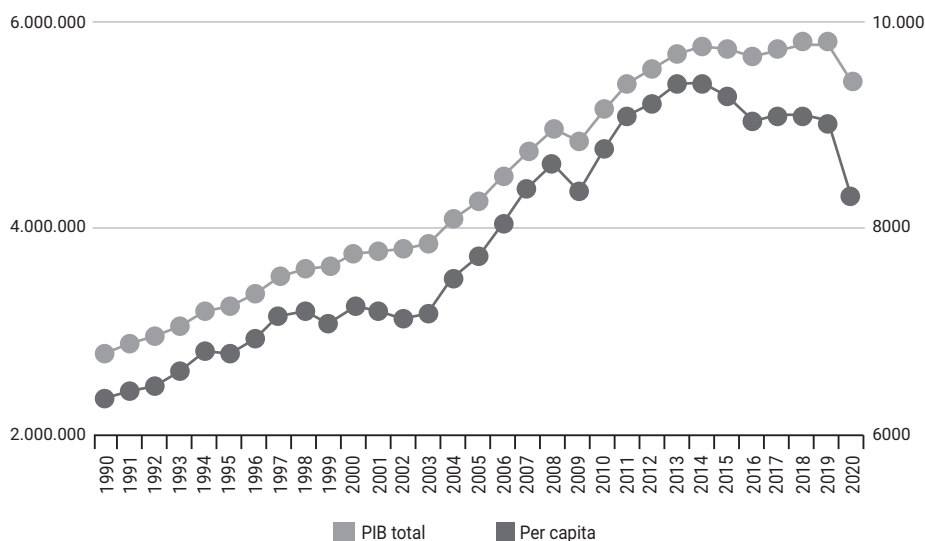
En cuanto a la dimensión de la defensa y seguridad, resulta interesante señalar que la Unasur se destacó por su rol en la mediación y resolución de conflictos regionales. Un hito interesante de observar fue el destacado rol que cumplió el bloque en el conflicto entre Venezuela y Colombia por el Acuerdo de Cooperación Técnica entre este último país y Estados Unidos, que implicaba la instalación de bases militares en Colombia. Venezuela consideraba al acuerdo como un peligro para su seguridad nacional. Colombia, por su parte, denunció a Venezuela ante la Organización de Estados Americanos (OEA) por injerencia en sus asuntos internos.

En respuesta, la entonces presidenta de Argentina, Cristina Fernández de Kirchner, convocó a una sesión extraordinaria de la Unasur en Bariloche el 28 de agosto de 2009 cuyo objeto era tratar temas de defensa y seguridad regional, pero que también implicaba debatir sobre el relacionamiento de la región con Estados Unidos. La mandataria definió la reunión afirmando que: “tiene una trascendencia que tal vez ni nosotros mismos alcancemos a vislumbrar, no solamente por las cuestiones puntual o puntuales que vamos a tratar aquí, sino porque creo que estaremos fijando también una doctrina de la Unasur en materia de ubicación de fuerzas extraterritoriales en nuestro territorio en distintos países”. También destacó la experiencia de Argentina, mencionando el caso de la instalación de las bases extracontinentales en las Islas Malvinas de manera unilateral y cómo falló en su aplicación el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), mecanismo en el marco de la OEA previsto para la asistencia mutua en caso de agresión de una potencia extranjera. La reunión extraordinaria fue transmitida en vivo por solicitud del presidente de Colombia, Álvaro Uribe; y contó con fuertes intervenciones por parte de Hugo Chávez y el mandatario colombiano.

Asimismo, es dable destacar el rol de la Unasur en la defensa del orden democrático. Los ejemplos más conocidos son los intentos de golpe de Estado en Bolivia en 2008 y en Ecuador en 2010. El caso de Bolivia fue uno de los primeros en donde se pudo visualizar la rápida capacidad de respuesta de la Unión y el compromiso de los líderes en torno a la defensa de la democracia en la región. En 2009, en las elecciones que se llevaron adelante en Bolivia, la Unasur participó, por primera vez, enviando una misión de observación electoral. Desde entonces, además de la OEA, la Unasur participó con este carácter en numerosas contiendas electorales.

Así, en el período de 2003 al 2015, América Latina se caracterizó por un fortalecimiento político y democrático. También fue un período donde la economía de la región creció más que en las dos décadas anteriores en conjunto y en el que su participación en la economía mundial pasó del 5% al 8%.⁽¹⁾

Figura 1. PBI total y *per cápita* en América Latina y el Caribe.



Fuente: Celac/Cepalstat.

Sin embargo, en 2008 se produce otro hecho disruptivo en el sistema internacional: la crisis financiera que se inicia en Estados Unidos por el derrumbe de la burbuja inmobiliaria en ese país, catalogada como la peor crisis económica luego de la caída de la bolsa de 1930. Se generó un derrumbe de la actividad económica y un fuerte aumento del desempleo que repercutió de diferentes maneras en el mundo. Los países desarrollados fueron los que sufrieron el impacto de manera inmediata. La Unión Europea vivió bajo la amenaza de desintegración a partir del impacto de la crisis financiera y la crisis del euro con el caso testigo en Grecia.

En cambio, la economía mundial tuvo un proceso de recuperación económica motorizada por los denominados "países emergentes", como China –que, para 2011 se posicionó como la segunda economía mundial–,⁽²⁾ Rusia e India, que conformaron luego los BRICS junto con Sudáfrica y Brasil. Este grupo de países constituyen el 24% del PIB mundial y el 16% del comercio mundial.

(1) Cfr. <https://statistics.cepal.org/portal/cepalstat/indicador-search.html?q=PANORAMA%20REGIONAL%20DE%20AM%C3%89RICA%20LATINA%20Y%20EL%20CARIBE&lang=es>

(2) <https://datos.bancomundial.org/pais/china>

Otros actores de otras latitudes

El aumento de las exportaciones regionales a China, junto con las mayores inversiones y acuerdos económicos de diferentes países de la región con ese país y los crecientes vínculos con Rusia, determinaron una diversificación de las relaciones internacionales latinoamericanas, lo que profundizó la percepción de Estados Unidos de la amenaza a sus intereses. Esto se pudo reflejar en documentos publicados posteriormente.

Al respecto, el informe del Comando Sur de EEUU de 2016 destaca que:

“... [EE.UU. debe] hacer frente a los competidores globales de fuera de nuestro hemisferio que operan estratégicamente y deliberadamente en el hemisferio occidental. En esta parte del mundo, las acciones de Rusia están directamente conectadas con sus esfuerzos globales más amplios para demostrar que Rusia es una potencia global capaz de desafiar el liderazgo de Estados Unidos y el sistema internacional basado en normas. La retórica de los funcionarios rusos, las visitas políticas de alto nivel y los compromisos de seguridad militar están diseñados para desplazar a Estados Unidos como socio preferente en la región”. (United States Southern Command, 10/03/2016)

Por otro lado, el mismo informe afirma respecto de China: “A diferencia de Rusia “el principal objetivo de China en la región es el comercio y la inversión. Sin embargo, China busca forjar relaciones de seguridad como parte de su estrategia para aumentar su influencia en la región. Los compromisos militares tienden a centrarse en el poder blando, con ofertas de formación en Pekín, visitas de alto nivel, donaciones de equipos y esfuerzos de diplomacia naval”.

En el 2017, el informe reconoce que:

“... [en] la última década, China [y] Rusia han establecido una mayor presencia en la región... Estos actores globales ven el escenario económico, político y de seguridad latinoamericano como una oportunidad para alcanzar sus respectivos objetivos a largo plazo y avanzar en intereses que pueden ser incompatibles con los nuestros y los de nuestros socios. Su visión de un orden internacional alternativo supone un reto para todas las naciones que valoran la no agresión, el estado de derecho y el respeto a los derechos humanos, que son los mismos principios que se aplican a los Estados Unidos”. (United States Southern Command, 06/04/2017)

Cabe recordar también que, en 2013, sale a la luz la denuncia de Edward Snowden, ex agente de Seguridad Nacional de Estados Unidos, sobre la red de espionaje de dicho país a nivel mundial, con Brasil, Bolivia y Venezuela (Maduro recientemente asumía el gobierno tras la muerte de Hugo Chávez) como principales afectados entre los países de la región. Es en este contexto que, por ejemplo, se produce el incidente del vuelo del entonces presidente Evo Morales al que varios países europeos le negaron permisos para sobrevolar su espacio aéreo por la sospecha de que el exagente de inteligencia estuviese a bordo.

Para mediados de la década de 2010, los principales países de la región se encontraban atravesando momentos políticos un poco más turbulentos, en un marco regional diferente a aquel iniciado en 2003. En 2014, en Brasil, Dilma Rousseff ganó las elecciones, pero en 2016 fue destituida mediante un juicio político con acusaciones sobre incumplimientos a la ley presupuestaria y denuncias mediáticas sobre su implicación en actos de corrupción en Petrobras, en el ámbito de la Operación Lava Jato. En 2015, a través de un decreto del presidente Obama, Venezuela fue declarada como “amenaza inusual” para la seguridad de Estados Unidos, lo que se mantiene hasta hoy (“Fact sheet: Venezuela Executive Order”, 9 de marzo de 2015).

Particulares circunstancias coinciden con que, a partir de esos años, en Argentina y Brasil comenzaron a ejecutarse las tácticas del *lawfare* para influir en los procesos electorales en curso, buscando criminalizar a los líderes progresistas a través de procesos judiciales irregulares (que más adelante serían, en muchos casos, dejados sin efecto por el propio Poder Judicial). Como resultado de ello, los nuevos gobiernos de derecha que se instauraron en la región (en particular, en Argentina y Brasil) reorientaron la inserción internacional de sus respectivos países y con ello comenzaron el proceso de desintegración de la Unasur. La OEA recobró así su papel como principal mecanismo de coordinación supranacional. En 2019, Evo Morales se vio obligado a dejar la presidencia por un golpe de Estado, lo que tuvo graves consecuencias sociales y políticas en su país. En ese marco, la OEA jugó un rol fundamental al declamar un fraude electoral que, *a posteriori*, se demostró que no existió.

Mientras tanto, a las complejidades de los últimos tiempos en el contexto internacional, se sumó la pandemia del Covid-19 iniciada en 2020, que vino a profundizar las diferencias y tensiones existentes entre Estados Unidos y China. Por un lado, se intenta hacer responsable a China de la propagación del virus; y por el otro, la administración de Trump evidenció una irresponsabilidad en el abordaje de la pandemia, en contraste con China, que lideró en lo concerniente a las medidas eficientes para la contención del virus y a las donaciones altruistas de insumos médicos necesarios. Pero las tensiones también se presentan con Rusia: un indicador claro de ello es que la vacuna Sputnik V aún no es reconocida en varios países. No obstante, la carrera por la vacuna tuvo mayores bemoles desde el momento en que la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró la pandemia de Covid-19. (Honorable Senado de la Nación, Dirección General de Relaciones Internacionales, 2021).

Otro de los temas claves del escenario actual es el cambio climático. El actual presidente de Estados Unidos, Joe Biden, en abril de 2021, convocó a una cumbre a partir de la cual formalizó la vuelta de ese país al Acuerdo de París del que se había retirado su antecesor Donald Trump, mostrando su interés de liderar esa agenda a nivel internacional. Este tema tiene un gran componente geopolítico teniendo en cuenta que China y Estados Unidos son los principales emisores de gases de efecto invernadero. En este

sentido, resulta clave ir observando los compromisos que los países desarrollados asuman y cumplan respecto de las acciones de financiamiento, adaptación y mitigación teniendo en cuenta a los países en desarrollo y a los pequeños Estados insulares en desarrollo, principales afectados por el cambio climático.

Ambos temas fueron los protagonistas de los discursos de los jefes de Estado ante la 76° Asamblea General de las Naciones. En ese marco se hizo mención del “acaparamiento de las vacunas” y la distribución desigual de las mismas entre los países desarrollados y los países en desarrollo, dentro de los cuales se encuentran los países de América Latina y el Caribe. En cuanto al cambio climático, se hizo un llamado a que los países desarrollados tengan en cuenta el principio de responsabilidades comunes, pero diferenciadas, y a que cumplan con sus compromisos de financiamiento adoptados en el Acuerdo de París.

La inminente y necesaria transición energética posiciona a América Latina como el teatro de operaciones principal en los próximos 30 años. Las grandes extensiones de tierra –tanto en zonas de clima megatérmicos como en zonas hiper ventosas–, la necesidad de inversiones extranjeras para el desarrollo, los bajos costos de montaje y producción, los recursos humanos calificados y la continua inversión estatal en investigación y desarrollo, las reservas de gas y petróleo necesarias para una transición energética ordenada, los recursos naturales que comienzan a escasear como el agua y la materia prima de los alimentos, los minerales que demanda la industria tecnológica, como el litio y el coltán, son entre tantos otros elementos, objetivos que caracterizan a nuestros países, lo que probablemente movilice a los operadores intelectuales del *lawfare*.

Como se puede observar, la región es una pieza fundamental en el tablero de la geopolítica internacional.

La política exterior de Estados Unidos en tiempos de *lawfare*

La lucha contra la corrupción se destaca como un pilar de la política exterior norteamericana durante las administraciones de Obama y de Trump, contexto temporal que nos ocupa en este análisis; aunque es una premisa permanente en la mirada que Estados Unidos tiene sobre otros países cuyos gobiernos no tienen una alineación absoluta a sus intereses. Un claro ejemplo de ello es Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (“Foreign Corrupt Practices Act” o “FCPA”).

La Estrategia de Seguridad Nacional

La promoción de los valores occidentales, tal como los definió Samuel Huntington en *El choque de civilizaciones*, han sido elementos de influencia que los Estados Unidos han

usado como caballo de batalla en su política exterior a lo largo del tiempo y de las diferentes administraciones. Si bien el ejemplo paradigmático de esta política puede encontrar su extremo en Medio Oriente, con las intervenciones en Irak y Afganistán, también puede observarse este modo de ejercer influencia exterior para con Latinoamérica, con especial énfasis en la lucha contra la corrupción.

Para citar algunos ejemplos, en el informe de la Estrategia de Seguridad Nacional⁽³⁾ (NSS, por sus siglas en inglés) enviado al Congreso en 2015, Barack H. Obama sostuvo: “[se mantendrá el] compromiso permanente con (...) la creación de nuevas coaliciones para combatir la corrupción y apoyar a los gobiernos abiertos y a las sociedades abiertas”. Asimismo, destacó que “[se utilizará] una amplia gama de herramientas para recuperar los activos robados por funcionarios corruptos y dificultar que los delincuentes oculten, blanqueen y se beneficien de las ganancias ilegales. Nuestro liderazgo hacia una gobernanza más abierta, responsable y con rendición de cuentas deja claro que la democracia puede ofrecer un mejor gobierno y desarrollo para la gente común” (The White House, 2015: 21).

Donald J. Trump no solo continuó esta política exterior, sino que la destacó como una acción prioritaria de la política comercial internacional de Estados Unidos. En el informe de diciembre de 2017 señaló: “[utilizando] nuestras herramientas económicas y diplomáticas, Estados Unidos continuará apuntando a los funcionarios extranjeros corruptos y trabajará con los países para mejorar su capacidad de luchar contra la corrupción para que las empresas estadounidenses puedan competir de manera justa en climas comerciales transparentes” (NSS, diciembre 2017).

Se explicita así abiertamente el objetivo comercial de la estrategia exterior estadounidense so pretexto de la lucha contra la corrupción.

En 2020, se publicó la Estrategia decenal para Prevenir el Conflicto y Promover la Estabilidad.⁽⁴⁾ Esta política fue elaborada de manera conjunta entre el Departamento de Estado, el Departamento de Defensa, el Departamento del Tesoro y la Agencia de Desarrollo Internacional (USAID). Allí se destacó: “Estados Unidos mejorará los programas específicos de ayuda exterior que abordan directamente la fragilidad, incluidos los que buscan fortalecer la cohesión social, combatir la corrupción, proteger los derechos humanos, promo-

(3) La Estrategia de Seguridad Nacional (NSS, por sus siglas en inglés) es un informe previsto por el artículo 603 de la Ley Goldwater-Nichols de Reorganización del Departamento de Defensa de 1986 (ley pública 99-433). La NSS debe ser enviada por el presidente al Congreso para comunicar la visión de la seguridad nacional del Poder Ejecutivo al Poder Legislativo. El informe debe incluir un análisis de los intereses, compromisos, objetivos y políticas internacionales de Estados Unidos, junto con las capacidades de defensa necesarias para disuadir las amenazas e implementar los programas de seguridad.

(4) Esta Estrategia se presentó al Congreso de conformidad con el artículo 504 (a) de la Ley de Fragilidad Global de 2019, que exige el desarrollo de una Estrategia de Fragilidad Global de diez años.

ver la reconciliación, movilizar la inversión y comprometer a los actores del sector privado en la consolidación de la paz, y reforzar las reformas críticas de gobernanza” (U.S. Strategy to Prevent Conflict and Promote Stability, septiembre de 2020).

Por su parte, el actual presidente Biden inició un proceso de revisión de la política exterior estadounidense con eje central en la lucha contra la corrupción. A principios de junio de 2021, el Poder Ejecutivo solicitó al Consejo de Seguridad Nacional la revisión de la política exterior para establecer la lucha contra la corrupción como un interés central y le ordenó “trabajar con socios internacionales para contrarrestar la corrupción estratégica por parte de dirigentes extranjeros” (“Memorandum on Establishing the Fight Against Corruption as a Core United States National Security Interest”, *The White House*, 3 de junio de 2021). El Memorándum de Estudio de la Seguridad Nacional firmado por Biden ordena que “[se] establezcan nuevas estructuras y dotaciones de personal, [se] mejoren la recopilación y el análisis de información, y [se] aumenten los recursos destinados a hacer frente a la corrupción en el país y en el extranjero” (“Establishing de Fight Against Corruption as a Core U.S. National Security Interest”, *The White House*, 3 de junio de 2021). En palabras del propio Presidente, “Estados Unidos liderará con el ejemplo y en colaboración con sus aliados, la sociedad civil y el sector privado la lucha contra la lacra de la corrupción (...) esta es una misión para todo el mundo” (“Statement by President Joseph R. Biden, Jr. on the National Security Study Memorandum on the Fight Against Corruption”, *The White House*, 3 de junio de 2021).

De este modo, la lucha contra la corrupción es un eje central de la política exterior de Estados Unidos, aunque cabe destacar que Joe Biden es el primero que también refiere a la corrupción propia estadounidense y convoca a liderar con el ejemplo.

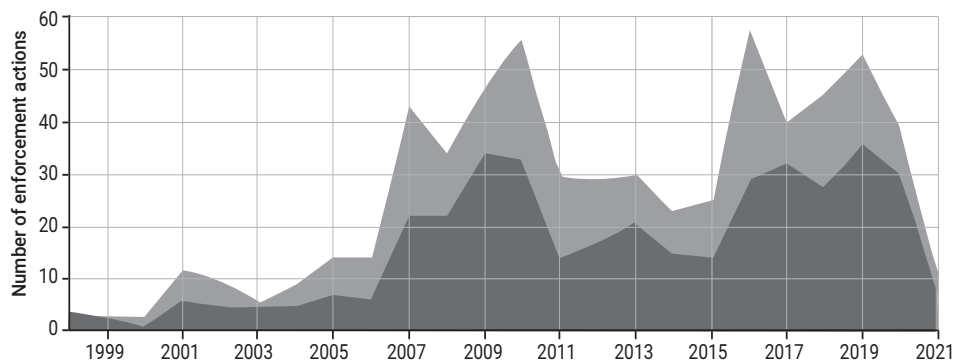
Aplicación de la FCPA (Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero)

Como una herramienta específica de esta política exterior, cabe destacar la aplicación de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, cuya finalidad es prevenir, investigar y sancionar actos de corrupción de individuos, empresas y funcionarios estadounidenses y extranjeros. La ley tiene repercusiones mundiales a través de acciones del Departamento de Justicia, la Oficina de Control de Activos Extranjeros del Departamento del Tesoro y la Comisión de Valores (“Securities and Exchange Commission” o “SEC”) (U.S. Department of Justice, Foreign Corrupt Practices Act of 1977) y se utiliza como un efectivo mecanismo de influencia.

El Centro de Intercambio de Información sobre la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse) de la Facultad de Derecho de Stanford

proporciona información sobre la aplicación de la FCPA. Por ejemplo, se puede advertir cómo aumentaron los casos de aplicación de la FCPA por parte del Departamento de Justicia y de la SEC durante los años 2010 y 2016.

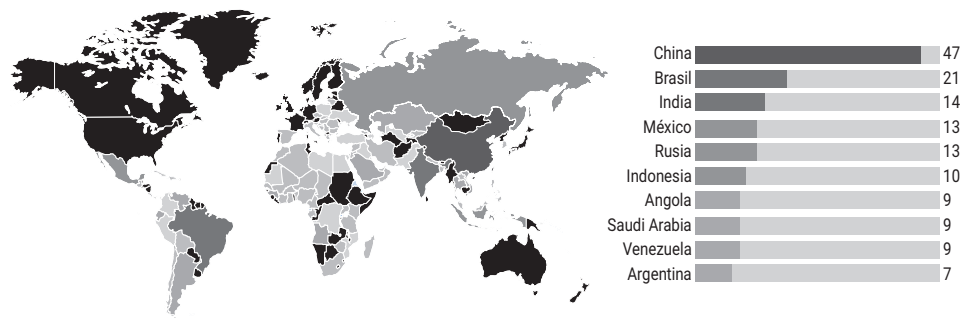
Figura 2. Acciones de aplicación del DOJ y la SEC por año. Período 1999-2021



Fuente: Centro de Intercambio de Información sobre la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse) de la Facultad de Derecho de Stanford.

El siguiente gráfico identifica las sanciones aplicadas por países, en base a la implementación de la FCPA en los últimos diez años. Brasil, México, Venezuela y Argentina son los países más afectados en tiempos coincidentes con la embestida del *lawfare*.

Figura 3. Localización de pagos indebidos por países. Período 2012-septiembre 2021



Fuente: Centro de Intercambio de Información sobre la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse) de la Facultad de Derecho de Stanford.

Por último, cabe citar el gráfico que identifica las diez mayores sanciones monetarias impuestas desde la sanción de la FCPA. Se destacan, en el primer y en el cuarto puestos, empresas implicadas directamente con la resonante Operación Lava Jato de Brasil.

Figura 4. Mayores sanciones monetarias de Estados Unidos por grupo de entidades

Oderbrecht S.A.	\$ 3.557.626.137
The Goldman Sachs Group, Inc.	\$ 2.617.088.000
Airbus SE	\$ 2.091.978.881
Petroleo Brasileiro S.A. - Petrobras	\$ 1.786.673.797
Telefonaktiebolaget LM Ericsson	\$ 1.060.570.832
Telia Company AB	\$ 965.604.372
Mobile Telesystems Public Joint Stock Company	\$ 850.000.400
Siemens Aktiengesellschaft	\$ 800.002.000

Fuente: Centro de Intercambio de Información sobre la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (*Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse*) de la Facultad de Derecho de Stanford.

Conclusión

El resultado de la implementación de las tácticas de *lawfare* llevadas a cabo en países como Argentina, Ecuador, Brasil y Bolivia ha sido la instauración de gobiernos que, lejos de combatir la corrupción, tuvieron como principales resultados de gestión el endeudamiento formidable, la fuga de la riqueza nacional a los paraísos fiscales y el desfalco del Estado. Las consecuencias de este accionar no solo impactan en términos macroeconómicos, sino que empobrecen a los pueblos.

El *lawfare*, si bien tiene elementos orquestados en cada uno de los países donde se aplicó, a diferencia de los golpes de Estado de los años 70 del siglo XX, que fueron todos idénticos en *modus operandi*, tuvo procedimientos variopintos. En Brasil se aplicó un golpe parlamentario similar al ocurrido en Paraguay. En Ecuador se apeló a la proscripción partidaria. En Argentina, a la defenestración política mediante un bombardeo mediático y judicial. Y en Bolivia, que fue el caso más grotesco, se generó violencia en las calles fogueada con la invención de un supuesto fraude electoral, obligándose a la dimisión al presidente y al resto de los funcionarios en la línea de sucesión presidencial mediante amenazas de muerte.

Es importante observar que no es lo mismo una política exterior definida en términos del interés nacional para que, a partir de allí, se genere una estrategia de inserción internacional en clave soberana, que una política exterior que se diseñe e implemente en clave de "realismo periférico". No es casual que durante los gobiernos de derecha que reemplazaron a los gobiernos populares se haya desarticulado la integración regional alcanzada. No obstante, lo descrito son algunas de las piezas de un tablero geopolítico en pleno movimiento. Como se pudo apreciar, actualmente la región tiene y tendrá un rol fundamental en los principales asuntos de la agenda internacional.

Las preguntas que surgen son: ¿cómo queremos interpretar ese papel que la historia le asigna a la región latinoamericana? ¿Debemos anhelar una reconfiguración regional con gobiernos populares en sintonía o debemos mantener un rumbo firme de acción política permanente, entendiendo que los ciclos concluyen y la alternancia es un elemento indisoluble de la democracia? Resulta fundamental lograr una organización política regional para que, independientemente de los turnos en los que nos toque gobernar, podamos defender, en suma, los intereses de la región.

Mientras tanto, el debate que nos propone este importante encuentro aporta a la visibilización de la existencia de la práctica de la guerra judicial enriqueciendo nuestra reflexión para poder trabajar en la generación de políticas, mecanismos y ámbitos institucionalizados que permitan poner fin al *lawfare* y a las perversas consecuencias de su implementación.

Referencias

Banco Mundial (BIRF-AIF). (s.f). Datos. China (línea histórica). <https://datos.bancomundial.org/pais/china>

Brics India 2021. (s.f). <https://brics2021.gov.in/about-brics>

Cámara de Diputados de la Nación Argentina. (s.f). *Mensajes Presidenciales de Apertura de Sesiones Ordinarias ante la Asamblea Legislativa. Versión taquigráfica de la Asamblea Legislativa del 1 de marzo de 2007.* https://www.hcdn.gob.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/archivos/2007-03-01_Mensaje_Presidencial_Kirchner.pdf

Cepal. (11/03/2021). *Financiamiento para el desarrollo en la era de la pandemia COVID-19 y después. Informe especial COVID-19*, (10). <http://hdl.handle.net/11362/46710>

Cepalstat. Base de Datos y Estadísticas. <https://statistics.cepal.org/portal/cepalstat/indicator-search.html?q=PANORAMA%20REGIONAL%20DE%20AM%C3%89RICA%20LATINA%20Y%20EL%20CARIBE&lang=es>

Fernández de Kirchner, C. (06/09/2015). Lucha geopolítica y cómo la crisis se traslada a los Brics (Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica). *Cristina Fernández de Kirchner. Unidad Ciudadana.*

<https://www.cfkargentina.com/lucha-geopolitica-y-como-la-crisis-se-traslada-a-los-brics-brasil-rusia-india-china-y-sudafrica/>

----- (28/08/2009). CFK en la Cumbre Extraordinaria de Unasur 2009 (apertura e intervención de Cristina en la Cumbre Extraordinaria de UNASUR, 28 de agosto de 2009, San Carlos de Bariloche, Argentina). *Cristina Fernández de Kirchner. Unidad Ciudadana*. <https://www.cfkargentina.com/cfk-en-la-cumbre-extraordinaria-de-unasur-2009/>

Honorable Senado de la Nación, Dirección General de Relaciones Internacionales. (2021). *Diplomacia de las vacunas*. Autor. <https://www.senado.gob.ar/micrositios/RIinternacionalesObservatorio>

Huntington, S. (1997). *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*. Paidós.

Stanford Law School Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse. <https://fcpa.stanford.edu/index.html>

The White House. (03/06/2021). Fact Sheet: Establishing the Fight Against Corruption as a Core U.S. National Security Interest". <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/06/03/fact-sheet-establishing-the-fight-against-corruption-as-a-core-u-s-national-security-interest/>

----- (03/06/2021). Memorandum on Establishing the Fight Against Corruption as a Core United States National Security Interest. <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/06/03/memorandum-on-establishing-the-fight-against-corruption-as-a-core-united-states-national-security-interest/>

----- (03/06/2021). Statement by President Joseph R. Biden, Jr. on the National Security Study Memorandum on the Fight Against Corruption. <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/06/03/statement-by-president-joseph-r-biden-jr-on-the-national-security-study-memorandum-on-the-fight-against-corruption/>

----- (09/03/2015). Fact sheet: Venezuela Executive Order. <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2015/03/09/fact-sheet-venezuela-executive-order>

----- (11/08/2021). President Biden to Convene Leaders' Summit for Democracy. <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/08/11/president-biden-to-convene-leaders-summit-for-democracy/>

----- (15/09/2021). <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/09/15/statement-by-president-joseph-r-biden-jr-on-the-international-day-of-democracy/>

----- (febrero de 2015). National Security Strategy. https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/docs/2015_national_security_strategy_2.pdf

United States Department of Justice. (1977). Foreign Corrupt Practices Act [Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero]. <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>

United States Department of State. (17 de septiembre de 2020). Report to Congress Pursuant to Section 504(c) of the Global Fragility Act. <https://www.state.gov/report-to-congress-pursuant-to-section-504c-of-the-global-fragility-act/>

----- (febrero 2015). The Summit for democracy. <https://www.state.gov/summit-for-democracy/>

----- (s.f). U.S. Strategy to Prevent Conflict and Promote Stability. <https://www.state.gov/stability-strategy/>

United States Office of the Secretary of Defense. (s.f). National Security Strategy. Historical Office. <https://history.defense.gov/Historical-Sources/National-Security-Strategy/>

United States Southern Comand. (06/04/2017). Posture Statement of Admiral Kurt W. Tidd, Commander, before the 115th Congress Senate Armed Services Committee. https://www.armed-services.senate.gov/imo/media/doc/Tidd_04-06-17.pdf

----- (10/03/2016). Posture Statement of Admiral Kurt W. Tidd, Commander, before the 114th Congress Senate Armed Services Committee. https://www.armed-services.senate.gov/imo/media/doc/Tidd_03-10-16.pdf

ALESSANDRA MINNICELLI*

La tarea encomendada al Consejo Consultivo: cumplida y a la espera de las propuestas normativas

El art. 4 del Decreto 635/2020 estableció que un Consejo Consultivo para el Fortalecimiento del Poder Judicial y del Ministerio Público debía elaborar un dictamen con propuestas y recomendaciones, sobre estos temas: a) Corte Suprema de Justicia; b) Consejo de la Magistratura de la Nación; c) Ministerio Público de la Nación; d) eficaz cumplimiento del mandato constitucional respecto del juicio por jurados; y e) finalización del proceso de transferencia de competencias en materia penal no federal a la CABA y la manera de reasignar funciones a los recursos humanos con los que cuenta el actual fuero Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.

Sobre cada punto se expidió ese Consejo Consultivo. Aun hoy estamos a la espera del debate y las propuestas normativas no solo sobre el consejo de los expertos, sino sobre todos los temas que involucra una reforma judicial, algunos de los cuales señalare más adelante.

El Primer tema tratado por el Consejo de expertos fue el de la CSJN, donde se analizaron cuestiones relativas a:

- a. El establecimiento para la selección de sus integrantes, de criterios de diversidad de género y representación federal.
- b. Evaluación integral de las normas que reglamentan la competencia atribuida por la CN ya sea en materia originaria o bien por apelación ordinaria y extraordinaria.
- c. Análisis y eventual reformulación del sistema de desestimación in limine (certiorari).
- d. Análisis de normas en materia de audiencias orales para el tratamiento de los casos trascendentes.
- e. Trámite de los recursos y fijación de plazos procesales máximos para su resolución, particularmente, en materia penal".

(*) Alessandra Minnicelli, Abogada y Procuradora-Universidad de Buenos Aires (UBA) Argentina. Doctora en Derecho de la Universidad de Salamanca. Ex Síndica General Adjunta de la Nación. Directora Académica de Instituto de Capacitación e Innovación en Responsabilidad EDUFORS – (www.Edufors.com).

En este punto la propuesta de los expertos fue que se sancione una ley orgánica, “a efectos de terminar con la dispersión normativa que rige en la actualidad, regule de forma integral la estructura de la CSJN en lo relativo a su composición, organización, funcionamiento, jurisdicción y competencia”

Sabemos que el Poder Judicial en toda América Latina goza de una imagen deteriorada que ya no encuentra la explicación de sus problemas, la pregunta es: Es suficiente la forma de abordar el problema ¿? ¿Se adapta la reforma y la respuesta de los expertos a la realidad de nuestra democracia y a la capacidad de respuesta frente a sociedades que avanzaban en complejidad, dimensión y, por ende, en su demanda de acciones judiciales?

Breve Repaso

“Los sistemas legales latinoamericanos, en general se encuentran dentro de la tradición del derecho civil. Los elementos que muestran en común son influencias del sofisticado sistema del Derecho Romano, articulado con las reformas liberal racionalistas de los siglos XVIII y XIX en Europa.

La forma que fueron adoptando estos sistemas, mostraron cierta hibridez entre un derecho público basado en la separación de poderes norteamericana y francesa, y un derecho civil adaptado del Código Napoleónico de principios del siglo XIX” (Acuña 2002).

La separación de poderes latinoamericana, surgió con una preponderancia del Ejecutivo sobre los dos poderes restantes y, entre estos, del Legislativo sobre el Judicial, toda vez que, a la centralización del poder, propia de las características coloniales, se suman los aspectos centralistas del sistema francés y los mecanismos de control y equilibrio propios del sistema norteamericano.

Hay autores, Acuña 2002, que señalan, desde lo académico, la subordinación político-institucional del Poder Judicial primordialmente frente al Ejecutivo, con consecuencias tales como Politización de los conflictos, Desactualización normativa. Insuficientes recursos y capacitación y un Modelo judicial burocrático y excluyente.

Y en ese marco dos situaciones han ocurrido y pasan inadvertidas en el análisis de los expertos y de la propuesta de reforma o “reformita” judicial.

Uno es la Judicialización de la política y el otro es el debate sobre el Derecho en las democracias contemporáneas.

- Judicialización de la política

El profundo cambio que en la distribución del poder se ha suscitado a nivel mundial consiste en una transformación en el papel que juegan los tribunales y jueces en la judicialización de la política –esto es la mayor participación de jueces y tribunales en asuntos

políticos– y de los actores políticos en la politización de la ley, además de la creciente participación de la clase política en el terreno judicial.

“Podemos distinguir al menos tres maneras en las que los tribunales han tomado nuevos e importantes papeles en relación con las legislaturas. Primero, los tribunales se han visto cada vez más aptos y con mayores deseos de limitar y regular el ejercicio de la autoridad parlamentaria y ejecutiva imponiendo límites importantes al poder de las instituciones democráticas. Segundo, cada vez más, los tribunales se han convertido en el lugar donde se hacen las políticas significativas. Y, tercero, los jueces se han visto más dispuestos a regular la conducción de la actividad política misma –ya sea que se practique en o alrededor de las legislaturas, oficinas de gobierno o el electorado– construyendo y haciendo valer normas de comportamiento aceptable, tanto para grupos de interés y partidos políticos como para funcionarios electos o designados.” (Acuña 2002)

Vemos en el mundo un aspecto del fenómeno que hace años señaló Tocqueville sobre la política en Estados Unidos: la transformación de cuestiones políticas en cuestiones legales.

“En toda construcción de reglas generales o de aplicación futura puede haber desacuerdo sobre qué debiera ser el contenido de dichas reglas y la resolución de este desacuerdo no puede limitarse a ser resuelto en una disputa entre partes en litigio. La rivalidad entre estas ideas en competencia es intrínsecamente política en el sentido de que escoger una regla o interpretar la otra debe poder justificarse en cierto sentido ante aquellos a los que afecta la regla.” (Acuña 2002)

Naturalmente, sabemos que el argumento judicial nunca se expresa en términos partidistas, pero los argumentos sobre cuáles que reglas debieran adoptarse son argumentos políticos. En los tribunales, estos argumentos conciernen a la forma en que los textos legales y las decisiones previas se entenderán, o sobre los requisitos de la constitución o de algún otro concepto de justicia. Sin importar cómo se presenten, estas disputas son sobre con cuáles reglas debemos vivir y todo mundo tiene un interés en ver cómo se deciden.

Sabemos que los tribunales carecen de credenciales democráticas, no participan de los procesos deliberativos de toma de decisiones, y que si no ofrecen justificaciones razonadas tanto para sus decisiones como para cambios doctrinales tampoco están sujetos a rendición de cuentas por sus decisiones, no lo están en la misma forma que los funcionarios electos lo hacen.” Una decisión mal razonada no le acarrearía a un juez ser removido de la judicatura”. (Acuña 2002)

Ocurre que los tribunales ejercen autoridad para dar forma a decisiones políticas cuando las instituciones políticas están demasiado fragmentadas para detenerlas y este es un problema político democrático. Hoy las disputas jurisdiccionales en los sistemas federales –ya sean entre estados o entre un estado federal y el gobierno nacional– están

siendo resueltas por los tribunales. Esa fragmentación al dificultar respuestas legislativas coordinadas y efectivas proporciona lugar para que los tribunales tengan mayor libertad de acción.

Ocurre también que “las reglamentaciones legales sobre prácticas democráticas se han enfocado a desarrollar doctrinas constitucionales que les permitan a los tribunales reorganizar las prácticas políticas. La distribución del número de congresistas, el acceso a las urnas, el financiamiento de campañas y otros modos de reglamentar la vida política, por largo tiempo protegidos del escrutinio judicial por la doctrina de la cuestión política, cayeron bajo creciente presión en el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial.” (Acuña 2002)

Las condiciones de judicialización de la política tienden a producir la politización de los tribunales y la toma de decisiones judiciales tiende a convertirse en política hecha por otros medios.

Como lo señaló Tocqueville hace tiempo, el sistema político americano está particularmente abierto a la formación y proliferación de asociaciones y grupos de interés. Así, han surgido grupos de interés legales cuyo objetivo es desarrollar posiciones jurídicas que se corresponden con a sus preferencias partidistas o ideológicas o económicas que reclutan y forman abogados para proponer estos puntos de vista y colocarlos en posiciones de poder legal. De las experiencias más recientes tenemos ejemplos: la creación y actuación judicial de la Asociación para la Defensa de la Competencia. Estas organizaciones han sido sorprendentemente efectivas al perseguir sus intereses políticos dentro del terreno del derecho.

Por otro lado, los fiscales a todos los niveles son nombramientos políticos naturalmente –por mínimas mayorías partidistas–. “Las decisiones persecutorias, en tanto involucran el ejercicio de juicio en un mundo de escasez e incertidumbre, deberían sujetarse a un principio democrático de rendición de cuentas”. (Acuña 2002) Nada de esto se contiene con la reforma que tratamos ni surge analizada por los expertos.

Cuando las condiciones son favorables para que los tribunales ejerzan poderes legislativos y ejecutivos, el riesgo es que las decisiones específicas de políticas se hagan en el ambiente judicial. Esto es políticamente peligroso. Para que esto no ocurra se requieren reglas claras para responder a asuntos técnicos, demanda de expertos conocimientos donde las normas profesionales puedan forjar el discurso de las políticas, por eso es importante el deslinde de los ambientes de actuación –político y judicial. Hoy vemos mucha precariedad desde los juzgadores en especial sobre el conocimiento en el funcionamiento del poder administrador vulgarmente llamado funcionamiento del Estado o de las administraciones, y este no es un dato menor, en los casos en que las causas tratan claramente de la judicialización de la política.

Lo judicial comenzó sufrir un profundo replanteo durante las décadas de los años setenta, ochenta y noventa en América Latina. Los formatos en primer lugar fueron demandas de la efectiva aplicación de la ley y, más tarde la del reconocimiento de la necesidad de llevar adelante profundas reformas judiciales que apunten a asegurar una mayor eficiencia y autonomía con respecto a los Ejecutivos nacionales.

“La primera etapa –segunda mitad de la década de los años setenta y década de los ochenta–, cuyo contexto se encuentra en las violaciones a los derechos humanos y el terrorismo de estado llevados adelante por las dictaduras militares latinoamericanas a partir de la década de los años setenta, estuvo liderada por Organizaciones de la Sociedad Civil o No Gubernamentales (ONGs) cuyo foco se centró en la defensa de los derechos humanos y en la necesidad de evitar la impunidad de los responsables de sus violaciones. Las demandas apuntaban al respeto de derechos y a la búsqueda de justicia.

La segunda etapa –década de los años noventa–, tuvo como contexto el reconocimiento por parte de los Bancos Multilaterales de Desarrollo, BMDs – Banco Mundial, BID, que las reformas macroeconómicas sólo pueden producir resultados favorables y sustentabilidad a largo plazo. Bajo este ropaje se buscaron reformas estructurales llevadas a cabo en un ambiente con gobiernos democráticos, precisas regulaciones económicas, participación activa de los sectores más afectados por estas políticas, funcionarios públicos y un sistema político descentralizado capaz de generar mayor fiscalización sobre el accionar gubernamental.

Este fue el momento paradigmático del buen gobierno o *good governance* que apareció como un objetivo o precondition política-institucional, necesario para lograr los resultados que las reformas macroeconómicas y sectoriales no lograron producir por sí mismas. Dentro de esta temática, el Poder Judicial, su legitimidad y eficiencia, comenzó a ser reconocido como una pieza clave para el buen gobierno en general, y para un eficiente funcionamiento de los mercados en particular.” (Acuña 2002)

En ese momento, en nuestro país la nueva Constitución 1994 dio forma a cambios tales como: la autonomía funcional y autarquía financiera del poder Judicial. la Creación del Consejo de la Magistratura, órgano que quedó a cargo del nombramiento de los Jueces de los tribunales menores a la Corte Suprema, y de la administración de los recursos del Poder Judicial. Se modificó el proceso de selección de Jueces, estableciéndose concursos públicos a partir de los cuales el Consejo de la Magistratura eleva ternas al Ejecutivo, que a su vez remite uno de los nombres como propuesta al Senado de la Nación, el que, a su turno, en audiencia pública y por decisión de dos tercios de los Senadores presentes, otorga o niega el acuerdo a la designación. Y crea los jurados de enjuiciamiento para la remoción de Jueces inferiores.

La Constitución por otro lado dio también estatus constitucional, superior a las leyes, a una serie de tratados internacionales tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica, la Convención de los Derechos del Niño. Además de los nuevos derechos: resistencia a la opresión contra autoridades de facto, la iniciativa popular para el tratamiento de leyes, la consulta popular para decidir la aprobación de leyes, el derecho a la preservación del medio ambiente, el derecho del consumidor y el usuario, el derecho a interponer acciones de amparo frente a acciones que lesionen derechos y garantías constitucionales, el derecho al habeas data y el habeas corpus.

Sin embargo, la ingeniería de detalle para que este marco constitucional sea operativo no ocurrió, los magistrados mantienen un enfoque independiente y hasta artesanal de su trabajo, no han incorporado herramientas y técnicas básicas como la estandarización de procedimientos, los métodos de supervisión de desempeño administrativo o el establecimiento de metas y la cuantificación de la producción.

No son proclives a delegar oficialmente decisiones logísticas a gerentes profesionales o la de compartir personal de apoyo.

Es claro que, si la reforma no encuentra correlato en la identificación de medidas operativas para su implementación, es difícil encontrar también soluciones reales.

El proyecto de reforma de modernización de la administración de Justicia, trae consigo dos imposiciones como objetivos:

- La búsqueda de una mayor eficiencia y eficacia
- La búsqueda de una mayor autonomía

Sobre ellos se suman propuestas de: Aumentos presupuestario y salarial; – de instituciones propias orientadas al manejo administrativo de la función judicial, Consejo de la Magistratura, Judicatura, etc.; – Incorporación de equipos informáticos; – Reformulación de leyes sustantivas, procedimentales y organizacionales; – Racionalización de las jurisdicciones; – Capacitación del personal judicial y administrativo; – Adopción de prácticas y técnicas modernas de administración; – Introducción de nuevas categorías de personal judicial y administrativo; – Revisión de los sistemas de nombramiento y calificación de candidatos; – Introducción de sistemas alternativos de resolución de disputas -ADR – Introducción de criterios de desempeño y de supervisión.

No se advierte que la reforma alerte, ni corrija, ni haya debatido la influencia Actores público-estatales exógenos judiciales –internacionales y extranjeros–, gubernamentales – como AID– y Organismos Multilaterales de Desarrollo –BM, BID y FMI, que son quienes han sido consistentes en influir sobre las reformas judiciales.

Si tenemos en cuenta que el “interés en las Reformas Judiciales se dispara a partir de 1993 en el Banco Mundial (BM), y de 1994 en el Banco Interamericano de Desa-

rollo (BID), cuando comienzan a modificar sus mandatos en una dirección que acentúa consignas como :la necesidad de participación de la sociedad civil, transparencia y fiscalización en sus operaciones y en la gestión pública, vemos que estos nuevos mandatos fueron consecuencia de la baja performance que mostraban las carteras de préstamos.” (Acuña 2002)

Vemos también que el mejoramiento que se buscó en la implementación y resultados de los préstamos se enmarcaba en el proceso de reformas estructurales pro-mercado que se había generalizado a partir de la década de los años ochenta que se profundizado durante el principio de los noventa con los programas denominados de “segunda generación” con el objetivo de asegurar condiciones político institucionales y sociales funcionales a la sustentabilidad de las reformas macroeconómicas.

La segunda ola de reformas apunto a modificar cuestiones como los servicios de salud, la flexibilización del mercado laboral, áreas de mejoramiento del transporte y de la gestión pública, y a fortalecer la capacidad institucional de gobierno, good governance, dentro de este aspecto se encontraba la necesidad de mejorar el funcionamiento de la Justicia. La segunda generación de reformas articuló, mandatos de participación y reforma político-institucional que se apartaban del comportamiento y estrategias tradicionales de los BMDs, y sirvieron de contexto al interés de los BMDs en las reformas judiciales.

Tampoco contiene la reforma, análisis y debate sobre los medios de comunicación masiva, que son actores claves con una función ambivalente. Usualmente con claros intereses como grupo económico, cumplen una función para-pública central en la formación de agenda y control de los actos de gobierno.

Sabemos que en toda América Latina tienden a mostrar gran concentración y poco control público,estatal y no estatal. Han jugado, y juegan, un importante papel de presión pro reforma judicial y jaquean el papel de la justicia cuando por medio del estilo de noticia aprovechan casos de denuncia y armado de causas para acompañar conflictos, esto que constituye un claro riesgo el debilitamiento de las instituciones judiciales , y esto no es analizado , como tampoco la situación de dependencia y presiones al Poder Judicial por parte del Poder Ejecutivo – referida al gobierno del Presidente Macri – que fuera denunciada por el relator especial de la ONU Dr. Diego García Sayán , lo que da una clara muestra de persecución , de disciplinamiento , de *lawfare* y de reemplazo de la administración de Justicia por una “justicia virtual, oportunista y politizada.

El segundo tema inadvertido por los expertos, por la reforma judicial y ausente del debate es:

- El derecho en las democracias contemporáneas. Un aspecto trascendente; porque se trata de una “carencia de pensamiento respecto al lugar del derecho en las democracias contemporáneas (Eiff-2020) -. Si claramente el derecho puede tener efectos democratizadores –mediante procesos de ampliación de la tutela jurídica–, “un marco de reforma

judicial debe hacer eje en la relación entre el poder judicial y los sectores populares, y debe analizar entre otros temas, el grave problema de la desigualdad en el acceso a la justicia” (Eiff-2020). Desde esta mirada, no es suficiente poner el foco solo en Comodoro Py, el problema central es entonces la relación entre justicia y democracia.

Si pensamos en el sistema judicial como un aparato burocrático cuya legitimidad está dada por la realización del derecho, “es la búsqueda de ese objetivo la que habrá de perseguirse para que el Estado, el derecho y la democracia se conjuguen y logren eficacia en el mejoramiento del mecanismo burocrático de una institución” (Eiff 2020). Si no es así, el debate es otro y pasa por revisar si cumple su rol como poder del Estado en su función de apego positivista a la ley, a las normas y leyes positivas, y pasa también por revisar cual es la noción de justicia que nuestro Estado demanda, pero ese debate no está planteado.

Nos recuerda la doctrina que no hay que olvidar que la figura Estado de derecho sugiere, implícitamente, que no hay derecho sin Estado; en ese marco el proyecto de reforma judicial parece fallido porque soslaya lo primero y esencial: la idea de derecho y la idea de cuál es el lugar del derecho en nuestra sociedad, en una sociedad democrática.

A modo de conclusión

Seguimos viviendo el contubernio entre servicios de inteligencia, medios masivos de comunicación y jueces federales y sabemos que para ello no hace falta una reforma, que puede y debe desactivarse con autoridad y políticas claras desde el Poder Ejecutivo y Legislativo; una reforma del Poder Judicial requiere otro debate, otra mirada sobre el rol y la concepción general del Estado.

Creemos, como muchos, que las reformas judiciales exitosas sólo se alcanzarán “abandonando simplismos y mitos, y reconociendo la complejidad y limitaciones que enfrentar” (Eiff-2020), así como también reconociendo el valor de las oportunidades históricas que hemos vivido que ,muchas veces, surgen de la mano de situaciones de escándalos resultantes de lo peor del sistema que se busca modificar -basta recordar la renuncia masiva de los miembros de la CSJN en el año 2003-.

Hoy continua el *lawfare*, y la Reforma no lo contiene ¿Qué significa *Lawfare*? Significa un método de guerra donde la ley es usada como un medio para conseguir un objetivo político. ¿Cuándo nació? con el *Unrestricted Warfare*, un libro de 1999 sobre estrategia militar. “En 2001 el concepto comienza a ser manejado en ámbitos diferentes a las Fuerzas Armadas Estadounidenses, tras la publicación de un artículo escrito por el General de Fuerza Aérea, Charles Dunlap, de la Duke Law School. Estados Unidos, por medio de la USAID, es uno de los principales proveedores de asesoría para la reforma de los aparatos jurídicos en América Latina y el Departamento de Justicia estadounidense ha

estrechado en los últimos años los vínculos con los aparatos judiciales de la región -(Wollenweider ob cit 2017) y su incorporación en nuestro país ha sido facilitado por la última reforma constitucional que han tenido un impacto significativo en la judicialización de la política y en el progresivo abandono del rol del Estado en Nuestro País y el funcionamiento de los tres poderes.

Lawfare o guerra judicial, aplica al abuso del debido proceso, aplica en Argentina a todas las causas armadas por el régimen Macrista para perseguir selectivamente a dirigentes a políticos que participaron de un Gobierno nacional 2003-2015, que se dio la tarea de aplicar un modelo social nacional para salir de una crisis muy severa, logrando transformaciones importantes, enfrentando intereses poderosos en bien del pueblo argentino y en busca de la tarea de reconstruir el país y su potencial industrial y de desarrollo.

Y como se dijo ya en este encuentro por la imposición sesgada de normas internacionales de apoyo a las corporaciones extranjeras, la actuación de medios de comunicación monopólicos que manipulan y promueven la desilusión popular, con espionaje estatal ilegal, y todo ello direccionado a la persecución y encarcelamiento del enemigo elegido y a la destrucción de nuestras instituciones.

Referencias

Informe del Consejo Consultivo para el Fortalecimiento del Poder Judicial y del Ministerio Público– Decreto 635/2020

Acuña, Carlos H., 1995: "Sobre los Juegos, las Gallinas y la Lógica Política de los Pactos Constitucionales", en *La Nueva Matriz Política Argentina*,

Carlos H. Acuña (comp.), *Nueva Visión*, Buenos Aires, pp. 115-150.

C Acuña, G Alonso *La Reforma Judicial en América Latina: Un estudio político-institucional de las reformas judiciales en Argentina, Brasil, Chile y México* (academia edu 2003)

Carlos H. Acuña et al, *Nueva Visión*, Buenos Aires (versión extensa). Banco Mundial, 2000: "Sistema Judicial Argentino", Diagnóstico presentado en el Foro Nacional de discusión sobre la Estrategia con el País (Country Assistance Strategy) para el año 2000, Buenos Aires, 13 de marzo de 2000.

VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal, 8-11 oct. 2002 Panel: Las Reformas de Segunda Generación y su impacto sobre el buen gobierno: Experiencias comparadas de Argentina y México en los últimos veinte años La dinámica político-institucional de la reforma judicial en Argentina Carlos H. Acuña Departamento de Humanidades Universidad de San Andrés.

R. Bielsa y E. R. Graña, 1994: "El Poder Judicial de la Nación. Una propuesta de reconversión", en *La Ley*, Buenos Aires.

Eiff, Leonardo – Sobre la reforma judicial– 2020 URI: <http://repositorio.ungs.edu.ar/handle/UNGS/641>

Ferejohn, John Judicialización de la política, politización de la ley Instituto Hoover, Universidad de Stanford -Revista mexicana de ciencias políticas y sociales, ISSN-e 0185-1918, Vol. 45, N°. 184, 2002

Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas (FIEL), 1994: "La Reforma del Poder Judicial en la Argentina", mimeo, Buenos Aires.

Martins Zani Cristiano – Valeska Teixeira Zanin Martins– Valim Rafael – *Lawfare* " La guerra Jurídica – Astrea 2020.

Alessandra Minnicelli – *Lawfare* Otra Mirada – artículo en portal identidadcolectiva.com (2021)

Alessandra Minnicelli – *Lawfare* LA JUDICIALIZACION DE LA POLITICA EN AMERICA LATINA – presentación en zoom organizado por el Grupo Militando la Salud 28.05.2021 y como art. Bajo el título LA MENTIRA – USO POLITICO Y CONSECUENCIAS en el portal Identidadcolectiva.com.

Alessandra Minnicelli – PEDIDO DE INFORMES DEL RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS– artículo en portal identidadcolectiva.com (2021)

Alessandra Minnicelli -DE LAS CUESTIONES POLÍTICAS NO JUDICIALES artículo en portal identidadcolectiva.com (2021)

Oñati, Gipuzkoa, España, 6 y 7 de Abril. Tussie, Diana (comp.), 2000: Luces y sombras de una nueva relación. El Banco Interamericano de Desarrollo, el Banco Mundial y la Sociedad Civil, FLACSO-Temas, Buenos Aires. VII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal, 8-11 Oct. 20

Wollenweider, Camila y Silvina Romano. *Lawfare*. La judicialización de la política en América Latina (CELAG. Org)– 201.

EDUARDO BARCESAT*

Examen de la validez de los TBI y del CIADI

La recuperación de la soberanía legislativa y jurisdiccional de los pueblos de Latinoamérica y el Caribe

Introducción

He de proponer un examen sobre la validez o invalidez de los Tratados Bilaterales de Inversión, la sujeción que determinan los mismos adjudicando ley y jurisdicción a las reglas normativas de un órgano supranacional, el CIADI, la exigibilidad de sus sentencias, y –muy especialmente– la fuerza ejecutoria de esas sentencias y las vías de impugnación de las mismas.

El examen se realizará determinando la estructura jerárquica del orden jurídico, estableciendo las necesarias correlaciones entre el orden interno y el derecho internacional.

Como en todo lo que refiere al discurso jurídico, las inficciones de la ideología y de las estructuras del poder son objetivas –materiales, podría decirse– y la función del cientista social no es el de encubrir las, sino, por el contrario, dar cuenta de esas incrustaciones del poder y la ideología, desnudar y explicitar sus estructuras operativas y –si ello es posible– deconstruirlas. En esa deconstrucción radica el poder de la teoría social–.

Desde luego la teoría no opera sino en tanto que instrumentada en prácticas político-institucionales que llevan adelante las construcciones teoréticas. Sería ingenuo pensar

(*) Eduardo Barcesat: Profesor Titular Consulto UBA Convencional Nacional Constituyente año 1994 Abogado defensor de DDHH desde su graduación año 1962 Mail: ebarcesat@yahoo.com

que el sólo develamiento de una estructura de poder sea suficiente para operar su desmontaje. Se requiere de prácticas institucionales, de modificaciones en la macrofísica internacional del poder y eso comporta –lo ponemos de relieve– ***de un bloque social que porte e instrumente las prácticas de transformación.***

El denominado “uso alternativo del derecho” no se satisface, únicamente, en la búsqueda de la mejor normativa, de aquella que habilite la transición de una estructura de la dependencia a una de liberación y auto-determinación de los pueblos; se requiere de un bloque social con compromiso en esa liberación y auto-determinación para operar las prácticas político-institucionales transformadoras.

El poder de una teoría radica en su fuerza descriptiva y –si tiene esa potencia– en su capacidad anticipatorio de lo por venir.

Por tanto que es un compromiso del cientista social el logro del mayor rigor y consistencia epistemológica en los ensayos y propuestas que imbrican en los procesos de liberación y auto-determinación de los pueblos; en nuestro caso, de los pueblos de Latinoamérica y el Caribe.

A ese compromiso y pertenencia está destinado este ensayo de deconstrucción de la vigencia e imperatividad de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI en lo sucesivo), y de su instrumento de ejecución dominante, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI en lo sucesivo).

Del orden jerárquico del derecho positivo

El orden jurídico así lo enseñaba el Jefe de Escuela del positivismo jurídico, HAN KELSEN-, es el de un conjunto de normas con las características de un sistema; esto es, de una estructura jerárquica en el que la validez de las normas inferiores del conjunto deben hallar su razón de legitimidad en su reglada derivación de normas de jerarquía superior.

Desde luego, KELSEN fracasó en su intento de dar un fundamento último, puro y positivo, a la validez del derecho. Preñada su concepción de un criterio de auto-satisfacción de sus postulados y conceptos, tras dejar fuera el concepto de poder, por su impureza para una teoría normativa, se convirtió, a través de la “gründnorm”, o norma fundamental, como supuesto último y basal de la validez del derecho, en el arquitecto profano del más ficcional dispositivo de esquivar de la inmanencia del poder en la teoría del derecho.

No obstante, y como el mismo KELSEN admitiera, él no inventó nada en la teoría del derecho; simplemente sistematizó más de doscientos años de positivismo jurídico. De

allí la enorme eficacia descriptiva de su teoría que, con adeptos y críticos, dominó el pensamiento jurídico del Siglo XX.

Y es por esa profunda tarea de sistematización de la dogmática jurídica que habremos de adoptar sus aportes, de la nomodinámica, sobre el concepto de validez en el derecho, porque no sólo que son la sistematización más rigurosa del orden jurídico existente, sino porque habré de emplear ese rigor para el desmontaje de la pretensión de validez de los TBI.

Puede parecer paradójal –no lo es, anticipo–, que se adopten las aportaciones teóricas del jus-filósofo más influyente del Siglo XX, para la deconstrucción de los TBI, siendo que KELSEN fue el gran sistematizador del pensamiento jurídico elaborado (para ponerle una fecha, por arbitraria que sea), desde la formulación del Código Civil Francés, o napoleónico, en el que se inspiraron y siguieron su huella, los códigos civiles de los países de Latinoamérica y el Caribe.

Lo paradójal, acá sí, es que los TBI y el CIADI han sido **construídos e impuestos, a espaldas –como contracara– de ese orden positivo nacido y dogmatizado en los países centrales europeos, quebrantando, por tanto, el orden jurídico y la dogmática que desarrollaron e impulsaron durante más de doscientos años.**

De modo que lo transformador, lo revolucionario si es que cabe una expresión tan extrema y elevada, es rescatar esa normativa y dogmática bajo la que creció el capitalismo desarrollado, para deconstruir, en la teoría del derecho y en las prácticas jurisdiccionales, al instrumento dilecto de dominación del capitalismo desarrollado: los TBI y su órgano de poder, el CIADI.

Paso a describir la estructura jerárquica del orden jurídico.

La normativa superior reside, incuestionablemente, en el derecho internacional de los tratados.

Ese derecho supra-nacional se ha establecido, por el consenso de las naciones, configurando un conjunto normativo, que tras la ratificación e incorporación por los respectivos estados nacionales, inviste a sus disposiciones como contenidos a los que deben someterse las autoridades nacionales que operaron su ratificación e incorporación.

Por esa jerarquía normativa, los tratados internacionales establecen contenidos indisponibles por las respectivas autoridades nacionales; deben cumplimentar sus disposiciones y acatar las resoluciones que dicten los organismos jurisdiccionales previstos en los Protocolos Adicionales de dichos tratados internacionales.

Ahora bien, definamos el interrogante: ¿Todos los tratados internacionales tienen el mismo rango?; ¿Invisten igual jerarquía, v.gr. el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (1966/76), que los TBI?

La respuesta que doy a estos interrogantes es categórica y, aguardo, fundada: **no**.

Los pactos internacionales, como el invocado, son las normas más generales y superiores, por tanto, del derecho internacional; los TBI son normas particulares del derecho internacional y su validez depende de su concordancia con las disposiciones de las normas generales del derecho internacional.

La invocación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU; 1966/76), no es casual ni arbitraria. Es la norma superior del orden jurídico internacional en todo cuanto concierne a los derechos económicos, sociales y culturales, de los individuos y de los pueblos.

La cláusula rectora de este Pacto se enuncia en su Artículo 1:

1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.
2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.
3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el derecho de libre determinación y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.
4. A esa normativa deben corresponderse, en relación bi-unívoca, los TBI, y si el co-tejo acredita un absoluto divorcio, falta de correspondencia, entre lo establecido por la norma superior, el Pacto Internacional, versus las disposiciones de la norma inferior, el TBI, no puede sino concluirse en la invalidez de las normas particulares, los TBI.

Anticipo que no existe contradicción alguna entre las disposiciones del Pacto Internacional y la normativa de los Códigos Latinoamericanos y del Caribe; bien por el contrario, estos Códigos han resultado, como veremos, un ejercicio de anticipación de los derechos de los pueblos sobre sus recursos y riquezas naturales. Desde luego no es que pretenda adjudicarle a los autores del Código Civil Francés haber tenido la visión del futuro Pacto Internacional, sino que al delinear en forma consecuente el derecho del capitalismo desarrollado, anticipándose a las formas mercantilistas dominantes al tiempo de su imposición, no sólo aseguraron la permanencia normativa de sus disposiciones, sino que han brindado un magnífico instrumental normativo a los pueblos para que reivindiquen y ejerciten su soberanía en materia de ley y jurisdicción aplicables en las relaciones jurídicas internacionales.

Pero, como señalé al principio de este ensayo, ese arsenal normativo debe ser apropiado y ejercitado en las propuestas político-institucionales, para invalidar a los TBI, y esa apropiación/ejercicio requiere de un bloque social comprometido con el recupero de su derecho a la liberación y auto-determinación, como individuos y como pueblo. Sin esa incorporación e instrumentación en prácticas político-institucionales, la impugnación de invalidez de los TBI carece de sentido y función social, para convertirse en un mero ejercicio argumental.

No es ocioso recordar que KAREL VASAK, primer Director de Derechos Humanos de la UNESCO y recopilador, tanto de las dimensiones internacionales de los derechos humanos como de los fundamentos filosóficos de esos derechos, definió al derecho de auto-determinación de los pueblos como equivalente al derecho a la vida para los individuos.

Si vamos a existir como pueblos, si vamos a tener vida como tales, es menester ejercitar los derechos de la liberación y la auto-determinación.

Y –tengamos la firme convicción– no hay ningún derecho superior al de la existencia, como individuos y como pueblo.

No se trata de una formulación voluntarista e impregnada de metafísica jus-naturalista; bien por el contrario, nos estamos refiriendo a una norma positiva superior del derecho internacional, que comprende a todas las naciones y todos los pueblos.

Concluyo este punto del ensayo, referido a la estructura jerárquica del orden positivo, afirmando que toda interpretación, toda exégesis de normas y de obrares conforme a derecho, tendrá su vértice final de validación en la correspondencia con la señalada normativa superior del orden jurídico internacional.

Sobre la validez del derecho

Enseñaba KELSEN: la validez es el ser del derecho, su imperatividad, su fuerza ejecutoria.

Para que una norma inferior sea válida, debe satisfacer tres requisitos: a) emanar de un órgano competente; b) conforme un procedimiento reglado; c) un contenido adecuado o razonable.

La dogmática jurídica ha unido los dos primeros requisitos (órgano y procedimiento), bajo la nominación de “principio de legalidad”, reservando para el tercer requisito (correspondencia con la normativa superior), el de “principio de razonabilidad”.

Interrogar sobre la validez de una norma, por tanto, remite al examen de satisfacción de los requisitos de validez; esto es, su legalidad y razonabilidad.

Del control de legalidad

El examen de la legalidad debe determinar si la norma inferior ha sido adoptada por autoridad competente y conforme el procedimiento establecido en la normativa superior.

Es fundamental para este examen tener en cuenta las recientes incorporaciones constitucionales operadas en los países del continente (Latinoamérica y el Caribe), que determinan la nulidad total, absoluta e insanable tanto del acto de usurpación del poder político como de los actos y normativas dispuestas desde el ejercicio usurpativo del poder.

Y ahora, estas incorporaciones constitucionales se han visto ampliadas en su fuente y ámbito de validez, al ser receptadas como normas y principios del derecho positivo regional, tanto en el MERCOSUR como en el UNASUR.

Se trata de un cambio de signo en la ideología jurídica. Al paradigma positivista, fundado en la eficacia de los mandatos del usurpante, le sustituye un nuevo paradigma en el que la validez del derecho se corresponde con el respeto a la voluntad político-institucional de sus pueblos, únicos sujetos de derecho competentes para decidir las transformaciones sociales y conferir el mandato a sus representantes.

Un apotegma se deriva de este cambio de paradigma: **el derecho sólo se crea y sólo se aplica desde el derecho.**

Ya no hay principio de reconocimiento en el derecho internacional que pueda apartarse del mandato emanado de la conciencia jurídica de nuestros pueblos. Se sostendrá a los gobiernos legítimos emanados de la voluntad popular y no se reconocerá ni aceptará la usurpación como fuente de validez, ni de la autoridad usurpante ni de sus mandatos.

De este cambio de paradigma jurídico se derivan obligaciones insoslayables para el intérprete del derecho.

Su primer requisito es el de configurar la competencia constitucional de la autoridad que haya suscripto el respectivo TBI. Hablar de autoridad es, también, hablar de procedimiento. Por tanto, que se trata de examinar, previo a todo otro cotejo, si la autoridad que suscribió el TBI estaba constitucionalmente facultada y si siguió los procedimientos constitucionalmente reglados para la suscripción de un tratado internacional.

Como todo lo que refiere al control de legalidad, la determinación de la insatisfacción del requisito de competencia constitucional y del debido procedimiento, también constitucionalmente reglado, apareja, en caso de insatisfacción de dichos recaudos, la nulidad, total, absoluta, manifiesta e insanable del acto o disposición que hubiere implementado el TBI.

Si este fuere el caso –incompetencia del órgano y consecuente apartamiento del debido procedimiento constitucional para la adopción del TBI–, no es menester siquiera avanzar en el control de razonabilidad de las disposiciones del TBI, porque su pretensión de validez ha sido fulminada por el control de legalidad.

Como toda nulidad total, absoluta, manifiesta e insanable, es insusceptible de confirmación, ratificación o acto de subsanamiento alguno, aunque esa disposición de pretensión de subsanamiento provenga de autoridad legítima y con competencia constitucional.

Porque lo que es nulo de nulidad total, absoluta, manifiesta e insanable, no puede “ser” ni “existir” para el derecho.

Señalaba KELSEN que la nulidad siempre es de grado, porque requiere, en todo supuesto, de una autoridad competente que así lo declare y que hasta tanto no opere la decisión del órgano que invalide el acto de creación normativa, la misma seguirá vigente como si fuere derecho.

Desde luego esta afirmación se corresponde con el paradigma positivista en el que la eficacia de los mandatos, que fueren obedecidos aunque emanaren de un usurpante, otorgaba validez a estos actos de creación normativa.

El final sepultamiento de este paradigma operado en dispositivos constitucionales y en normas del derecho regional de Latinoamérica y el Caribe, impone también adoptar el apotegma que requiere legitimidad de origen para la autoridad que se pretenda tal. Si no se es autoridad legítima en el derecho, los actos de creación normativa no tienen otro destino que el de su descalificación, y nada puede mejorar o recuperar aquello que no es, que no existe, para el derecho; lleve el tiempo que lleve y el esfuerzo social que demande en su consecución. Porque esa, y no otra, es la senda del derecho.

Cabe afirmar como necesario corolario de lo expuesto que la acción declarativa de nulidad es imprescriptible, porque el decurso temporal no puede sanear ni mejorar lo que no es para el derecho.

Control de razonabilidad

Ahora examinaré el control de razonabilidad, tercer requisito de la validez de los actos de creación normativa.

En la dogmática y en las prácticas jurisdiccionales, el del control de razonabilidad es el que presenta aristas más difíciles.

De un lado, porque remite a la determinación de quién, o quiénes, tienen el facultamiento constitucional para ejercer el control de razonabilidad; por tanto, que la división de po-

deres es uno de los aspectos a considerar, y que conforme esa división de poderes los criterios de conveniencia y oportunidad de los respectivos actos es del resorte de quién tiene la competencia constitucional para su dictado.

Ingreso a la consideración de esta problemática.

Quien tiene la competencia constitucional para crear una norma, tiene igualmente competencia para anularla

El control de constitucionalidad de un acto se inicia con la actividad del órgano que tiene la competencia constitucional para crearlo. Es este órgano el obligado a ejercer sus potestades dentro de los límites reglados por el sistema jurídico positivo, con vértice en la constitución nacional y en los tratados internacionales incorporados al sistema.

Si el ejercicio de ese control de constitucionalidad fracasa, lo que comporta un desvío de poder nulificable, tanto los órganos de contralor, judiciales, de auditoría o de control de gestión, en el ámbito de sus respectivas incumbencias, tienen el deber de investigar el acto sospechado. Incluso los particulares, habitantes de la nación, tienen, cuando menos, la capacidad para denunciar y poner en marcha los mecanismos jurisdiccionales y/o de contralor administrativo para el examen de validez del acto repugnado. Decir que sólo el Poder Judicial tiene la potestad de anular los actos de los otros poderes es una simplificación que opaca la comprensión respecto de otras instancias de contralor de los actos de creación normativa. Es más, en diversos Códigos de Ética de la abogacía, se establece como un deber ético de los abogados el ejercicio del control de constitucionalidad de los actos del poder, en salvaguarda de la supremacía de las respectivas constituciones.

Por tanto, que en todo proceso de creación normativa, sea en el campo del derecho público o del privado, quien tiene la capacidad para crear la norma, general o particular, es el primer obligado a controlar la validez o constitucionalidad de su acto de creación normativa, y ejercer la función de anularla si advierte que se ha procedido con desvío de poder y contra derecho.

De este orden de consideraciones se deriva que tanto el Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo tienen el deber y la potestad constitucional de anular sus propias disposiciones si advierten que las mismas o bien han sido creadas por una autoridad ilegítima que usurpó atribuciones constitucionales que sólo competen a los poderes regulares de gobierno, u obraron lesionando disposiciones de superior jerarquía normativa.

Se debe aquí aclarar que anular no es lo mismo que derogar. Se deroga aquello que es válido pero que por cambios de criterio respecto de su conveniencia u oportunidad convocan a su derogación. En cambio, se anula cuando el acto no pudo, no debió ser gestado porque desde el inicio estaba impregnado de ilicitud, por incompetencia de la pretensa autoridad que lo impuso, o porque se advierte que su contenido repugna la normativa superior.

La función judicial de control de constitucionalidad

Es preclara la incumbencia constitucional de los poderes judiciales de todas las naciones para ejercer el control de validez de los actos emanados de los otros poderes.

No obstante la potestad incuestionable de los poderes judiciales para ejercer ese control de validez, una perniciosa ideología jurídica ha generado el dogma de las denominadas “cuestiones políticas no justiciables”.

Por más que los textos constitucionales no definan ni nombren las cuestiones políticas no justiciables, extensos tramos de la dogmática jurídica han sido empleados en generar la imagen que estas construcciones ficcionales realmente existen.

En su mayoría, las invocaciones de las cuestiones políticas no justiciables ha acompañado a los procesos de usurpación del poder político, donde administraciones judiciales puestas al servicio del usurpante, han amparado su falta de compromiso con la supremacía del orden constitucional y del derecho internacional, invocando que se trata de “cuestiones políticas no justiciables” y que si ingresaran a revisar las decisiones del usurpante estarían ejerciendo las incumbencias de éste.

Se pasa por alto, en esta ideología, que el usurpante no es autoridad y que por tanto no tiene incumbencias constitucionales y que, en su caso, si algo puede y debe hacer una administración de justicia, enfrentada a una situación de excepcionalidad institucional, ese algo es acrecentar el control de constitucionalidad y no arrojarlo por la borda bajo invocación de “cuestión política no justiciable”.

Habremos de ver que en materia de TBI, los poderes judiciales de los países comprometidos han sido –son– francamente renuentes a ejercer el contralor de validez de estos TBI, lo que acredita la escasa capacitación y compromiso de quienes integran las respectivas administraciones de justicia.

Igual reproche puede enderezarse contra el ministerio público (fiscalías), que parecieran no advertir anomalías en estos contratos (TBI). E –incluso– en las propias oficinas jurídicas de los gobiernos (procuraciones generales del tesoro, etc.), las que no sólo que no han repugnado ni habilitado mecanismos de revisión de los TBI, sino que con injustificable docilidad frente al poder económico han “dictaminado” a favor de su existencia y pretendido convalidar las anomalías constitucionales; arquetípicamente, la resignación de la ley y jurisdicción nacional a favor de normativa y jurisdicción extranjera o supranacional.

De modo que debe realizarse un fuerte llamamiento a los integrantes del ministerio público fiscal, a las procuraciones del tesoro y oficinas de asesoramiento letrado de la administración pública, y muy especialmente a los jueces, para que ejerzan sus incumbencias constitucionales, sin ampararse en la doctrina ficcional de las “cuestiones políticas no justiciables”.

De la invalidez de los TBI

Conforme el marco teórico del punto antecedente examinaré el tema de la validez o invalidez de los TBI.

Del control de legalidad de los TBI

Este puede sintetizarse en el interrogante sobre qué validez puede otorgársele a un TBI suscripto por usurpantes del poder político.

La descalificación debe ser absoluta; quién no invista la calidad de autoridad legítima del Estado, conforme su respectiva constitución, no puede obligar al mismo.

Esta doctrina tiene varios antecedentes internacionales, prolijamente reseñados por un historiador y experto en el tema de la deuda externa de los países del Tercer Mundo (ALEJANDRO OLMOS GAONA;

“La deuda odiosa; el valor de una doctrina jurídica como instrumento de solución”, ed. Continente, Buenos Aires 2005).

Debe destacarse, en este sentido, la XIV Enmienda de la Constitución de EEUU, por la que se desconoció la validez y exigibilidad de los actos realizados por los gobiernos de los estados secesionistas, descalificados como autoridades cuyos actos no podían obligar a la Confederación. Así repudiaron la deuda externa contraída por dichas autoridades usurpantes, decisión esta convalidada posteriormente por la Corte Suprema de Justicia de los EEUU.

De nuestra parte, que ponemos especial énfasis en destacar que la invalidez de estos actos procede, más allá del destino de las deudas contraídas, por la nulidad ínsita en el obrar de toda autoridad usurpativa.

Tampoco es de admitirse el previsible contra-argumento que un Estado o empresa extranjera no puede ponerse a examinar los títulos de la autoridad nacional de otro país, que no es tema de su incumbencia definirlo como usurpante o como autoridad legítima. Por cierto, se trata de un argumento endeble y falso. La norma consuetudinaria del derecho internacional, conocida como principio de reconocimiento, atribuye al reconocimiento que hacen los otros estados la convalidación (validez) de las nuevas autoridades surgidas de un modo no previsto ni querido por el orden jurídico interno donde se produjo la alteración. Si ese principio de reconocimiento es ejercido –precisamente– “sin principios”, si se considera lo mismo a una autoridad emanada de la voluntad popular que al “gobierno” surgido de un golpe de estado, pues entonces que soporte las consecuencias quien ha igualado la excepcionalidad institucional con el Estado de Derecho.

Igual ocurre en el campo del derecho privado; son conocidos los axiomas jurídicos que quien contrata con un ladrón, sabiendo o debiendo sospechar de su condición de tal,

ninguna acción tiene en el derecho, que nadie puede transmitir un derecho mejor o más extenso que el que tiene, y que entre los otorgantes de un acto nulo ninguna acción tienen entre sí, para comprender que principios uniformes, receptados en el orden jurídico positivo, tanto en el campo del derecho público, como del privado, se erigen contra la pretensión de validez de actos jurídicos concertados sin justo título.

Por ello, que los actos de contratación de TBI realizados por usurpantes del poder político, son nulos de nulidad total, absoluta e insanable, que no pueden ser convalidados por autoridades legítimas sobrevinientes, siendo imprescriptible la acción de impugnación de estos actos, los que pueden ser anulados tanto por autoridad judicial como por los órganos con competencia constitucional para dictarlos bajo el Estado de Derecho.

Del control de razonabilidad de los TBI

Bajo el presupuesto que el TBI haya "aprobado" el control de legalidad, debe ingresarse al examen del control de razonabilidad; esto es, al examen de las cláusulas habituales en estos TBI.

Habré de señalar los puntos más importantes de impugnación:

Ley y jurisdicción aplicables

Es principio uniforme del derecho internacional privado que la ley y jurisdicción aplicables, tratándose de contratos internacionales, son la ley y jurisdicción del lugar en que se ejecuta la obligación principal; esto es, en materia de TBI, el país en el que se realiza la actividad productiva, sea de elaboración y comercialización de productos –mercancías– o de prestación de servicios.

Pese a esa uniformidad y a que se trata de principios jurídicos que han tenido su origen en los países de Europa central, esa uniformidad es quebrantada en los TBI, disponiendo que la ley es el propio TBI, sin normativa alguna superior que condicione su validez –razonabilidad–, y la jurisdicción la del CIADI, creado a imagen y semejanza de los TBI, admitiendo como única normativa de sujeción para la resolución de los conflictos la del texto del TBI y su jurisprudencia interna, desechando toda normativa de impugnación de las previsiones de los TBI que surgen, ciertamente, del derecho internacional general, de las previsiones constitucionales de los respectivos países, y de las disposiciones, uniformes en esta materia, sobre ley y jurisdicción aplicable del derecho interno de cada país. Peor aún, previendo razonables impugnaciones en esta materia, no sólo que se impone la renuncia a su invocación por el Estado afectado, sino que resuelve, por anticipado, que tales planteos no serán acogidos.

Los Estados ingresan a los TBI resignando un tramo de su soberanía, la de la ley y jurisdicción de aplicación.

No es menos infamante que la entrega de partes del territorio nacional, o que la sujeción a dominación colonial de una parte de su territorio; en definitiva, que todas ellas son parte integrante del concepto de soberanía. En efecto, no hay Estado sin un orden jurídico; orden jurídico que fue constituido en consonancia con las instituciones del derecho. Cuando se formalizan los TBI, la exigencia del poder económico es que ese derecho, que es parte también del derecho nacional al que pertenece el ente contratante, sean arrojados por la borda para entregar maniatado al Estado que recibe la inversión.

Así como en los contratos de derecho privado; v.gr. los mutuos con garantía hipotecaria, los instrumentos otorgados por los operadores del derecho, de los acreedores, saturan los respectivos instrumentos con cláusulas en las que el tomador del mutuo renuncia a todo, cláusulas que los tribunales han declarado nulas, lesivas y abusivas, los TBI se encuentran atiborrados de cláusulas de igual jaez, sólo que por la circunstancia que esas cláusulas de aborrecimiento del derecho han sido suscriptas por los representantes de los Estados y a favor de quiénes detentan el poder económico, guardan, los jueces silencio, miran para otro lado cuando se les propone el control de constitucionalidad, lo que habla a las claras sobre su falta de compromiso con el sistema jurídico y el concepto de soberanía.

Entiendo y sostengo que estas cláusulas de sumisión de la ley y jurisdicción de aplicación son nulas de nulidad total y absoluta, insusceptibles de ser convalidadas por tribunal y autoridad alguna, y causal suficiente y autónoma para tumbar la pretensión de validez del TBI en cuestión.

Ello, porque afectan al orden público constitucional que toda constitución establece. Vuelvo a decir que sería totalmente semejante a que por un TBI el Estado que recibe la inversión renuncia a parte de su territorio. No es menos gravosa la renuncia a la ley y jurisdicción de aplicación que la de la integridad territorial.

También debe decirse que la renuncia a la ley y jurisdicción no es para recibir una mejor legislación y una jurisdicción más competente, imparcial e idónea. Se renuncia para entregarse, someterse, a la "soberanía" del TBI, pautado como única ley aplicable y con el sacrificio de todo derecho que emerja del derecho internacional de los tratados, de las constituciones y de las normativas regulares de sus propios ordenamientos jurídicos. Consecuentes con su propia "gründnorm", los jueces y árbitros del CIADI no aplican otra ley que no sea el propio TBI y su jurisprudencia interna acerca de los TBI.

Se trata, incuestionablemente, de un círculo –no de tiza ni caucasiiano (Bertold Brecht)– sino de castración institucional que se les impone a los Estados bajo la sola invocación de la palabra –mágica y suprema– de "inversión".

¿Y qué es la inversión; qué debe entenderse por inversión?

Sobre la inversión

A poco que se examinen los TBI se advierte que la inversión, en la mayoría de los casos, remite a una actividad productiva fundada en el empleo de los recursos y riquezas, no renovables, de los países que reciben la "inversión".

Esto es, que los países que reciben la supuesta inversión son los que aportan los recursos y riquezas naturales, en su mayoría no renovables, o de largo período para su recuperado cuando son renovables, y el inversor lo único que aporta es el capital de inicio para movilizar esos recursos y riquezas naturales, que una vez convertidos en productos (mercancías) de consumo, son distribuidos; una parte para el país donde se producen las mercancías, y la otra parte –generalmente mayor– se destina a la exportación, en beneficio exclusivo de quienes sólo aportaron el capital inicial de movilización de los factores productivos.

La inversión, entonces, se reduce al capital que se aporta al inicio de la actividad productiva, con créditos de organismos internacionales, capital que se renueva y reproduce con natural facilidad aprovechando de los recursos y riquezas naturales, no renovables, o de lento recuperado, que son aportados por el Estado que recibe la "inversión".

Debe sostenerse, así lo propongo, que el empleo de recursos y riquezas naturales no renovables del país que recibe la "inversión", no puede considerarse inversión, porque en definitiva es emplear los recursos y riquezas naturales del otro, para una actividad productiva propia. Y eso no es una inversión, es una apropiación en provecho propio que perpetran las empresas y estados extranjeros.

La transferencia de tecnología

La empresa inversora aporta su tecnología productiva. Y la cobra como tal (royalties, patentes, know how, transferencia de tecnología en general).

Al así obrar, las empresas extranjeras quebrantan otro principio general del derecho: la prohibición del contrato con uno mismo.

En efecto, la empresa extranjera aporta y cobra sus diversas licencias o patentes para aquello que va a producir y comercializar en el país que recibe la "inversión". Casa central y sucursal. La misma empresa, más allá de la formal diferencia de personería jurídica. Por el empleo de esas licencias o patentes la sucursal efectúa pagos, que no son más que utilidades disfrazadas, que ni siquiera tributan por la actividad comercial que desarrollan, ya que las remesas operan y se contabilizan como gastos.

La empresa extranjera capta ganancias a través de la actividad productiva que desarrolla bajo el amparo del TBI, conforme el mercado que para sus productos implica la población del Estado que recibe la inversión. Cobra por la aplicación de sus patentes, y

consume los recursos y riquezas naturales del país que recibe la “inversión”, y para completar el círculo de castración del país colonizado, el TBI impone que la ley y jurisdicción son la propia del TBI; esto es, las del “inversor”.

Como se advierte, son varias las cláusulas de los TBI que imponen su anulación por la arbitrariedad absoluta, lesiva de la soberanía y del concepto de igualdad de los contratantes.

Del CIADI a un órgano regional de cooperación y resolución de conflictos

El reproche de invalidez de los TBI debe conducir a la exclusión del CIADI como órgano jurisdiccional supra-nacional de arbitraje y resolución de conflictos para los países de Latinoamérica y el Caribe.

No se trata de “mejorar” o “democratizar” al CIADI. Es un tribunal intrínsecamente nulo, cual epifenómeno de los TBI a los que presta servicio.

También –es necesario señalarlo– es ocioso todo planteo de impugnación de las resoluciones del CIADI, o que operando dentro de la lógica interna a este Tribunal pueda obtenerse una sentencia conforme a derecho. Cuando el tribunal en cuestión parte de una negación del derecho es contradictorio e ilusorio proponerle el respeto al derecho. Tampoco las resoluciones favorables en alguna escaramuza jurisdiccional pueden alentar expectativas de racionalidad jurisdiccional en este Tribunal.

Hay que sacarlo de su lógica propia, tanto mediante la anulación de los TBI como de la pretendida imperatividad de las sentencias del CIADI.

Para ello, el Estado afectado debe arbitrar los mecanismos nacionales de impugnación de los TBI y de la consecuente sujeción a la ley y jurisdicción del CIADI.

De los laberintos, sostenía el poeta LEOPOLDO MARECHAL, sólo se sale por arriba, no sometiéndose a su intrincado, atrapante y tramposo diseño.

Los países de Latinoamérica y el Caribe sometidos a la dependencia de los TBI deben llevar a sus tribunales nacionales la revisión y anulación de los TBI, con la consecuente pérdida de jurisdicción e imperatividad para el CIADI.

Se trata de un impostergable acto de recuperación de su soberanía; tan importante como preservar la integridad de su territorio.

El planteo jurídico es sólido y tiene más respaldo dogmático y viabilidad que las acciones del derecho interno que han llevado a la fulminación de nulidad de las cláusulas abusivas de los contratos privados.

Pero, para ello, hay que apropiarse el instrumental jurídico, convertirse, mediante esa apropiación/empleo del discurso del derecho, en sujeto y no mero objeto del derecho.

Es un tramo, sustantivo, del ejercicio del derecho de auto-determinación y a la independencia económica, sustentado en esa "Carta Magna", el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU; 1966/76), y en las cláusulas constitucionales y del derecho interno de los países de Latinoamérica y el Caribe.

Conjuntamente con esa impugnación jurisdiccional deben sostener, los países de Latinoamérica y el Caribe, que ninguna sentencia condenatoria respecto de los mismos puede ser ejecutada en el territorio nacional sin el inexcusable exequatur de un tribunal nacional.

Esta es la senda trazada por las doctrinas de nuestros prestigiosos juristas (CALVO, DRAGO), que actuaron con saber y compromiso en defensa de la integridad económica y soberanía de los nacientes estados nacionales de Latinoamérica y el Caribe.

Y esa tarea de defensa de nuestra soberanía e integridad económica se ve, ahora, favorecida y sustentada por una normativa internacional que respalda la liberación y auto-determinación de los pueblos de nuestro continente.

Sólo resta –nada menos– que la decisión de nuestros Estados para elevarse a la condición de sujetos de derecho.

A ese compromiso está destinado este aporte.

Cuanto sigue está destinado al bosquejo de un órgano regional de cooperación y resolución de conflictos que, auguramos, funcionará y tendrá como ámbito territorial de su competencia al UNASUR.

De la creación de un órgano regional de cooperación y resolución de conflictos para los países de latinoamérica y el caribe

Siguiendo los lineamientos y resoluciones adoptados en la Cumbre Latinoamericana, realizada en Quito, Ecuador (27-29/09/09), proponemos el siguiente esquema organizativo:

1. Ámbito de validez territorial:

Se propone que sea el de la CELAC; o, en subsidio, de la UNASUR y todo otro país integrante de la región (Latinoamérica y el Caribe), que resuelva adherir e integrar el órgano regional.

2. Incumbencias:

Se definen dos áreas de incumbencias:

2.1. La formulación de dictámenes y/o resoluciones sobre temas que les sean sometidos por los gobiernos nacionales de los países integrantes, o por organizaciones sociales representativas que desempeñen su actividad en el territorio de un país miembro.

Dichos dictámenes y resoluciones abarcarán los siguientes temas:

2.1.1. Examen de validez y auditoria de contralor de las deudas públicas (externas e internas) de los países miembros, sobre las siguientes bases:

- a.** Control de competencia constitucional de la autoridad que contrajo el empréstito.
- b.** Control sobre la legitimidad de los procedimientos seguidos por la autoridad que contrajo el empréstito.
- c.** Control de razonabilidad sobre el empréstito, lo que abarca el objeto del proyecto, la capacidad de repago del país que contrajo el empréstito, que el mismo se corresponda con incumbencias constitucionales del estado respectivo, que atienda al desarrollo humano y social sustentable, que las condiciones de pago sean equitativos conforme el mercado internacional de créditos, que se haya seguido una auditoria seria sobre el destino de los fondos.

2.1.2. Examen de validez y auditoria de contralor de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) suscriptos por el estado miembro, sobre las siguientes bases:

(idem, incisos a), b) y c) del acápite anterior), más:

- d.** Resguardo de la soberanía legislativa y jurisdiccional del país que suscribió el TBI, sea por su sujeción a la ley y jurisdicción nacionales, o por la aceptación de la competencia del organismo regional que prevé esta comunicación.

2.1.3. Todo tema que refiera al comercio y las relaciones bilaterales entre los países miembros.

2.2. La resolución de controversias que comprendan a dos países miembros, o a un país miembro con otro país ajeno al ámbito de validez territorial del órgano, pero que haya aceptado la competencia del mismo para la resolución de conflictos con el país miembro.

Las controversias comprenderán las siguientes áreas temáticas:

2.2.1. Toda controversia que se derive de los temas comprendidos en el acápite 2.1 de esta propuesta, a iniciativa del país miembro, de las organizaciones sociales representativas, o por derivación del dictamen o resolución emitida conforme las incumbencias del punto 2.1.

En todos los casos, la resolución de la controversia, conforme lo determinen los organismos competentes que se definen en la presente, tiene fuerza ejecutoria como laudo arbitral, renunciando los países miembros a exigir el exequatur por ante la jurisdicción nacional.

El incumplimiento de las sentencias ejecutorias que dicte la organización aparejará las sanciones que se determinen por el UNASUR.

3. Órganos:

Son órganos:

3.1. La Secretaría permanente, que tendrá las siguientes incumbencias:

3.1.1. Recibir y dar trámite a los requerimientos de dictámenes y/o resoluciones conforme los puntos comprendidos en el acápite 2.1 del presente.

3.1.2. Dar curso a las denuncias con pedido de pronunciamiento jurisdiccional vinculante, válidamente propuestas.

3.1.3. Convocar a la Comisión Asesora que se define en el presente, asegurando el seguimiento del tema y la producción del dictamen y/o resolución en un término prudente que fije la Secretaría permanente.

3.1.4. Comunicar a la o las partes interesadas el dictamen y/o resolución que se dicte.

3.1.5. Publicar los dictámenes o resoluciones que se dicten.

3.1.6. Disponer, en su caso, la elevación al Tribunal Arbitral, asegurando igualmente el seguimiento del tema y la producción de la sentencia ejecutoria y la efectividad de la misma.

3.1.7. Convocar al Tribunal Arbitral con la asignación de la controversia.

3.1.8. Asegurar la publicidad de las sentencias que dicte el Tribunal Arbitral.

3.1.9. Verificar la ejecutoria de las sentencias dictadas por el Tribunal Arbitral.

3.1.10. Comunicar a las autoridades del UNASUR en caso de incumplimiento de las sentencias del Tribunal Arbitral.

4. De la comisión asesora:

Será integrada por cinco miembros de países no involucrados en el pedido de dictamen o resolución.

Los miembros serán sorteados de una lista de candidatos propuestos por los países miembros, atendiendo a sus antecedentes curriculares y compromiso con los objetivos de la organización.

Reunidos por la Secretaría permanente, procederán a la designación del Presidente de la Comisión Asesora, quien tendrá la facultad de desempate en caso que hubiere dictámenes o resoluciones diversas.

La competencia de la Comisión Asesora se agota con la producción del respectivo dictamen o resolución.

Podrán aconsejar la elevación del tema al Tribunal Arbitral cuando entiendan que se requiere de una actividad jurisdiccional.

5. Del tribunal arbitral:

Será integrado por cinco miembros de países no involucrados en el pedido de resolución arbitral.

Los miembros serán sorteados de la misma lista prevista en el acápite anterior.

Elegirán un Presidente que podrá desempatar en caso necesario.

Emitirán su laudo arbitral, delegando en la Secretaría permanente el asegurar su ejecutoria.

6. Normativa de aplicación:

Son normas de aplicación para todas las incumbencias de los órganos:

6.1. Los tratados, internacionales y regionales, de derechos humanos.

6.2. Las resoluciones, normas y principios que adopte el UNASUR.

6.3. La normativa interna de los países miembros.

6.4. Los reglamentos y normas de procedimiento que se elaboren por la Secretaría permanente.

7. Principios de interpretación.

Serán principios rectores de interpretación, los siguientes:

7.1. Favorecer el desarrollo humano y social sustentable de los pueblos de Latinoamérica y el Caribe.

7.2. Afianzar su derecho a la autodeterminación y a la independencia económica.

7.3. Resguardar la titularidad de los pueblos sobre sus recursos y riquezas naturales, en consonancia con el concepto de "bien vivir".

7.4. Atender a la preservación del medio ambiente y el equilibrio ecológico.

7.5. Favorecer a la parte mas vulnerable, para igualar las condiciones de existencia social de los pueblos de Latinoamérica y el Caribe.

7.6. Fortalecer la soberanía regional.

EDUARDO BARCESAT*

Proyecto de convencionalidad y tipificación como delito del *lawfare*

Serán penados con prisión, por el tiempo que la ley nacional determine, con más la accesoria de inhabilitación a perpetuidad para ocupar cargo o función, en o ante el poder judicial, nacional o provincial, o función pública alguna, los magistrados, fiscales o defensores oficiales, de cualquier grado, que hayan tomado intervención, como autores, partícipes o encubridores, en causas penales, obrando con ánimo persecutorio e ilegalidad o arbitrariedad manifiestas, de las que resultare privación o lesión a la libertad individual de persona humana o perjuicios económicos derivados de medidas cautelares improcedentes y/o desmesuradas.

Se entenderá como ilegalidad o arbitrariedad manifiestas, cuando el funcionare obrare ostensiblemente en violación de las normas constitucionales, convencionales o procesales que regulan la defensa en juicio de la persona y los derechos, el debido proceso judicial, la presunción de inocencia de los afectados, o las competencias regladas de los jueces, fiscales o defensores oficiales.

La acción penal para promover denuncia o querrela por estos actos delictivos comenzará a prescribir desde la fecha en que se dicte sentencia condenatoria, en los procesos penales derivados del obrar jurisdiccional delictivo tipificado por la presente norma. La acción penal podrá ser promovida sin aguardar a que medie sentencia condenatoria firme pasada en autoridad de cosa juzgada, y podrá ser deducida por todo afectado cuando se haya dictado medida restrictiva de su libertad individual, o

(*) Eduardo Barcessat, Por: Eduardo S. Barcesat

(Profesor Titular Consulto, en los Departamentos de Teoría General y Filosofía del Derecho, y de Derecho Público II; Facultad de Derecho, UBA; Convencional Nacional Constituyente año 1994; Asesor Jurídico Externo de la Procuración del Tesoro de la Nación (años 2011-2014); Asesor Jurídico de la Presidencia de la H. Cámara de Diputados de la Nación (años 2011-2014); Conjuéz de la Cámara Federal de Casación Penal (2013-2015); Conjuéz de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (años 2013-2016)

generado perjuicios económicos derivados de medidas cautelares improcedentes y/o desmesuradas. Podrá ser deducida de oficio por los funcionarios públicos que hubieren tomado conocimiento del obrar presuntamente delictivo descrito por la presente Convención.

Serán pasibles de iguales penas los funcionarios públicos o particulares que hubieren prestado colaboración al obrar delictivo de los funcionarios judiciales, fiscales o defensores oficiales. La pena accesoria de inhabilitación a perpetuidad regirá igualmente para el desempeño de cargo o función pública alguna.

La responsabilidad civil por los daños provocados por los procesos judiciales penales derivados del obrar manifiestamente ilegal o arbitrario, será reclamable, de forma solidaria y mancomunada, contra todos los intervinientes en su producción.

La presente Convención regirá a partir de haberse logrado ratificaciones de países integrantes del Parlasur y que los respectivos Estados hayan depositado el ejemplar ratificado en su Secretaría. –

Fundamentos

Deviene indispensable proveer de una normativa marco que oriente, en el Continente Suramericano, la prevención y sanción del *"lawfare"*, o guerra judicial, en resguardo del Estado de Derecho, la supremacía constitucional y la convivencia democrática.

Es dable afirmar que a la perversa doctrina de la "seguridad nacional" que asoló a los países del Continente Suramericano, con sus prácticas de muertes masivas, desaparición forzada de personas, empleo sistemático de la tortura, reclusión en centros clandestinos y un absoluto cierre sobre la información pública de la suerte corrida por las víctimas, le sucede –ahora–, como variable de aniquilamiento y persecución de la persona humana, el empleo del arma judicial para obtener la privación de libertad "sine die", su destrucción política del adversario y su muerte civil, rodeado ello de mecanismos de humillación pública de la persona humana victimizada.

Es que los pueblos del Continente Suramericano, sus movimientos y organizaciones de derechos humanos, llevaron adelante campañas de información y movilización de los pueblos que, finalmente, posibilitó consagrar las Convenciones Interamericana e Internacional de prevención y sanción de la desaparición forzada de personas.

Ahora se trata, nuevamente, de implementar los mecanismos jurídicos para prevenir y sancionar la también perversa práctica del *"lawfare"*, resguardando así la vigencia del Estado de Derecho en los países del Continente Americano.

El derecho debe ser un instrumento de protección de las grandes mayorías populares, para que cuando éstas expresan mediante el voto su voluntad ciudadana de participar en todo lo público y político, así como también la elección de sus representantes, esa voluntad no resulte violentada por la perversa práctica del “*lawfare*” que, orientada y orquestada por quiénes detentan el poder económico y comunicacional, no pierdan o vean afectados sus privilegios de bloque dominante.

Como toda normativa, puede verse la superposición parcial de este proyecto de Convención, con figuras penales ya contempladas por el orden jurídico interno de cada país. El tema es concentrar en una descripción específica qué elementos objetivos y subjetivos deben ser convocados para prevenir y sancionar el empleo del “*lawfare*”. Igual ocurrió en el debate y final aprobación de las convenciones referidas a la desaparición forzada de personas.

Puede apreciarse ahora, en términos generales, una apreciable reducción del crimen de la desaparición forzada de personas. Ninguna norma de derecho, anticipamos, logra eficacia plena; si así fuera, resultaría innecesaria la norma jurídica; ésta siempre opera entre un mínimo y un máximo de eficacia.

Los pueblos del Continente Suramericano, titulares de los derechos de auto o libre determinación, a la independencia económica, con reconocida titularidad del conjunto de las riquezas y recursos naturales existentes en el territorio de sus respectivos países (Artículos 1.2 de los Pactos Internacionales de Naciones Unidas, de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), como expresión de esos derechos de soberanía merecen darse una Convención Regional que los proteja de esta nueva perversa práctica de dominación y sometimiento político que ha pergeñado, nefastamente, el bloque dominante.

JORGE FRANCISCO CHOLVIS*

Nueva arquitectura constitucional

Metodología y pautas

Proemio

Como anticipamos en el resumen de esta Ponencia, la metástasis que generan el endeudamiento externo y el *lawfare* como acción geopolítica, afectan la vida de los pueblos. Por lo cual, entendemos debe asignarse relevancia a la política exterior y contemplarse en la normativa constitucional.

Por ello, como veremos, proponemos se establezca en la Constitución un **Título** sobre Relaciones Internacionales del Estado y que impulse preceptos básicos para un nuevo derecho internacional cuyas normas sean reglas vinculantes. Hacia el objetivo de lograr un sistema jurídico internacional que coadyuve a resolver conflictos de endeudamiento externo, y concluir con políticas de *lawfare* y *fake news*. A partir de tal marco constitucional, nuestro país coadyuvará a impulsar un nuevo diseño a las instituciones de Naciones Unidas y una imprescindible política de democratización de los organismos internacionales, con equitativa participación de los Estados.

Existe un consenso internacional cada vez mayor en apoyo de la reforma de las Instituciones de Bretton Woods y del Sistema de las Naciones Unidas. En particular sobre la adopción de medidas relativas a la reforma de los sistemas financieros y económicos

(*) Cholvis, Jorge Francisco. Abogado – UBA. Constitucionalista e Historiador. Tiene a su cargo las materias "Derecho Constitucional y Ciencia Política", Universidad Nacional de Lanús, en las Carreras de "Justicia y Derechos Humanos" y en la de "Ciencia Política"; "Producción del Ordenamiento Jurídico Latinoamericano", en Ciclo de Complementación Curricular para Profesores de Historia y Ciencia Política, Universidad Nacional de Avellaneda; "Finanzas Públicas y Auditoría Pública", Universidad Nacional del Oeste; integra el cuerpo docente en la Diplomatura "Pensamiento Nacional y Modelo Argentino de Desarrollo", Universidad de San Isidro – Dr. Plácido Marín. Miembro del Instituto de Historia del Derecho, del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal - Argentina. Autor de numerosos libros y ensayos sobre temas de su especialidad.

internacionales, y a la mitigación de los efectos de la crisis en los países postergados y en sus perspectivas de desarrollo (Martin Khor, 2009).

Asimismo, entendemos necesario diseñar un **Título** que precise criterios de interpretación de las normas constitucionales, promoviendo que se consideren por el tenor literal que se ajuste a la Constitución en su integralidad; y en caso de duda primará el sentido que más favorezca la plena vigencia de los derechos.

En la senda hacia tales objetivos, por cierto, entendemos que para su diseño es imprescindible definir el procedimiento apto para alcanzarlos y la metodología, sus tiempos, las asambleas, y cómo se evaluarán todas las opiniones, a fin de plasmarlos en el Proyecto Nacional que debe ser la esencia de una nueva Constitución Nacional, acorde a nuestra realidad del siglo XXI.

En tanto, mientras avanzamos hacia la sanción de una nueva Constitución, sostenemos la imperiosa necesidad de impulsar una Doctrina Jurídica sobre el texto vigente, que con una interpretación constitucional de *lege ferenda* posibilite el pleno acceso y goce de los derechos humanos.

A efectos de explicitar estos conceptos preambulares, ingresemos al desarrollo de la temática que integra esta Ponencia.

El tiempo contemporáneo y una nueva constitución

1. El debate político en Argentina. Es necesario concluir con el proyecto conservador neoliberal que se restauró en la Argentina en diciembre de 2015, al servicio de las multinacionales, la oligarquía, el sistema financiero, que afecta gravemente el desarrollo económico y social del país; y por tanto al goce efectivo de los derechos humanos básicos. Sus consecuencias, en un evidente marco de pérdida de soberanía y ausencia de las necesarias medidas para el desarrollo económico-social fueron: destrucción del sistema productivo, cierre de pequeñas y medianas empresas, falta de trabajo, caída del salario real, desocupación y pérdida de conquistas laborales y sociales, aumento constante del costo de vida con descomunal incremento de las tarifas de servicios básicos, regreso al F.M.I. y el endeudamiento odioso e impagable.

Horas de derrumbe institucional y en perjuicio de las condiciones de vida de las grandes mayorías. Pero también marginación del estado de derecho en cuanto a las garantías individuales, que instalaron el fórum shopping de jueces amanuenses de los poderes fácticos y de *iure*; *lawfare*, *fake news* y *presos políticos*. Que duda puede haber sobre que el escandaloso proceso de endeudamiento afecta el derecho al desarrollo, y colocó a nuestro país en condiciones de extrema vulnerabilidad como nación soberana (Cholvis, Jorge Francisco, noviembre 2019).

Se vino desplegando desde los sectores concentrados del poder económico-financiero una utilización institucional sistemática como instrumento para la marginación de derechos y el despojo, y no sólo en Argentina. Siempre han existido noticias engañosas, pero a partir de la emergencia de Internet y de nuevas tecnologías de comunicación e información, las "fake news" han proliferado a lo largo y ancho del planeta. Pero también se ha señalado con acierto que "nunca como antes en la historia de América Latina, la prensa hegemónica estuvo tan sometida al poder económico y político, utilizando una gran cantidad de mentiras y operaciones" (Morales, Víctor Hugo, 2015). Instrumento del *lawfare* que desde ya puede ser definido como una persecución política por la vía judicial que tiene como objetivo la expulsión/anihilación de sectores, personalidades y proyectos de la esfera política formal; es decir -eliminar al adversario por la vía judicial-. (Conf., Romano, Silvina M y Tirado, Arannxa, 2018; véase, asimismo www.celag.org/wp-content/uploads/2017/03/lawfareT.pdf)

Por cierto, el *lawfare* implica un completo vaciamiento del derecho y es el uso estratégico del mismo para fines de deslegitimar, perjudicar o aniquilar a un enemigo. Como bien expresó Zaffaroni si el derecho es un instrumento al servicio de la paz, la expresión *lawfare* encierra una contradicción en los términos, pues nunca la guerra podría ser jurídica. En definitiva -y dicho sin ambages- se trata de una guerra, pero de una guerra al derecho" (Zaffaroni, Eugenio Raúl, 2020).

Si bien nuestro tiempo transcurre en el marco coyuntural de un proceso electoral cercano, no puede dejar de reconocerse que profundizarlo ha de permitir alcanzar necesarias coincidencias en importantes puntos que hacen a la faz estructural. Definir e impulsar un proyecto político para superar esta etapa que transcurre en Argentina, sin duda posibilitará avanzar hacia el Proyecto Nacional de los argentinos para el siglo XXI. **El debate coyuntural nos posibilitará alcanzar un nuevo diseño estructural.** Una nueva Constitución será el futuro de dicho proyecto.

2. El marco político e ideológico del discurso único del modelo neoliberal y del mercado como panacea es la **expresión del poder concentrado ejercido por los sectores dominantes, y el egoísmo e individualismo** han sido incorporados como pautas de conducta, llevando a la pérdida de la solidaridad social. Asistimos a un duro debate en el que confrontan las dos corrientes que en distintos tiempos y de diferentes formas luchan por predominar en la historia del ser humano. Dos modelos en pugna. En esencia es la disputa sobre la distribución del ingreso, del producto social; o sea, quienes serán los destinatarios del resultado de políticas socio-económicas. Confrontación que existe tanto en distintas zonas del planeta, como en el contexto regional y por cierto en Argentina.

No es una fragilidad circunstancial, pues como bien sostenía Sampay es una consecuencia que surge del plano de la Constitución **real**; o sea, la estructura de poder que prima en nuestro sistema político en beneficio de los dueños del capital y la tierra. Subvierten valores y ocultan necesidades básicas, para lo cual promueven una interpretación

maliciosa de objetivos tanto individuales como los colectivos que unen al ser humano en comunidad; y en el marco jurídico utilizan para ello una interpretación **estática** de la Constitución **escrita** vigente.

3. Nuestra Constitución atrasa. El lugar eminente que a su texto e interpretación realizan los sectores hegemónicos sobre el derecho de propiedad, se encuentra alejado de la evolución del mismo en el contexto de los derechos del ser humano. Por ello, no se puede dejar de tener presente que la Constitución Nacional aprobada en 1949 reconoció la propiedad privada sobre la base de su función social, y además consagró su intocable jerarquía. Pero, esa Constitución no cayó en desuso. Fue anulada por un **Bando** del gobierno **de facto** de turno. por un puro y simple acto de violencia política perpetrado en septiembre de 1955 contra un gobierno elegido por voluntad mayoritaria del pueblo.

Pero vayamos a la Constitución vigente. La reforma constitucional de 1994 si bien amplió una serie de derechos ciudadanos en el capítulo Segundo de la Primera Parte, titulado "Nuevos derechos y garantías"; y en la segunda Parte sobre "Autoridades de la Nación" instituyó en su capítulo Cuarto, como "Atribuciones del Congreso", varios principios avanzados proclives al goce de los derechos humanos básicos; sin embargo en su diseño dejó abierta la puerta para que la interpretación de dichas normas por los sectores del poder económico-financiero y mediático se siga realizando con el lenguaje de mediados del siglo XIX, revivido por el neoliberalismo **en pos de la apropiación oligárquica del excedente económico**, mediante la utilización de ortodoxas formas de acumulación financiera. **Lo experimentamos en carne propia los argentinos**. La única democracia que reconoce el poder hegemónico mundial es la del "Mercado" como panacea, y califica de autoritario, o populista al gobierno que estimule políticas heterodoxas en lo económico con distribución social de la riqueza.

La constitución debe integrar el debate contemporáneo

4. Toda Constitución se la ha de interpretar y considerar en el tiempo, en la realidad social, a la que van dirigidas las normas; está sometida al cambio histórico y éste, en ningún caso deja incólume el contenido de la Constitución. Por ello, la Constitución y el Derecho Constitucional deben estar atentos al devenir de los acontecimientos; más aún, dado el abismal desfase producido en los últimos años entre la realidad social y las instituciones, entre la normalidad y la normatividad constitucionales. "En el momento actual, las Constituciones se enfrentan a un doble reto. De una parte deben actualizar y profundizar el contenido de sus fines y valores, adecuándolos a los sociales, éticos y culturales vigentes. De otra, deben llevar a cabo una profunda transformación de las bases institucionales en las que se asientan los vigentes sistemas democráticos" (Jaurregui, Gurutz, 1998).

Por tanto, se debe señalar que el modelo “neoliberal” con el marco político e ideológico del discurso único evidencia sus perjudiciales consecuencias para el país y su pueblo. Es la expresión del poder concentrado ejercido por los sectores dominantes. Egoísmo e individualismo incorporados como pautas de conducta, llevan a la pérdida de la solidaridad y la crisis social. Ello se desarrolló y aplicó en el marco de la Constitución **escrita** vigente en Argentina, y en distintos países de Nuestra América en base a la generación de Constituciones sancionadas en la década del noventa del siglo XX.

5. Los proyectos sociales o públicos apuntan a mejorar la calidad de vida del pueblo. Un **proyecto social y político** identifica al conjunto de actividades orientadas a obtener un resultado que satisfaga las necesidades urgentes de una comunidad. Busca alcanzar un impacto en la calidad de vida de la población. Basándonos en el contenido del mismo es que lo llamamos **nacional, popular, democrático, integrado y federal**. Es el camino que deben recorrer los mayoritarios sectores populares para concluir con el proyecto neoliberal.

La lucha por lograr los objetivos coyunturales, y así resolver los problemas más inmediatos necesariamente lleva al plano estructural; discernir y debatir cómo se lo supera y se consolida una nueva etapa de “buen vivir” para la nación y el pueblo. Por todo ello, un proyecto de estas características necesariamente **debe estar en conexión con la Constitución**. Deben estar en estrecha unión. Si el proyecto fenece, puede decirse que ha fracasado; y si logra su objetivo la Constitución se ha de ajustar al mismo. Es el futuro del proyecto.

Es que la Constitución más que un instrumento jurídico es la institucionalización al más alto rango normativo de un Proyecto de Nación definido, compartido y apoyado por los más amplios sectores de la población. Por ende, el pueblo no puede estar ausente de esta problemática. Estamos en el siglo XXI donde debe tener plena vigencia la democracia social y participativa. No cabe sostener procedimientos y métodos del siglo XIX para lo que fue una sociedad simple y no participativa.

6. Es necesario plasmar el Proyecto Nacional que debe ser la **esencia de una futura Constitución Nacional**. Por tanto, cabe remarcar que para modificar la Constitución real que aún rige, es prioritario concretar la alternativa efectiva de poder político nacional que nos permita concluir con todas las causas que postraron a la Nación, y apartar a todos los sujetos que las facilitaron. Luego, el cambio de la Constitución real producirá -recién en ese momento- la necesidad de una Asamblea Constituyente que institucionalice con procedimientos y metodología adecuados, el Proyecto Nacional del país de los argentinos en una nueva Constitución escrita.

Con todo acierto en 1974 Perón señaló en El Modelo Argentino para el Proyecto Nacional que “el camino a seguirse para efectuar los ajustes institucionales necesarios deberá partir, naturalmente, de una reforma de la Constitución Nacional”. Ya en ese tiempo

remarcaba que “el País necesita ver materializado el Proyecto Nacional” (Perón, Juan Domingo, 2011).

Por tanto, para concluir con el modelo neoliberal es preciso desarrollar en esta etapa histórica, la **metodología y pautas** para implementar el nuevo Proyecto, con aportes desde una perspectiva *multidisciplinaria y pluri-sectorial*; la trascendencia del tema lleva a descartar desde hace mucho la alternativa que sostenga que el mismo sea encarado solamente por un sector social o político.

El Pueblo no puede estar marginado. Es inadecuado e injusto, y debe contar con una participación protagónica en la definición de la metodología, procedimientos y contenidos. De tal forma, es necesario que dicho debate sea *anterior a su tratamiento formal en el ámbito parlamentario*. Sostenemos que es imperioso adoptar respuestas y propuestas concretas sobre la problemática socio-política nacional, y sobre las pautas del Proyecto Nacional. **Es realizar la alta política que precisa la Nación.**

7. El **debate sobre la democracia** es, en las condiciones actuales, una controversia acerca de la legitimidad política y, por consiguiente, comprende las formas políticas e institucionales sin las cuales no se puede hablar de legitimidad. Pero también se transforma en una polémica respecto de la eficacia de la democracia. Los dilemas de la legitimidad política, como se refieren al rumbo, al sentido que la sociedad habrá de tomar, propician el debate sobre los grandes temas del desarrollo político y económico. La cuestión de la legitimidad política lleva así directamente al tema institucional, y al diseño del que sea mejor para lograr ese desarrollo

Este complicado panorama pone de manifiesto la necesidad de actuar rápida y eficazmente para cambiar la situación en que se encuentra el país, que no se corresponde con sus riquezas y menos aún con las perspectivas de vida que merece el pueblo argentino; por el contrario, se veda a grandes sectores de la población **el goce de una vida digna en comunidad**. No hay condición más cruel ni más deshumanizante que la pobreza extrema, como es el estado de carencia absoluta en que se hallan vastos sectores de escasos recursos. No existe esquema de asistencia social que resista esta dimensión, y entonces la violencia con miras de supervivencia o de compensación se constituye en una de las acechanzas posibles.

Cláusulas constitucionales y eficacia de sus preceptos

8. Las declaraciones de derechos que no van acompañadas por **medios, métodos y garantías** necesarios para realizarlas tienen como consecuencia directa que esos derechos concebidos para que accedan todos los seres humanos, no son más que derechos que el individuo goza debido a su posición y su función en los mecanismos de la economía.

Se puede afirmar que la prueba de la justicia o la injusticia de la sociedad es la manera en la que se responde a las necesidades generales por medio de las políticas públicas. La idea de justicia social es difícil de definir para quienes se niegan a supeditar su interés particular al interés de la comunidad. Su enunciado, técnicamente, puede tornarse abstracto, pero su simbolismo es sinónimo de nivelación equitativa y, en especial de oposición a todo privilegio derivado del poder, la riqueza o el oportunismo. “La justicia social acompaña a las necesidades crecientes de todo pueblo en su devenir histórico” (Figuerola, Francisco José, 1986, pp. 398, 408 y 432.). Como apuntaba Sampay, “dar a cada uno lo suyo” significa la obligación de promover en conjunto las condiciones para que cada uno de los miembros de la comunidad reciba lo que necesita para desarrollarse integralmente, y esto es lo suyo que a cada uno le es debido (Sampay, Arturo E., Buenos Aires, 1975, pág. 3).

El orden jurídico formal recibe en su ejercicio el condicionamiento negativo de la estructura socioeconómica y así se hacen **irrealizables** o se frustran para gran parte de los integrantes de la comunidad. Tal el caso del marginamiento social que impide a muchos satisfacer sus necesidades primarias de alimento, vestido, educación, vivienda y salud. El incumplimiento de estos derechos lleva de la mano al concepto de Constitución nominal. Y esa postergación que implica la no vigencia de los derechos incorporados en sus cláusulas afecta a la supremacía constitucional. Por consiguiente, toda Constitución requiere, tanto en cláusulas operativas como en las programáticas, que el estado promueva **un orden social acorde con la vigencia de los derechos subjetivos**, sean éstos catalogados como civiles, sociales y económicos o políticos.

9. Por cierto, **consolidar la soberanía** es, simultáneamente condición y objetivo del Estado Nacional. Nos encontramos con subordinación externa e independencia política formal. El endeudamiento exterior como base de la política económica; postergación del mercado interno y retroceso económico; extranjerización de la economía y desamparo de nuestros recursos naturales; aparición de numerosas sociedades *off shore* y “Panamá Papers”, o los actualmente descubiertos “Pandora Papers”; pérdida de soberanía jurisdiccional y la pesada coyunda acentuada por una arbitraria sentencia de un juez extranjero para favorecer a “fondos buitres”, dadas las políticas del ex presidente Macri.

Nuestras islas del Atlántico Sur carecen aún del amparo del pabellón patrio ante el hecho de fuerza sin resolver con el viejo imperio ocupante; y lo peor es que no existen todavía miras de tratarse la cuestión de soberanía anunciada por la ONU y apoyada por numerosos países, en franca decisión de terminar con el colonialismo en estas tierras del sur.

10. Siguiendo las enseñanzas de Sampay, analizaremos **qué entendemos por soberanía**. Sin duda, es deber de los juristas comprometidos con los intereses populares explicar la veracidad de los conceptos y las tendencias dominantes que sobre ellos se exponen. “El uso clínico del conocimiento debe conjugarse con el patriotismo constitucional que, en una sociedad dependiente, requiere órganos y estudiosos compenetrados

dos con la idea de la Justicia Política, estrella directriz que debe orientar la interpretación y valorización de las normas de derecho público” (Sampay, Arturo E, 1973, pp. 86/87).

Sampay advertía en 1972 que la Argentina, a despecho de contar con las condiciones objetivas –recursos naturales en abundancia– y con las condiciones subjetivas, población sana y de inteligencia cultivada para alcanzar un desarrollo autónomo de su economía y una comunidad de bienes modernos suficientes para todos, sin embargo se trata de una Nación de atrasado género de vida a causa que el desenvolvimiento de su economía es heterónimo; vale decir, que los intereses de afuera mirando a su exclusivo provecho le imponen las leyes de su dinámica social. En efecto, para lograr ese objetivo se adueñan de la explotación de sus recursos naturales, de su ahorro social, de la aplicación del trabajo del pueblo y en vez de hacer funcionar todos estos elementos con vistas a conseguir el bienestar de los argentinos lo hacen para obtener ganancias usurarias y remesarlas al exterior.

Anticipándose a la triste historia que padeció después la Argentina, en esa oportunidad Sampay denunciaba que durante años esa verdadera invasión desde el exterior se la propiciaba alabando las presuntas bondades de “la libre inversión extranjera”. Años después pregonaron la teoría “del derrame”, que cual panacea favorecería a todos aplicando la teoría económica “neoliberal”. Pero, por el contrario para vertebrar un desarrollo económico autónomo, lo que es decir una producción moderna, integral e independiente, la pieza maestra consiste en el pleno ejercicio de la soberanía nacional (Sampay, Arturo E., 1972, pp. 67, 68).

El concepto de soberanía como atributo de un estado sólo se puede analizar si se tiene presente que la esencia de ella está determinada en última instancia por su estructura económico-social. El **contenido de la soberanía** se encuentra regido por las condiciones concretas en que un estado determinado se exterioriza como tal. Los problemas que crea la dependencia exterior no pueden atribuirse a errores o deficiencias en la aplicación de la política “neoliberal”, sino a **factores estructurales** muy conocidos que esta no puede resolver, razón por la cual lo que urge es erradicar las causas que frenan el progreso económico y el bienestar social de las naciones.

11. La ecuación independencia política formal - dependencia económica real, por más que se la quiera marginar expresa la contradicción polar, característica de la sociedad internacional contemporánea. El primero de esos elementos apunta a los datos jurídico-institucionales que conforman el concepto de soberanía estatal; el segundo, en cambio, traspasa los velos de la estructura institucional y muestra una situación de subordinación, de falta de verdadera autonomía, que se contrapone al concepto legítimo de soberanía. La falta de independencia económica lleva a la pérdida de la independencia política, pues como actualmente se observa en muchos países, quien controla la economía de un Estado domina también su política nacional e internacional. Dependencia económica y dependencia política son dos **expresiones o facetas de un mismo fenómeno**, y una gravita sobre la otra merced a un incesante proceso de flujo y reflujo. Por

otra parte, **dependencia económica y subdesarrollo** operan como factores en directa interacción y aseguran la subsistencia de las estructuras que impiden una efectiva vigencia de la soberanía. La independencia económica **debe ser objetivo primordial** para terminar con esta situación.

El modelo correspondiente a la concepción tradicional de soberanía es el Estado integrado en lo político y en lo económico. El **estado subdesarrollado** conserva los atributos formales del autogobierno, pero las decisiones efectivas le son dictadas desde el exterior.

Cada proyecto de Nación asigna un determinado rol al Estado y en consecuencia es necesario insertar la cuestión en el contexto de **una Teoría general del Estado contemporáneo**. Y en primer lugar, el interés nacional exige la independencia del poder político de toda influencia extraña (Cholvis Jorge Francisco, agosto 2014). Confrontando ese concepto con la realidad de los países que padecen la **antinomia independencia política formal-dependencia económica real**, la definición tradicional revela inmediatamente su carácter abstracto y su falta de adecuación para reflejar una correcta relación entre la forma jurídica de la soberanía y el contenido económico-social en que ella se expresa.

12. El desmantelamiento del patrimonio y de las capacidades estatales de decisión soberana fue paralelo a la creación de un **entramado jurídico internacional** orientado a recortar adicionalmente la capacidad de decisión soberana de los estados dominados. No se puede dejar de tener presente que a partir del golpe de Estado de 1955 y especialmente durante los años noventa del Siglo XX, el país funcionó de manera prácticamente continua bajo las directivas y el estrecho seguimiento de un programa respaldado por el F.M.I., Banco Mundial y otras instituciones financieras internacionales. Ya no cabe discusión que esas instituciones financieras por distintos caminos **intervinieron en la formulación de las políticas económicas** que durante muchos años se aplicaron, en particular con los acuerdos "stand by", las misiones especiales, los créditos condicionados y los programas de "ajuste". Estos documentos se transformaron de tal modo en un soporte de máximo rango en la conformación de la **Constitución real, que somete y condiciona a la Constitución jurídica**. Sobre la base de dichos instrumentos el F.M.I. y el Banco Mundial asumieron una **disimulada función de co-redacción y vigilancia** del cumplimiento de los programas económicos de "ajuste". No cabe volver a transitar los mismos o parecidos caminos. Pues, por esas vías se ocasiona un desmedro sustancial en el ejercicio de su soberanía. La dependencia se manifiesta así en la transferencia de la decisión nacional en la confección de los programas económicos.

Pero también, es menester resaltar que en los países dependientes existe un grupo privilegiado de nativos, una **clase herodiana**, que apoderándose de los resortes de gobierno y manejando los recursos económicos del país, conservan esa dependencia, porque son quienes se benefician de las estructuras de producción y distribución de la riqueza social, por lo que reciben justamente el nombre de oligarquía.

La libre inversión de capitales extranjeros con la finalidad de máximas ganancias, el manejo del ahorro social a través de los bancos y compañías de seguros extranjeras, la “deuda externa”, la administración foránea de las fuentes energéticas, la dirección del comercio exterior por los monopolios internacionales, **configuran un país dependiente**; porque estos elementos arman una estructura económica que engrana, como pieza auxiliar con la estructura económica de los países dominantes de alto desarrollo.

13. Es claro que la **soberanía es un elemento determinante del Estado** y su ejercicio efectivo es un requisito esencial para que el país pueda dar respuestas propias en el escenario global. El orden jurídico impera en función de la soberanía. La soberanía sigue siendo una cualidad del poder y un elemento principal del Estado moderno. Los cambios operados en el campo funcional del Estado no han modificado su esencia. Y si las tendencias del devenir histórico conducen a una organización político-jurídica transnacional, la realidad sociológica del presente indica que todavía para que haya progreso social de todos los pueblos, son indispensables las soberanías nacionales, proyectándonos hacia la Patria Grande.

En suma, para nuestro país el respeto de la soberanía significa, por el lado externo contener la penetración y expoliación, y por el lado interno, crear libremente, autodeterminar el régimen de vida social y los modos de utilizar los recursos para efectuar la Justicia. Si la soberanía nacional no lograra su plenitud, ha de ser necesariamente la consigna de una reivindicación, de **una alta bandera de lucha en la senda hacia la emancipación económica y social**, ineludible meta que mediante un vigoroso poder popular comenzará una nueva etapa progresiva en el desenvolvimiento histórico del pueblo argentino.

Nueva Arquitectura Constitucional

14. Se debe conocer con claridad la **orientación filosófico-política y la fisonomía técnico-jurídica** de la Constitución, que son la esencia de la misma. Ello permitirá saber si la arquitectura constitucional se halla acorde con el objetivo de lograr la Justicia como valor supremo, y de tal modo efectivizar “la irrevocable decisión de constituir una nación socialmente justa, económicamente libre y políticamente soberana”. En esta política la misión del Estado deberá ser la de constituirse en palanca transformadora del cambio y del desarrollo del país y ello sólo ocurre cuando el poder político está al servicio de la comunidad, pues el Estado no tiene virtudes intrínsecas que lo hacen apto y eficaz en cualquier circunstancia.

Cabe remarcar que el espacio que va desde la Constitución escrita a la Constitución real se nutre con la **interpretación constitucional**. El punto pasa en saber a qué intereses defiende esa interpretación de la Constitución: si a satisfacer los intereses de unos pocos en base a una concepción oligárquica o al progreso de la Justicia, que en realidad es la finalidad natural de la Constitución. Para la debida interpretación de una Constitución no es posible dejar de lado una veraz mirada de la historia para conocer cuáles fueron las

circunstancias y objetivos que llevaron a su sanción. Por ello impulsamos un Revisionismo Histórico Constitucional (Cholvis, Jorge Francisco, 2015).

15. La Constitución se ha de interpretar por el criterio que más se ajuste su finalidad y arquitectura filosófico-jurídica y técnico-política. Por tanto, en caso de duda prevalecerá el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos. Tal, como expresó hace años la CSJN, en sentencia del caso “Bercaitz, Miguel Ángel”, (Fallos: 289:430,1974) suscripta por los Conjuceces Arturo E. Sampay, Oscar de la Rosa Igarzábal, Felipe S. Pérez, y Cayetano Giardulli: “Tiene categoría constitucional el principio: in dubio pro justitia socialis, con arreglo al cual las leyes deben ser interpretadas a favor de quienes, de tal manera, consiguen o tienden a alcanzar el bienestar; esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad” (Véase, Corti, Arístides H., marzo 2014).

No debemos olvidar que hablar de la Constitución es encontrarse en el plano político, y recíprocamente cuando se adopta una actitud política o una decisión institucional se está utilizando un criterio de interpretación constitucional acorde a determinados intereses. El punto entonces pasa en saber a qué **intereses defiende esa interpretación** de la Constitución: si a satisfacer los intereses de unos pocos en base a una concepción oligárquica o al progreso de la Justicia, que en realidad es la finalidad natural de la Constitución. Al respecto Pablo A. Gutiérrez Colantuono, Miembro del “*lawfare* Institute” expresó que “partimos de la ficción consciente o inconscientemente incorporadas naturalmente de que el juez es aquella autoridad que ‘dice el derecho’ de manera ‘neutra’, sin ideología y de manera aséptica”, y concluye que esto de por sí es imposible sea afirmado, por la sola condición de ser una persona y no una máquina quien decide en derecho”; y por ende, que “la sentencia en tanto expresión de gobierno, contiene una ideología determinada (Gutiérrez Colantuono, Pablo A., 2020, pág. XI).

16. Por todo ello, en una nueva concepción arquitectónica constitucional será importante incorporar **Títulos sobre** las relaciones internacionales del Estado, la interpretación constitucional, e impulsar la vigencia efectiva de preceptos basales de un nuevo derecho internacional. Derecho internacional como norma de conducta, y demanda de democratización de los organismos internacionales, y la equitativa participación de los Estados al interior de éstos.

El principal tema de la **causa de las Islas Malvinas** usurpadas merced a circunstancias desfavorables, ha de ser reflejada desde el nuevo Preámbulo y en la normativa constitucional respecto a los poderes de gobierno, y en el Título que proponemos para la Política Exterior del país. Sostenemos que es ineludible obligación de los poderes del Estado ejecutar los reclamos pendientes y adoptar las medidas –tanto en la política exterior de la Nación, como en el interior de su territorio– para recuperar la soberanía sobre las Islas Malvinas e Islas del Atlántico Sur. Se ha de precisar en el mismo que la Argentina

no debe aceptar limitaciones en el ejercicio de su soberanía, con la transferencia de la decisión nacional en la confección y ejecución de sus programas económicos.

Hace pocos años la Asamblea General de las Naciones Unidas reafirmó “su papel en lo que respecta al fomento del desarrollo progresivo del derecho internacional y de su codificación, y que además los Estados deben cumplir todas las obligaciones que les incumben con arreglo al derecho internacional”; y asimismo “que es imprescindible respetar y promover el estado de derecho en el plano internacional de conformidad con los principios de la Carta de las Naciones Unidas” (Resolución A/RES/73/207, 20 de diciembre de 2018).

En abril del 2007, en el Documento Analítico del Centro del Sur, titulado “Un Sistema Unificado de las Naciones Unidas: Dar protagonismo al Desarrollo”, se expresó que “el objetivo principal debería apuntar a que las Naciones Unidas, asuman mayor responsabilidad frente a sus miembros y potencien su capacidad para responder a los servicios que se les solicitan así como permitirle estar a la altura de su papel de principal institución de gobernanza mundial en las esferas económica, social y ambiental que apoya el desarrollo sostenible del Sur” (Ginebra – Suiza. SC/GEDP/AN/GPG/4. 2007, Orig Inglés). Se deben observar las diferencias entre los conceptos de mundialización y globalización. (Tolcachier, Javier, 2021).

Hace ya muchos años que el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, Hugo Chávez Frías, el 15 de septiembre de 2005, al exponer su discurso en la Sexagésima Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, sostuvo que “el siglo XXI reclama cambios profundos que sólo son posibles con una refundación de esta organización”; y que “resulta imprescindible un nuevo orden político internacional, no permitamos que un puñado de países intente reinterpretar impunemente los principios del Derecho Internacional” (Chaves Frías, Hugo, septiembre de 2005).

No podemos dejar de mencionar que el Santo Padre Francisco, en su Carta Encíclica “Fratelli Tutti”, sobre “La Fraternidad y la amistad social”, indica que este Siglo XXI “es escenario de un debilitamiento de poder de los Estados nacionales, sobre todo porque la dimensión económico-financiera, de características transnacionales, tiende a predominar sobre la política. En este contexto, se vuelve indispensable la maduración de instituciones internacionales más fuertes y eficazmente organizadas, con autoridades designadas equitativamente por acuerdo entre los gobiernos nacionales, y dotadas de poder para sancionar”; y en “en esta línea –nos dice–, recuerdo que es necesaria una reforma ‘tanto de la Organización de las Naciones Unidas como de la arquitectura económica y financiera internacional para que se dé una concreción real al concepto de familia de naciones” (Papa Francisco, “Fratelli Tutti”, N° 172/173).

17. Son propuestas para comenzar a debatir el tema. Seguramente, durante el mismo surgirán nuevas iniciativas que lograrán perfeccionarlas o se incorporan otros preceptos acordes al objetivo propuesto. Por tanto, los principios o reglas que proponemos han

de ser considerados como elementos que requieren análisis y discusión en torno al cardinal asunto que nos ocupa. Será necesario precisarlos, ordenarlos y desarrollarlos, según un metódico diseño, y han de incorporarse en los diversos **Títulos y Capítulos que integrarán una nueva dogmática constitucional**.

La definición de los temas de alta política del Estado se debe encontrar en el texto de la Constitución. Es hacer efectivo el derecho que todos los pueblos tienen a la libre determinación, y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural. La Constitución será marco e instrumento. Advertía Sampay: "en esa Constitución escrita los sectores populares deben instrumentalizar un gobierno democrático con atribuciones necesarias para planificar la utilización de todos los recursos del país, con la finalidad de promover el desarrollo independiente y potente de la economía nacional, sin lo cual no hay posibilidad de efectuar la justicia" (Sampay, Arturo E., 1973, pág. 129).

18. Sostenemos que **un nuevo diseño arquitectónico** además de los temas propuestos precedentemente, tiene que desarrollar una original metodología para la parte **dogmática** y en diversos títulos se deben delinear los puntos que hacen a los principios fundamentales de la Nación, la presencia de un Estado activo, el régimen económico, los derechos, deberes y garantías básicas, ya sea individuales, políticos o sociales, y la educación y la cultura. Instituir un apoyo diferenciado para las Pymes. Se deberá prescribir que el sistema de comunicación social asegurará el ejercicio de los derechos de la comunicación, la información y la libertad de expresión, promoviendo la participación ciudadana; y establecer que los medios de comunicación social no podrán conformar, de manera directa o indirecta, monopolios u oligopolios. La integración con los pueblos hermanos de la Patria Grande, será un principio fundamental para fortalecer los procesos de unidad y progreso social. Se deberá normar lo referente a la propiedad y protección de nuestros recursos naturales y el medio ambiente, acorde a nuestra necesidad de desarrollo socioeconómico y el necesario cuidado sobre el impacto ambiental. Asimismo incorporar normas para preservar y asegurar la supremacía de la Constitución. Será relevante la participación del pueblo en defensa de sus intereses y en el sostén de la Constitución. Se ha de precisar la importancia de la Investigación y Desarrollo, y el conocimiento como vía principal en el mundo contemporáneo para hacer efectiva la soberanía nacional.

En lo que concierne a la **parte orgánica** del texto constitucional, ha de merecer una revisión atinada la organización y funcionamiento de los distintos poderes del Estado, cuáles son sus atribuciones, cómo se distribuyen sus funciones y cuáles serán sus relaciones. Estamos persuadidos que las normas constitucionales deberán codificar **un nuevo criterio de técnica política arquitectónica sobre los poderes gubernativos** y los medios más idóneos para poder lograr el verdadero fin de la Constitución, esto es la **Justicia Social** o bien común. Es de relevancia la forma de designar a los gobernantes, la participación del pueblo en defensa de sus intereses y el desempeño de los organismos de control. Se tendrá que democratizar el poder judicial, y alcanzar la transformación de los sistemas y prácticas

judiciales. Es imprescindible incorporar normas para hacer efectiva la soberanía jurídica y recuperar la facultad jurisdiccional de la Nación, en trascendentes temas que no deberían dilucidarse ante tribunales o árbitros foráneos. El tema del endeudamiento exterior deberá estar contemplado con precisión respecto a las necesidades o urgencias que se invoquen para su concreción, y asimismo el control posterior y la participación protagónica del pueblo en cuanto a su conocimiento y celebración. También se deberán diseñar los principios normativos para la protección de la soberanía legislativa, que se encuentra encorsetada por los Tratados de Promoción y Protección de Inversiones (TPPI) y la telaraña de sus cláusulas, que inciden sobre funciones esenciales y propias de un Estado soberano; y por tanto, también ello debe ser prescripto claramente en un nuevo texto constitucional. En cuanto a la estructura del Estado nacional, será menester diseñar preceptos acerca de un nuevo federalismo, así esa importante institución coadyuvará a concretar un desarrollo equilibrado y armónico. Hemos desarrollado este tema ampliamente en mi obra "Argentina. Historia y Constitución (Cholvis, Jorge Francisco, diciembre 2019), y por una cuestión de espacio nos es imposible realizarlo en la presentación de esta Ponencia.

19. No nos debe preocupar que cuando se traten estos grandes temas se generen "agudas controversias", o se llegue a "crear tensiones en la sociedad". Toda Constitución que sostenga cambios de estructuras en dirección al progreso de la justicia, entrará ineludiblemente en conflicto con los beneficiarios de los privilegios que esa nueva Constitución suprime. Más concretamente, siempre una Constitución hecha con el propósito de redimir al país y afianzar el progreso social habrá de confrontar con quienes pretenden evitar que ello ocurra. Por el contrario, una nueva Constitución que no entrara en conflicto con los intereses internos y externos afectados por dicha alternativa no sería para emancipar al pueblo argentino, sino para reforzar la dependencia.

Se debe tener presente la necesaria correlación que hay entre la Constitución real y la Constitución escrita y, por otra parte, la afirmación del contenido de Justicia que debe sustentar la Constitución real atento a las condiciones sociales de producción y cultura. La observación de la adecuación de la Constitución escrita a tales condiciones sociales conforma criterios para valorar a la Constitución real y la Constitución escrita y, en consecuencia, esos criterios vienen a servir de ideales para animar la lucha del pueblo por una Constitución mejor.

La tarea es **abrir y profundizar el debate; construir rutas conceptuales y metodológicas**, como paso indispensable para formular el proyecto de liberación nacional y social. **Trasmitir el saber emancipatorio: sembrar la teoría y diseñar la metodología apta para hacerlo realidad.** Avancemos definitivamente por la senda hacia la Patria Grande, en estas tierras de la América del Sur. **Será necesario realizar un esfuerzo creador para construir un orden sociopolítico propio** que sirva de base sólida para instaurar un nuevo modelo de sociedad que nos permita hacernos cargo de nuestro propio destino en el mundo **global**. Como inmediata consecuencia vendrá la oportunidad de sancionar una nueva

Constitución Emancipadora para el País de los argentinos. Es necesario realizar un amplio debate con organicidad, compromisos y garantías. Después llegará el momento de la expresión parlamentaria que autorice la decisión institucional sobre la oportunidad, su necesidad y el contenido.

20. La invariabilidad de las categorías filosóficas, sociales, y constitucionales, es una idea ya hace mucho sobrepasada. Con las consideraciones antes expuestas propongo debatir esas bases esenciales del **nuevo Proyecto Nacional del País de los Argentinos**, y es a esos efectos que sostengo la imperiosa necesidad de definir el procedimiento y la metodología para lograrlo, sus tiempos, las asambleas, y cómo se evaluarán todas las opiniones a fin de plasmar el Proyecto Nacional **que debe ser la esencia de una nueva Constitución Nacional**, acorde a nuestra realidad del siglo XXI. Después llegará el tiempo de la expresión parlamentaria, sobre la oportunidad, necesidad y contenido de la nueva Constitución.

Una nueva Constitución Emancipadora para el País de los Argentinos. Que coadyuve a realizar la Justicia Social, el fin natural de la comunidad y que la Constitución debe estructurar, para que todos y cada uno de sus miembros puedan perfeccionarse integralmente conforme a la dignidad humana. Para lo cual **será indispensable la unidad y organización de los sectores nacionales y populares**. Su indestructible alianza será el camino seguro para lograr tan alto objetivo.

Referencias

- Chávez Frías, Hugo**, Discurso en la Sexagésima Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, 15 de septiembre de 2005; véase en "Realidad Económica" N° 215, Revista del Instituto Argentino para el Desarrollo Económico (IADE), 1° de octubre al 15 de noviembre de 2005, págs. 88 y sgtes.
- Cholvis, Francisco**: "Función del Estado en la Economía", Cuenca Ediciones, 1973.
- Cholvis, Jorge Francisco**. "La Constitución y otros temas (Dilemas del constitucionalismo argentino)", Tomo I. "Constitución y Proyecto Nacional"; Tomo 2. "Constitución, Economía y Desarrollo"; Tomo III, "Diversas Cuestiones Constitucionales; Tomo IV, "Otros Temas: Personalidades, Acontecimientos y también Puerto Buenos Aires", El Cid Editor, 2013.
- Cholvis, Jorge Francisco**. "Revisionismo Histórico Constitucional. Proyecto Nacional y Constitución", Ediciones Fabro, Buenos Aires, 2014.
- Cholvis Jorge Francisco**, "Proyecto Nacional y Constitución. Normas de política económica constitucional", Derecho Público, Año III – Número 8, agosto 2014.
- Cholvis, Jorge Francisco**. "Trama Jurídica del sometimiento. Instrumentos para el saqueo (de Aramburu a Macri)", El Cid Editor, Google Libros, 2017.
- Cholvis, Jorge Francisco**. "Los Derechos, la Constitución y el Revisionismo Histórico Constitucional", Ediciones de la UNLa, Universidad Nacional de Lanús, agosto 2017.

- Cholvis, Jorge Francisco.** "Constitución, Endeudamiento y Políticas Soberanas", Ediciones Fabro, Buenos Aires, noviembre de 2019.
- Cholvis, Jorge Francisco.** "Argentina. Historia y Constitución", El Cid Editor, 2 Tomos, Buenos Aires, diciembre de 2019.
- Corti, Arístides H.** "Lineamientos fundamentales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Su compromiso con el Estado de Derecho, la Justicia Social y la ruptura de la dependencia", en Derecho Público, Infojus, Año III – N° 7, marzo 2014.
- Documento Analítico del Centro del Sur, "Un Sistema Unificado de las Naciones Unidas: Dar protagonismo al Desarrollo", SC/GEDP/AN/GP/4, abril de 2007.
- Figueroa, Francisco José.** "Teoría de la Democracia Social", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1986.
- Gutiérrez Colantuono, Pablo A.** Prólogo a "*Lawfare*. La guerra jurídica", de Zanin Martins, Cristiano; Zanin Martins, Verónica Texeira y Valim, Rafael, Astrea, Buenos Aires – Bogotá – Porto Alegre, 2020.
- Jauregui, Gurutz,** "Constitución. Estado, Soberanía y Constitución: algunos retos del Derecho Constitucional ante el siglo XXI", Rev de Derecho Político, N° 44, 1998.
- Khor, Martín.** "La lucha por la reforma del sistema económico mundial. Padre D'Escoto", Agenda Global, Montevideo – Uruguay, 14 de mayo de 2009 - N° 101.
- Morales, Víctor Hugo,**"Mentime que me gusta", Ediciones Aguilar, 2015.
- Naciones Unidas, Asamblea General, "El Estado de Derecho en los Planos nacional e internacional", Resolución A/RES/73/207, 20 de diciembre de 2018.
- Papa Francisco, Carta Encíclica "Fratelli Tutti", "La Fraternalidad y la amistad social".
- Romano, Silvina M. y Tirado, Aranza, "*Lawfare* y guerra híbrida: la disputa geopolítica en América Latina", Agencia Timón, 28 de julio de 2018.
- Tolcachier, Javier.** "Por una Internet con Derechos", TeleSURtv.net, octubre 2021.
- Sampay, Arturo E.** Discurso de entre del Premio Gral. Enrique Mosconi al Juez Doctor Salvador María Lozada, "Realidad Económica", Revista del Instituto Argentino para el Desarrollo Económico (IADE), N° 11, noviembre/diciembre 1972.
- Sampay, Arturo E.** "Constitución y Pueblo", Cuenca Ediciones, Buenos Aires, 1973.
- Sampay, Arturo E.** "Las Constituciones de la Argentina. 1810 – 1972", EUDEBA, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1975,
- Sampay, Arturo E.** "Obras Selectas", 18 volúmenes, declarada de interés cultural por la Secretaría de Cultura de la Nación, Editorial Docencia, Buenos Aires, 2011/2012.
- Perón, Juan Domingo.** "Modelo Argentino para el Proyecto Nacional", 1974, Buenos Aires, Editorial Docencia, 2011.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl.** En Prólogo a "*Lawfare*. La guerra jurídica", por Zanin Martins, Cristiano – Zanin Martins, Valeska Texeira y Valim, Rafael, Astrea, Buenos Aires – Bogotá – Porto Alegre, 2020, ps. v.
- Zanin Martins, Cristiano; Zanin Martins, Valeska Texeira y Valim, Rafael,** "*Lawfare*. La guerra jurídica", Astrea, Buenos Aires – Bogotá – Porto Alegre, 2020.

JUAN MARTÍN VILLANUEVA*

La utilización de declaraciones de imputados incentivados para la construcción de una hipótesis acusatoria fiscal

El caso de la “Ley del Arrepentido” en Argentina

Introducción

La presentación de la discusión

Forma parte actual de nuestro Código Penal –mediante la entrada en vigencia de la ley nacional n° 27.304– la norma que otorga a los representantes del Ministerio Público Fiscal –en adelante, MPF– la potestad de pactar con ciudadanos imputados por la comisión⁽¹⁾ de alguno de los delitos expresamente contemplados en la ley⁽²⁾ acuerdos de colaboración que permitieren robustecer –o incluso sostener en un todo– la hipótesis acusatoria.

Si bien la experiencia en nuestro país al respecto es insípida, un análisis comparado de la aplicación del instituto por parte del gobierno⁽³⁾ de los Estados Unidos de Norteamérica a lo largo de los años, nos puede permitir realizar una ponderación, cuando menos estimativa, de los costos y beneficios de la utilización del mismo, en el marco de nuestro sistema jurídico, así como de los potenciales –sino ya actuales– riesgos que ello conlleva.

(*) Juan Martín Villanueva, abogado especialista en derecho penal Universidad de Buenos Aires, Magister en Derecho Penal.

(1) Independientemente de la mayor o menor proximidad que hubieren tenido en el hecho y en su elaboración material y/o intelectual.

(2) Cfr. art. 1 Ley 27304, incisos “a” a “i”

(3) En la inteligencia que el *Department of Justice*, en los Estados Unidos, es parte integral de la rama ejecutiva (https://www.oas.org/juridico/mla/en/usa/en_usa-int-desc-guide.html)

Desde la perspectiva propuesta, entonces, resulta interesante analizar la incidencia de la introducción de esta práctica en el marco de un esquema de distribución del error hasta entonces vigente, las consecuencias subsiguientes en detrimento del Estándar de Prueba mínimo requerido para obtener una sentencia condenatoria, utilizando un enfoque epistémico, pero también estudios empíricos que analizan el comportamiento de estos “testigos de la corona”.

Un marco conceptual necesario para analizar el problema propuesto

En concordancia con lo expresado por Laudan un principio trascendental⁽⁴⁾ en el marco de un juicio penal debería ser la maximización de las probabilidades de que la sentencia resolutive del mismo se corresponda con la verdad material de los hechos de los que fuera objeto (LAUDAN, 2005 pág. 95-113).

Así, divide Laudan en tres a los niveles de análisis –valores- respecto de un sistema de justicia penal determinado: 1) extra-epistémicos⁽⁵⁾; 2) epistémicos⁽⁶⁾ y 3) cuasi-epistémicos⁽⁷⁾. Es dentro de estos últimos que se estudia la determinación de la calidad o altura de un Estándar de Prueba –EdP en adelante–.

A los efectos del presente ensayo, diremos simplemente que un EdP –sea que este se determine a través de una construcción cualitativa⁽⁸⁾ o probabilística⁽⁹⁾ – es un mecanismo a partir del cual se decide distribuir los errores del proceso de una forma determinada. Particularmente, en el ámbito penal, esta distribución del error se encuentra diagramada de forma tal que favorezca sistemáticamente la posición del imputado (TARUFFO, 2005 pág. 117).

Filosóficamente entonces, podemos sostener que –más allá de las contundentes razones históricas que cristalizaron esta desigualdad estructural en favor de la parte, a priori, más vulnerable dentro del proceso– el EdP en un juicio penal se explica y encuentra su

(4) Desde un plano meramente técnico-epistémico, y entendiendo que el contenido de “justicia” de las sentencias, si bien se encuentra condicionado al de “verdad” de las mismas, no resulta necesariamente suficiente.

(5) Vgr. *Oportunidad; Derechos de los acusados; transparencia; debido proceso*, entre otros.

(6) También llamados por Laudan “*núcleo duro de la epistemología jurídica*”; se trata del ámbito donde se intenta reducir la probabilidad de un juicio erróneo –falso– (Vgr: condenar a un inocente o absolver a un culpable)

(7) O “*núcleo débil de la epistemología jurídica*”, donde lo interesante es el análisis de la distribución de los errores de una manera determinada, en función de una decisión política y a través de una clasificación de aquellos según la cual algunos son menos aceptables que otros.

(8) “*certeza más allá de toda duda razonable*”; “*convicción íntima*”

(9) Desde un plano bayesiano, dependiente de un sistema lógico-poposicional y entendiendo que el EdP establecería un “umbral de probabilidad” a partir del cual podría colegirse la condena de un imputado (usualmente, 0.9)

legitimidad en una mayor tolerancia para con los errores que beneficien a un imputado culpable –incluso siendo este un error reiterado o frecuente⁽¹⁰⁾–, al tiempo que resultaría muy poco tolerable la condena de un inocente.

Si tomamos entonces en consideración las diferencias estructurales en términos del EdP en el proceso civil, se puede apreciar que encontrándose ambas parte –nuevamente, a priori– en una situación de paridad material a los efectos de exponer sus posiciones controversiales, el referido desequilibrio y las presunciones legales que forman parte de tal fuero, resultan en “efectos causales equitativamente distribuidos entre los sujetos de las relaciones privadas” y no favorecen o perjudican al actor o al demandado por su calidad de tales. Esto es lo que normalmente se conoce como principio de igualdad de armas (TARUFFO, 2005 pág. 118).

Dicho esto, no resultaría para nada arriesgado afirmar que las expuestas diferencias estructurales del EdP propio del proceso penal, en tanto favorecen sistemáticamente a la parte imputada, se explican, entre otros motivos, por una necesidad práctica de tornar operativo ese principio contradictorio, en un pretense plano de igualdad, dada una situación de hecho flagrantemente asimétrica entre un ciudadano común, y un Gobierno, con recursos (económicos y humanos) prácticamente inagotables.

En otras palabras, se trata de una elección política, razonada y hasta moral que reconoce tal desigualdad estructural y pretende nivelar la misma a través de (entre otras herramientas para la distribución del error⁽¹¹⁾) la determinación de un EdP con las características referidas.

Desarrollo

A través de la publicación en el Boletín Oficial del día 02/11/2016, entró en vigencia la Ley n° 27.304, conocida vulgarmente como “Ley del Arrepentido”. Esta norma, en su artículo 1° estipula:

Sustitúyase el artículo 41 ter del Código Penal por el siguiente:

Artículo 41 ter: Las escalas penales podrán reducirse a las de la tentativa respecto de los partícipes o autores por algún delito de los detallados a continuación en este artículo, cuando durante la sustanciación del proceso del que sean parte, brinden información o datos precisos, comprobables y verosímiles.

(10) A modo de ejemplo, podría citarse, entre otros, el *Blackstone Ratio* “It is better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer” (BLACKSTONE, William “*Commentaries on the Laws of England*”, 1769 #39. <https://oll.libertyfund.org/titles/blackstone-commentaries-on-the-laws-of-england-in-four-books-vol-2/simple>)

(11) Vgr. *presunción de inocencia; in dubio pro reo; carga de la prueba*, etc.

En este orden de ideas, se faculta al MPF a ofrecer incentivos concretos y mensurables (reducción de la escala penal a la de la tentativa) a los imputados, a cambio de un testimonio que confirme o fortalezca la posición de la acusación respecto de hechos en los cuales aquellos hubieren sido partícipes y sujetos cuya responsabilidad penal sea igual o mayor a la del delator premiado.

No resulta de interés para este breve ensayo un análisis respecto de las condiciones de validez, oportunidad o mecanismos procesales que hacen a la efectiva concreción del acuerdo de colaboración, sino antes una observación respecto de los efectos que la inclusión del referido instituto tiene sobre la establecida distribución de errores, en el marco de un proceso penal, con la consecuente vulneración de las ya mencionadas garantías/herramientas constitucionales.

Así las cosas, corresponde iniciar el referido examen, a partir de una observación primera:

La figura del arrepentido requiere de un imputado una “confesión” a cambio de una significativa mejora en su situación personal, dentro de una investigación penal. Se postula entonces que quien ya se encuentra sometido a proceso⁽¹²⁾, se convierta, bajo coacción de enfrentar una pena mayor en el futuro o la certeza actual de mantener un encierro cautelar, en un auxiliar del MPF a los efectos de robustecer la hipótesis acusatoria.

Se observa aquí, entonces, un primer y trascendental problema respecto de un *EdP* consolidado en la ley⁽¹³⁾, la doctrina y la jurisprudencia local: si el piso mínimo para el dictado de una medida cautelar que cercene la libertad ambulatoria de un imputado se encuentra dado por la necesaria configuración de al menos alguno de los así llamados “peligros procesales” (Vgr “riesgo de fuga” o “peligro de entorpecimiento en la investigación”) ¿resulta lógico entonces dejar sin efecto tal encarcelamiento, subsistiendo los peligros procesales que obligaran su dictado, en función de una declaración no juramentada del propio imputado?

O antes, lo que resulta incluso más preocupante: si ese referido *EdP* se encuentra ahora condicionado a la satisfacción del MPF respecto del contenido de una declaración del propio imputado ¿qué podría asegurar a todo ciudadano investigado por la comisión de

(12) en casos de público y notorio sucedidos en los últimos años en la República Argentina, **incluso detenidos de forma preventiva por considerar los magistrados instructores que, de encontrarse en libertad podrían profugarse o entorpecer la investigación en curso.**

(13) Art. 319 Código Procesal Penal de la Nación “Podrá denegarse la exención de prisión o excarcelación, respetándose el principio de inocencia y el artículo 2 de este Código, cuando **la objetiva y provisional valoración de las características del hecho**, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si éste hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, hicieren **presumir, fundadamente**, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones.”

alguno de los delitos contenidos en el catálogo de la norma⁽¹⁴⁾ que el sistema estatal de persecución penal no intentará disminuir la calidad de aquel mecanismo –en detrimento de las diferencias estructurales anteriormente señaladas- a los efectos de mejorar su teoría del caso acusatoria?

Sin entrar en una consideración personal respecto del asunto, la más reciente jurisprudencia de la Sala I de la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional (erróneamente denominada por la prensa “*Doctrina Irurzun*” en honor al magistrado a quien se atribuye su creación) parecería demostrar que la conjetura anterior no sería para nada quimérica o apresurada.

Así las cosas, en el leading case de la Corte de Apelaciones del Primer Circuito Federal de los Estados Unidos de Norteamérica, *United States v. Dailey*, esa corte distrital entendió los acuerdos de colaboración del Gobierno con imputados colaboradores (en la jerga judicial foránea, “testigos incentivados”), cuya validez estuviera explícitamente condicionada a la satisfacción del Gobierno con el contenido de la misma, eran “[...]tan probables de inducir falso testimonio que permitir [a los testigos incentivados] prestar tal declaración significaría violar los derechos del imputado al debido proceso⁽¹⁵⁾”. En este sentido, la corte aludida expresó su “preocupación e incomodidad [...] sobre el potencial coercitivo” de tales acuerdos “de colaboración”.

Siguiendo entonces con la preocupación expresada más arriba, la doctrina norteamericana (dónde la experiencia con la utilización del instituto de las confesiones incentivadas es profusa) señala que “Es raro el juicio criminal federal que no requiere de la utilización de testigos criminales –aquellos que se han declarado culpables y testifican bajo un acuerdo de colaboración, o aquellos que lo hacen bajo uno de inmunidad–” (ROWLAND, 1999) y, especialmente dando en la tecla: “Los fiscales rutinariamente realizan imputaciones extras, las cuales les otorgan una posición ventajosa⁽¹⁶⁾; estas pueden entonces ser abandonadas como parte de un acuerdo de colaboración con un imputado colaborador⁽¹⁷⁾” (WHITE y MILLER, 2002).

Paradigmático resulta también otro *leading case* norteamericano: *United States v. Singleton*. Allí el Fiscal ofreció a uno de los imputados testificar contra su co-imputada. El Fiscal explicó al testigo incentivado que, en caso de recaer condena sobre el mismo, la misma sería particularmente larga, por lo cual, “si la naturaleza y extensión” de su coo-

(14) Art. 1, Ley 27.304.

(15) 759 F.2d 192 (1st Circuit 1985). La traducción es propia.

(16) El término utilizado –**leverage**– posee un significado compuesto, en tanto aquí podría traducirse también como “discrecionalidad”, o “posición privilegiada” a los fines de realizar una negociación.

(17) En idéntico sentido, señalan los autores: “*Plea bargaining is dishonest because the offense of conviction does not match either the charges the state filed or the reality of the offender's behavior. A particularly noxious form of dishonesty is overcharging by prosecutors—the filling of charges with the expectation that defendants will trade excess charges for a guilty plea.*”

peración fuesen satisfactorias para el gobierno, su sentencia futura sería disminuida considerablemente⁽¹⁸⁾. Así las cosas, el Tribunal del Décimo Circuito Federal de Apelaciones de los Estados Unidos entendió que “un ofrecimiento de ésa índole constituía un soborno⁽¹⁹⁾”.

Volviendo entonces a las herramientas –garantías– que establecen una distribución del error correlativa con las desigualdades estructurales entre las partes de un proceso penal, deviene lógico avocarse a alguna de ellas; en particular a los efectos que sobre éstas tiene la inclusión de la práctica bajo estudio.

Si entendemos, desde una perspectiva acusatoria, que “El proceso penal parece más bien dirigido a la implementación del principio de contradicción entre las partes y, principalmente, al pleno desarrollo de la defensa del imputado...”, la herramienta/garantía de igualdad de armas se ve irremediadamente violentada (TARUFFO, 2005 pág. 119).

Propongo al lector un caso: si una defensa X ofreciere en juicio, la declaración de un co-imputado Y, haciendo público ante el tribunal que el contenido de su exposición es producto de un acuerdo entre ambos, y este consiste en el otorgamiento de un beneficio económico considerable, a cambio de su testimonio ¿Ud. como Presidente del Tribunal, admitiría tal declaración? ¿Le resulta ética y/o lícita la actividad realizada por la defensa? Y, en el caso de hacerlo, ¿La ponderaría a los efectos de absolver al imputado?

O también, en un ejercicio aún más teórico: si el imputado Y se encontrare privado de su libertad, y la potestad de liberarlo dependiera de la satisfacción de la defensa X con el testimonio de descargo brindado ¿Qué valor probatorio podría asignársele a una declaración así obtenida?

Volviendo al análisis de derecho comparado, la Regla 3.4 (b) del compendio de Reglas de Conducta Profesional para los abogados de la American Bar Association prohíbe a los profesionales incluso ofrecer a un testigo un “incentivo” (monetario, en este caso) con miras a obtener su declaración.⁽²⁰⁾

(18) United States v. Singleton, 165 F.3d 1297,1298 (10° circuito Federal, 1999) en Hollis, T., An Offer you Can't Refuse? United States v. Singleton and the Effects of Witness/Prosecutorial Agreements - <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/bupi9&div=18&id=&page=>

(19) Ibídem. Deviene necesario remarcar que, en fallo plenario –en banc sesión– se trató la cuestión respecto a si el término “cualquiera –referido al sujeto activo del tipo penal– podía referir a los Fiscales Federales, quienes “actúan como agentes del Gobierno de los Estados Unidos”. Se resolvió entonces que, como “los Estados Unidos son una cosa y no una persona (...) entender que el término “cualquiera” incluye al gobierno es semánticamente anómalo”. Delego en el lector las consideraciones pertinentes.

(20) “A Lawyer shall not:(...) (b) falsify evidence, counsel or assist a witness to testify falsely, or offer an inducement to a witness that is prohibited by law”. Resulta necesario remarcar que el ofrecimiento se encuentra prohibido, independientemente del contenido de verdad de la declaración; por ende se considera una violación a las reglas de ética y se castiga con suspensión de la matrícula profesional. *In re Howard* 372 N.E.2d 371, 375 (Illinois 1977): “The damage that would immediately accrue to our system of justice, should it be acceptable to pay for truthful testimony, is manifest”.

También en un problema que se ha presentado ante nuestros Tribunales recientemente, con resultados disímiles: ¿Qué sucede con la inclusión de estos testigos de la corona en el marco de un Juicio Oral y Público? ¿Tiene permitido las defensas de com-imputados interrogar bajo juramento de decir verdad a los mismos? ¿Podrá ser realizado un careo entre imputado e imputado colaborador? ¿Propugnará el MPF la introducción por lectura de tales declaraciones al debate oral?

Vemos entonces que desde un punto de vista puramente epistémico, la adopción de la figura del arrepentido nos significa, cuando mínimo, dos grandes “saltos de fe”:

1. Ningún fiscal ofrecerá un incentivo a un imputado salvo que este fuese objetivamente procedente, por lo que deberíamos poder confiar en la formación y ética del mismo. Sin embargo el valor de un arrepentido se incrementa de forma inversamente proporcional a la cantidad de prueba en poder del MPF. “Precisamente en estos casos [...] es cuando el fiscal se verá más tentado de incentivar a un imputado para declarar. De hecho, los fiscales explican que normalmente deben confiar en una “corazonada⁽²¹⁾” respecto a la veracidad del testimonio del imputado colaborador” (ROBERTSON y WINKELMAN, 2017)
2. Ningún imputado colaborador mentiría para mejorar su situación procesal o, incluso, para recuperar su libertad, básicamente, por el contenido disuasorio de la norma que pena al que maliciosamente proporcionara información falsa o datos inexactos.⁽²²⁾ Pero, en rigor de verdad, el único contenido epistémico de tal declaración sería que el MPF logró encontrar el incentivo necesario para que el testigo de la corona diera un testimonio que lo satisfizo.

Por último, múltiples estudios de comportamiento –*behavioural studies*– demuestran que los individuos responden a este tipo de incentivos, incluyendo el mentir si fuese necesario.

En un completo estudio realizado por Christopher Robertson y Alex Winkelman, sobre un grupo de 440 sujetos, se llegó a la conclusión de que hasta un 20% de los mismos estarían dispuestos a incurrir en falso testimonio, a cambio de conseguir inmunidad respecto de un hipotético proceso penal que lo llevaría a prisión. Vale la pena aquí poner atención, como hacen los autores, en el hecho de que en el estudio se trata siempre de un peligro hipotético de ir a prisión, o de salir de la misma por lo que, estiman lógicamente, el riesgo de que verdaderos imputados colaboradores mientan para lograr los beneficios referidos se encuentran subestimados, por lo cual los resultados debieran ser entendidos como un “piso probabilístico” (ROBERTSON y WINKELMAN, 2017, pag. 61).

(21) “Gut reaction”.

(22) Art. 276 bis del Código Penal de la Nación Argentina.

Breves Conclusiones

Resulta a quien suscribe cuando menos preocupante la incorporación a nuestro sistema de justicia criminal de una práctica que, sin lugar a dudas, recae sobre la legalización de un perverso tipo de extorsión.

Empíricamente se encuentra probado que la probabilidad de falsos testimonios cometidos por imputados colaboradores, bajo promesa de recuperar su libertad u obtener significativas reducciones en sus eventuales condenas, constituye un índice para nada despreciable en la experiencia de países que llevan varios años utilizando el instituto para el juzgamiento de ciertos delitos.

Al mismo tiempo, la introducción de la figura en análisis conlleva una seria modificación contra reo de las desigualdades estructurales analizadas entre las partes de un proceso penal que dieron lugar al *EdP* propio de los Estados de Derecho modernos, chocando de plano con múltiples garantías constitucionales y convencionales, algunas de las cuales han sido brevemente analizadas en el presente trabajo.

Referencias

- Laudan, Larry**, Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar de prueba”, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28 (2005).
- Robertson, C. T. & Winkelman D.A.**, Incentives Lies & Disclosure (2017) en <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1641&context=jcl>
- Rowland, Ann C.**, Effective Use of Informants and Accomplice Witnesses, 50 S.C.L. REV. 679, 697 (1999).
- Taruffo, Michele**, Tres observaciones sobre “por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, de Larry Laudan, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28 (2005).
- White, R. y Miller, Marc**, The Screening/Bargaining Tradeoff, 55 STAN. L. REV. 29, 33 (2002).

MARÍA EUGENIA MERCADO*

***Lawfare* y misoginia judicial en la provincia de Buenos Aires**

El presente caso, a cuya consideración es planteado, muestra claramente ribetes que demuestran aspectos claros de misoginia judicial y exterioriza una ultra finalidad de carácter político totalmente ajeno a mi persona y al fin que tiene todo proceso de investigación en el ámbito del derecho penal.

Desempeñaba mi tarea como único personal no letrado en el cuerpo de Relatores del Juez Ordoqui en el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires. Era empleada administrativa y con el correr del tiempo me gradué como Abogada. Al momento de los hechos estaba comenzando a prepararme en nuevas tareas vinculadas a mi profesión. En otras palabras, me estaban entrenando mis compañeros y el Juez para comenzar a proyectar resoluciones en expedientes judiciales.

Por entonces, me unía una relación personal de carácter sentimental con el Juez mencionado.

Sentada esta breve descripción, paso ahora a describir el contexto temporal y político del momento.

En el año 2017 la ex Gobernadora Vidal consiguió obtener la renuncia de la entonces Procuradora General ante la Suprema Corte, Dra. Falbo, para designar en su reemplazo al Procurador General Conte Grand. Se publicaba en los medios y se decía en el ámbito judicial que aquella era una medida para iniciar un período que denominaron la lucha contra "las mafias". En este caso la "mafia judicial" de la Provincia de Buenos Aires.

Después del triunfo electoral de octubre de 2017, apalancado en el poder que dicha elección generaba, se inicia el año 2018 con una persecución mas precisa a las "mafias judiciales" que no eran funcionales al nuevo proyecto o tributaban a las necesidades políticas del nuevo gobierno.

(*) María Eugenia Mercado, víctima del *Lawfare*.

Para mi desgracia personal, el Juez Ordoqui, titular de la Sala donde yo prestaba servicios y a su vez mi pareja, fue sindicado como uno de los “mafiosos judiciales”. En particular, por su pública posición política y una relación personal muy fuerte con el candidato perdedor de las elecciones del año 2015, Aníbal Fernández.

Así las cosas, en agosto de 2018 el Juez fue suspendido en su cargo por la Suprema Corte a instancias del Procurador Conte Grand y pocos días más tarde yo corrí la misma suerte. Suspensión de empleo y recorte salarial del cincuenta por ciento. Ello no sin antes desplazarme de mi lugar de prestación de servicio hacia el Archivo Departamental de Tribunales.

Valga toda esta explicación para poder instalar mi caso en la doctrina del *Law Fare*, pues para ello me veo necesitada de explicar el marco político que precedió lo que ocurrió.

Para colmo de males, quiso la suerte de un sorteo de causas que la ya olvidada Mega Causa Scioli, cayera en la Sala V. Mala noticia para el gobierno y también mala noticia para nosotros. En el marco al que me refiero era absolutamente inconveniente que la causa penal que le dio oxígeno político y sustentabilidad al gobierno de Vidal, fuera resuelta en dicha Sala. Ello, obviamente porque los jueces Ordoqui y Violini no resultaban “confiables” para el sistema que se estaba implementado.

Hoy parece normal hablar de *Law Fare*, noticias falsas, mesas judiciales, operadores, espías y muchas otras prácticas que vienen de los sótanos. En aquellos tiempos estos esquemas resultaban inimaginables. Nadie en su sano juicio hubiese pensado que podrían tener cierta verosimilitud. Era absurdo creer que se podía usar el aparato del Estado para acallar gente. Pero lo cierto es que ocurrió.

Solo me quedaba por entonces preguntarme que es lo que estaba pasando, porqué ocurrían las cosas, que había hecho para merecer tremendo castigo personal. Cabe aclarar que pasé un año detenida en el Complejo Penitenciario de Ezeiza y al día de la fecha sigo restringida en mi libertad ambulatoria. Me encuentro sufriendo un arresto domiciliario.

El contundente triunfo de Juntos por el Cambio en octubre de 2017 permitió que aquel gobierno tomara medidas extremas. Dan cuenta de ello los episodios salvajes de represión acontecidos en ciudad de Buenos Aires con motivo de las protestas de jubilados, o las consecuencias económicas sociales de las devaluaciones del 2018. Esto entre otros episodios que fueron restando adhesión al gobierno nacional y provincial. Parecía entonces, que debieron aferrarse al argumento que en cierto modo los llevó al poder. La lucha contra las mafias. Y ahí estaba yo, parte de una mafia.

Mi cometido al relatar estos sucesos y el rol que se me asignó, es poner en contexto mi situación personal frente al *Law Fare*. No hay *Law Fare* sin una finalidad política. Habrá mala justicia, habrá desidia, habrá prácticas erróneas pero no *Law Fare*. En mi caso, no tengo la menor duda que lo sufrido hasta el día de la fecha fue una articulación coordinada entre los poderes políticos, mediáticos y judicial, **para usarme de instrumento para llegar a su cometido**: Ordoqui, el juez amigo de Aníbal Fernández y no funcional

al proyecto político de Vidal. Concretamente, el juez que iba a resolver en definitiva la suerte del ex gobernador Scioli.

Groserías procesales; abuso de posición dominante en lo político-judicial. Mi recorrido.

Estoy acusada de integrar una asociación ilícita de siete miembros sin que yo conozca a ninguno. Ello por la recepción en mi casilla de correo electrónico utilizada por mi pareja de un mail enviado por uno de los socios ilícitos y otro que siquiera abrí. Esa es mi relación según la instrucción de esta causa. Esa es la prueba. Sumado a que La doctrina nacional inveterada, constante e uniforme exige muchas más conductas y pruebas para tener por acreditada la asociación ilícita. Mínimo, la permanencia en el tiempo, la coordinación de tareas, etc. Etc. No es cuestión de usar este medio para hacer un descargo jurídico.

Estoy acusada de traficar influencias ante el Juez Ordoqui en favor de una mujer que invocó el carácter de abogada cuando no lo era, mientras que esta misma hablaba personalmente con Ordoqui.

Estoy acusada de cohecho, en virtud que esa misma mujer me regaló una pequeña cartera para mi cumpleaños y no era yo quien pudiese resolver el expediente.

Estoy privada de mi libertad desde diciembre de 2018 con nada.

Veremos en los párrafos siguientes como se articuló el concierto político, mediático judicial.-

Los hechos:

La fiscal interviniente pidió mi detención y allanamiento de mi propiedad, sita en la calle 53 Nro. 386, depto. 4a. La jueza de Garantías Dra. Butierrez solo autorizó el allanamiento, no así mi detención.

Se realizó el allanamiento en forma espectacular. Camión blindado de la federal, cantidad desproporcionada de policías, puesta en escena de un circo asimilable a todos los circos de entonces. Resultado del allanamiento, negativo. Salvo que se llevaron pertenencias mías de profundo contenido sentimental como cadenas que me habían regalado a los 15 años y no aparecieron más.

Se secuestró la PC de mi hijo y aún no ha sido devuelta, aún periciada con resultado negativo. Daño y exposición mediática. Desprestigio y devastación.

Meses después, estando el Juzgado de Garantías a cargo de la Dra. Garmendia, la Fiscal insiste con mi detención y nuevo allanamiento y lo consigue. Cabe aclarar que la Dra. Garmendia es la madre del funcionario municipal de La Plata, Juan Manuel Martínez Garmendia, que está imputado en una causa por tráfico de influencias ante su madre para obtener las salidas laborales del Sr. Ronco en forma irregular. La causa la lleva la Fiscalía del Dr. Menucci, donde obran filmaciones y audios que dan cuenta de dicha irregularidad. Este tema es importante, pues es el inicio de las estocadas judiciales hacia

Ordoqui comenzaron imputándole este hecho. Demás está decir que la Dra. Garmendia jamás pudo intervenir en una causa con tamaño conflicto de intereses. Lo cierto es que lo hizo y los resultados están a la vista.

Esta orden de detención pude dilatarla con una eximición de prisión, por lo que de momento no se hizo efectiva. Si bien la Dra. Garmendia la denegó, aún me quedaba la instancia de la Cámara de Apelaciones. Mientras tanto, se realizó un nuevo allanamiento en mi casa, con el mismo objeto. Ocurrió que esta vez para allanar un departamento de 80 metros cuadrados, donde vivía con mis hijos, el varón menor de edad y mi hija recién entrada en la mayoría, les demandó desde las 07 hs hasta las 23,35 con un incontable desplazamiento de policías y nuevamente el camión en la puerta. Otra puesta en escena de la lucha contra las mafias. Esta vez con un plus. Mi hija estuvo dieciséis horas retenida en ese departamento, sin que se la autorizara a bajar ni estar en contacto con su padre que la esperó abajo muchas horas. Vejación.

Hubieron más vejaciones, el medio me encasilló como amante del juez, mientras que en realidad vivíamos juntos. Fui cosificada por este encasillamiento sexista.

Pasaron los meses y el 4 de diciembre de 2018, la Cámara de Apelaciones de La Plata, tal vez atorada por los medios o por la presión que ejercía la nueva administración resolvió a media mañana rechazar mi pedido de eximición de prisión. Lo increíble es que la policía sabía que la Cámara iba a resolver eso el día anterior. Estaban apostados desde la noche anterior a la resolución. La detención se consumó a más de 20 cuadras de allí. Cuando salimos, nos siguieron hasta la estratégica esquina de Camino Centenario y Arana, centro comercial de Villa Elisa, para detenerme. Obviamente, a plena luz del día y con los móviles presentes que inmortalizaron fotos del evento para siempre en Internet y diarios.

Con la misma remera, pantalón corto y ojotas fui tirada en una celda de la Policía Federal en la calle Cavia. Sin comida, sin colchón ni almohada. Una alcaldía que se encontraba ocupada solo por varones. Yo sola en mi celda. Sin contacto.

En esas condiciones fui trasladada a La Plata a prestar declaración indagatoria, con el mismo atuendo. Viviendo la máxima expresión de mi condición de mujer: menstruando sin elementos de higiene. Fui expuesta y paseada como un animal por todos los pasillos posibles del lugar a donde yo prestaba servicios. La fiscalía queda en el mismo edificio que el Tribunal de Casación. Esposada frente a mis ex compañeros, abogados que solía ver en ocasión de mi trabajo. Ahí pasaba yo, exhibida como un trofeo y advertencia. Esto le puede ocurrir a quien no se discipline. Y si es mujer y está sucia con su propia sangre femenina, mejor. La sangre que provenía de mi esencia de mujer a la vista del público. Peor que el pijama de Boudou.

Yo soy abogada, sabía que esta situación no podía estar ocurriendo. Era ilógico. Producida mi detención se solicitó mi excarcelación mediante un Habeas Corpus. La contundencia

de mi situación permitió que se habilitara la Feria Judicial de enero de 2019 y la Cámara de Apelaciones observó la inexistencia del delito de asociación ilícita y dispuso preventivamente mi detención domiciliaria. Esta modalidad no llegó a implementarse. La Fiscal recurrió la resolución de la Cámara ante el Tribunal de Casación. Acá aparece otra muestra palmaria del *Law Fare*. El Tribunal, integrado por la Doctora Florencia Budiño –delegada del Pro en Casación– y el mendicante juez Natiello –quien por entonces abogaba por el ascenso de su hija a Jueza de Cámara– en forma increíble y apartándose de una doctrina inveterada desde 1998 (creación del Tribunal) abrió el recurso. Por primera vez dijo que el Fiscal tenía facultades para pedir la revisión de una morigeración de estas características y en un marcado exceso jurisdiccional se ocupó de la significación jurídica del hecho y afirmó que la conducta que se me reprochaba efectivamente era la asociación ilícita. Este evento, tal vez el más lesivo del proceso, sacó una foto de mi situación procesal hasta el día de la fecha. Casación revoca la resolución de la Cámara y dice, casi para siempre, que hay asociación ilícita. Así, fui trasladada al Complejo Ezeiza. Estuve alojada hasta diciembre de ese año. Durante ese extenso período, recibí todo tipo de sugerencias antijurídicas para quitarme la responsabilidad y recuperar mi libertad.

Me cupo en dicho período compartir alojamiento con Lidia Perna. Co imputada en autos. Aquella mujer que supuestamente había “coimeado” para obtener una morigeración para el Sr. Heinze. Era otra persona, se había transformado en un ariete de la Fiscalía. Tremenda insistencia en que “mande a todos al frente”, frases como estás acá porque querés, no ayudas. Ella si ayudó. Accedió a repetir un libreto dado ante la Fiscalía y obtuvo su excarcelación. Cabe destacar que a ella no solo se le imputa este hecho, sino otros más en distintas jurisdicciones. Nuevamente la coordinación del *Law Fare*. Terminó de declarar bajo el formato de “Imputado colaborador” y recuperó su libertad en forma inmediata por resolución de distintos jueces y fiscales de otras jurisdicciones. En otras palabras, la coordinación se volvió a ver clara. Había un acuerdo con algún superior común a todas las jurisdicciones. Reitero, Perna excarcelada, yo en prisión. Era evidente que el *Law Fare* la necesitaba, no solo obtuvo su excarcelación, sino que en simultáneo consiguió la excarcelación de su marido y la eximición de prisión de su hija en otras causas completamente ajenas a esta. Otra coordinación.

En agosto de 2019 los tiempos fueron cambiando, Vidal perdió las elecciones en las PASO y algunas barbas se pusieron en remojo. Un recurso de Casación que yo había interpuesto con la finalidad de obtener una prisión domiciliaria se resolvió positivamente después de las elecciones generales de octubre. Así las cosas se resolvió que no existían peligros procesales de fuga o entorpecimiento probatorio y se remitió la causa a la Instancia para que con las medidas que la Jueza Garmendia considere oportunas se me conceda el arresto domiciliar. Y así fue. En forma apresurada, al punto que fui trasladada al Juzgado de Garantías de La Plata, sin que pudiera yo haber tomado ninguna de mis pertenencias en la cárcel –de hecho luego se “perdieron” todas– terminé ante la Jueza Garmendia. Quien ahora en una actitud maternal se refirió a mí a título de “pobre... mirá

como estás” y dispuso inmediatamente el traslado a mi domicilio. Sin monitoreo electrónico ni nada. Salvo la custodia de mi madre. Esta misma Jueza que antes afirmaba que se ayudaba me iba a ir bien. Este capítulo no se cierra acá. Como en una comedia trasnochada me preguntó si era cierto que mi familia se iba a la Costa en verano, a lo que respondí que sí. Instantáneamente me dijo, andá con ellos, quedate unos días y ves el mar y la playa. Demás está decir que fui pero no vi ni el mar ni la playa. Mi estado de shock por la situación y la resaca de los remedios con los que me trataban en la cárcel no permitieron que saliera de la casa de mis padres.

Esta Jueza debió excusarse en el juicio por conflicto de intereses y parcialidad, su hijo esta imputado por el mismo hecho. La causa pasó al Juez Atencio. Mala suerte para mí; este último amenazado por la Procuración General con un Jury por otro tema. Se vió el efecto de la presión cuando le tocó resolver mi primer petición. Negó mi excarcelación a pesar de no existir peligros procesales según lo resuelto por Casación. Fundó la negativa ante la eventualidad que estando en libertad entre en contacto con el Juez Ordoqui.

Pocos días después el Diario El Día de La Plata, publicó en la sección policiales que vecinos de la zona del departamento donde cumplía el arresto domiciliario se mostraban horrorizados por la impunidad. Según la versión del diario yo me paseaba por las veredas de mi barrio. *Law Fare* de manual, luego de la publicación se realizó una investigación con la finalidad de revocar la domiciliaria y devolverme a la cárcel. Como el hecho no existió, no se pudo comprobar. Seguí en prisión domiciliaria.-

Con la debida anticipación comuniqué al Juez Atencio la necesidad de mudarme a otro sitio. Como era de prever, la autorización no llegó a tiempo y tuve que vivir más de quince días en la cochera del edificio y hacer mis necesidades fisiológicas en un balde. De todos modos agradezco la comprensión de la situación por parte de mis ex vecinos. *Law Fare*, tormentos síquicos, vejaciones, degradación del ser humano y la mujer. Misoginia en manos de Jueces hombres y mujeres, degradación humana sin límite. Eso me ocurre.

Al día de hoy llevo 33 meses y 15 días de encierro. Si, hubiese sido condenada aún por un delito que no cometí, siendo primaria –sin ningún antecedente–, la cuantía de la “coima” una cartera de escaso valor, mi comportamiento durante el proceso, a lo sumo se me hubiese podido condenar a la pena de tres años y seis meses de prisión efectiva. Si así fuera ya hubiese cumplido holgadamente con la pena. De hecho una pena de cuatro años y siete meses firme o recurrida me habilitaría a pedir la libertad condicional por cumplimiento de los dos tercios de la pena. Ello en provincia por aplicación del artículo 100 de la ley 12.256 que habilita la soltura seis meses antes del cumplimiento de los requisitos para obtener la libertad condicional.

Se podrá decir que los tiempos han cambiado bastante. No obstante, el capitán del *Law Fare* sigue en su puesto y los jueces y fiscales que le dieron sustentabilidad al proyecto aún están en sus cargos.

TOMÁS ANGEL PÉREZ BODRIA*

El *Lawfare*: ¿novedad o arribo a destino?

El lawfare como instrumento de estigmatización y persecución de dirigentes para condicionar las políticas de los gobiernos populares en la región, no es más que la consecuencia de la construcción de un sentido común social previo, plasmado normativamente en cuanto Eugenio Raúl Zaffaroni denominó "derecho penal del enemigo".

El *lawfare*: su significado

El *lawfare* o guerra judicial o instrumento de persecución político-mediático-judicial aparece como una novedad dada durante los primeros años del siglo XXI. Si bien es susceptible de diversas interpretaciones, suele mentarse el vocablo para describir la herramienta utilizada para demonizar, perseguir y encarcelar a dirigentes surgidos de los movimientos de raigambre nacional y popular que se erigieron en buena parte de los países de nuestra región, cuyo propósito trascendente era y sigue siendo el de abortar las políticas económicas, institucionales y sociales que aquellos llevaron adelante.

Ahora bien, el único dato novedoso de esta herramienta, o no tanto, es el grado de preeminencia que la misma adquirió en orden al fin que se le reconoce –la persecución política–. Y cuando pongo en duda que, aún en este tópico constituya una novedad, me refiero a que a lo largo de la historia mundial, regional y local, mantuvo desde antaño

(*) Tomás Pérez Bodria, Abogado especialista en derecho penal; ex concejal peronista en Pilar, pcia. de Bs. As.; ex vicepresidente del Colegio de Abogados de San Isidro, ex conjuce de la Suprema Corte de Justicia de la Pcia. de Bs. As.; miembro fundador y primer presidente de la Asociación de Abogados Penalistas de San Isidro; ponente en diversos Congresos en materia penal y procesal penal; actual dirigente del Movimiento Primero la Patria y del Movimiento Federal por la Soberanía Nacional.

una destacada participación entre el cúmulo de dispositivos tendientes a estigmatizar y perseguir dirigentes políticos, sociales y sindicales.

Pero para no remontarnos demasiado atrás en la historia, me he de limitar a recordar que con titulares en letras de molde la prensa argentina que pasó a ser no sólo predominante sino excluyente, tras el golpe cívico-militar-eclesiástico del 16 de setiembre de 1955 que provocó la caída del gobierno del General Juan Domingo Perón, fue tan estigmatizante como la que se ocupó de Cristina Kirchner, Milagro Sala, Julio De Vido, Amado Boudou y tantos otros militantes del campo popular del peronismo kirchnerista.

Aquellos titulares periodísticos, como en la actualidad lo hacen con los dirigentes de los gobiernos de Néstor Kirchner y Cristina Fernández de Kirchner, no perseguían más que coadyuvar a la estigmatización de Perón, Eva Perón, los símbolos peronistas y de cuanto dirigente o militante hubiere o permaneciere ligado al denominado por los golpistas y sus voceros mediáticos, "régimen del tirano prófugo". El objetivo que seguía a dicha estigmatización, no era sino el de abortar las políticas que aseguraron el control de los recursos de la nación y forjaron la felicidad del pueblo argentino.

La acción conjunta del poder judicial estatuido por la dictadura encabezada por el general Pedro Eugenio Aramburu y Almirante Isaac Francisco Rojas y la prensa adicta, determinaron la formación de cientos de causas judiciales contra Perón y legisladores, sindicalistas y dirigentes peronistas, muchos de los cuales fueron a parar con sus huesos a la cárcel y otros pagaron con su vida la osadía. De igual modo que cuanto ocurriera con Cristina Fernández de Kirchner y una gran cantidad de dirigentes y funcionarios de los gobiernos que transcurrieron entre el 25 de mayo de 2003 y el 9 de diciembre de 2015, los medios de prensa publicaban una infinita cantidad de supuestos ilícitos y los jueces conformaban causas penales a partir de las mismas, determinando persecuciones y encarcelamientos.

El mismo General Juan Domingo Perón brinda una clara descripción de la mecánica referida, mediante el libro escrito desde su exilio: "La fuerza el derecho de las bestias". En uno de sus párrafos, Perón, aludiendo a un gran operativo de prensa gestado mediante una exhibición de joyas de Eva Perón, ropa y autos exhibidos en la Residencia Presidencial, escribió: *"Luego, esa misma pobre prensa, amordazada por la tiranía, lanzó una nueva bomba: 'Perón acaparaba oro', y se puso también en exposición las numerosas medallas y plaquetas de oro que el pueblo regaló al 'dictador' por intermedio de sus organizaciones, sin duda porque era un tirano y se le aborrecía. '¡Cincuenta kilos de oro!', dijeron –sin aclarar, es claro, que se trataba de medallas. La cosa es calumniar, que siempre algo queda"*.

Como vemos, entonces, la utilización combinada de la prensa y el poder judicial no constituye novedad alguna de los tiempos que vivimos.

¿Pero existe alguna nota contemporánea que distinga esta herramienta de la utilizada en tiempos de la “contrarrevolución fusiladora”? Por supuesto: para derrocar el gobierno constitucional, nacional, popular y democrático de Perón el instrumento prioritario al que se echó mano fue el de la violencia extrema mediante un golpe militar. De igual modo que aconteciera antes con Hipólito Yrigoyen y luego con otros gobiernos que, como los de Frondizi e Illia, aún careciendo de legitimidad a partir de la proscripción impuesta al peronismo, habían accedido mediante los mecanismos constitucionales vigentes. Y que se reiteró nuevamente el 24 de marzo de 1976 para derrocar al gobierno nacional y popular que consagró a Héctor J. Cámpora en 1973 y fuera continuado por el mismo General Juan Domingo Perón y a su fallecimiento por su esposa Isabel Martínez de Perón.

El *lawfare* en democracia. El camino de su consolidación

La única novedad entonces del *lawfare*, de ningún modo menor, es su instrumentación en democracia en reemplazo del protagonismo directo de las fuerzas armadas, exhibiendo una gran eficacia para corroer y finalmente vencer por la vía electoral a un gobierno electo por las grandes mayorías populares, entendiéndose por las mismas a las que, a diferencia de las circunstanciales, se emparentan directamente con las que encarnaron históricamente las luchas por la soberanía e independencia de nuestras naciones en la América morena. Aquellas que sin mayor esfuerzo se pueden ubicar en una línea histórica que, sin desmedro las luchas ancestrales que las precedieron, desde 1810 se identifican en nuestra Patria con los liderazgos de Moreno, Monteagudo, Dorrego, Rosas, los caudillos federales, Yrigoyen, Perón, Néstor y Cristina Kirchner.

En el año 1983 se recobra en la Argentina la democracia y es electo un presidente radical, el Dr. Raúl Alfonsín. Para entonces la escuela de Chicago que plantó sus reales primigénicamente en la hermana república de Chile a partir del golpe militar del 11 de setiembre de 1973 y que fue derramada en toda la región también a través de intervenciones militares extremadamente sangrientas, se había consolidado y ya no requería para subsistir de esa intervención hartamente violenta y desprestigiada.

En la Argentina la tarea de desmantelamiento del Estado, el endeudamiento externo a que se lo sometió, la implantación del terror y el aniquilamiento de miles de los mejores cuadros dirigentes nacionales y populares, derivó en una declinación de la ideología de tal cariz en beneficio de la denominada neoliberal, consagrada a partir del año 1989 con el denominado Consenso de Whashington. Entre nosotros, además, con el plus que para ello constituyó su adopción por parte del gobierno llegado ese mismo año en representación del peronismo y que, encabezado por Carlos Menem, traicionó abiertamente sus banderas y doctrina.

El derrotero del *lawfare* en democracia

La sabiduría popular afirma que “más sabe el zorro por viejo que por zorro”. Y yo agregó que los imperialismos también. Culminada la tarea sucia de trazos gruesos, derrotada, acorralada y aniquilada toda expresión de la causa nacional y popular, la reinstalación de la democracia tuvo más que ver con una concesión imperial que con una conquista restauradora de las luchas populares que, como consecuencia de tanto terror, quedaron reducidas a su mínima expresión. Cedió el terror militar pero permaneció y con mucha fuerza, el entramado económico y social que se valió del mismo. Por lo tanto, cuanto se vivió en la Argentina y en casi toda la región en las décadas de los ochenta y los noventa, fueron democracias absolutamente condicionadas. Condicionamiento que la defección de los partidos nacionales y populares, devenidos directamente en paupérrimas expresiones neoliberales, en el mejor de los casos, munidas de una pátula socialdemócrata a imagen y semejanza de sus ya desheñidos modelos europeos.

Es decir que el neocolonialismo dispuso así de un terreno fértil en el que sembrar sus intereses coloniales. Había logrado hacer pie, imponiendo ideas foráneas primero mediante la instauración del terror y luego mediante el temor a su retorno, en una clase media venida a menos y desprovista de la ideología nacional y popular que cimentó el modelo que le dió origen, a lo que se agregó la traición menemista para dejar inermes a los sectores populares que no la perdieron.

De la transmisión oral de las grandes banderas populares y nacionales, se dió paso a la transmisión de padres a hijos, de dirigencia en dirigencia, de un posibilismo paralizante que, con el interregno producido entre los años 2003 y 2015, aún perdura. Es que como lo plasmó don Arturo Jauretche en su poema “El Paso de los Libres” (1934): “Les he dicho todo esto pero pienso que pa’ nada, porque a la gente azonzada no la curan con consejos: cuando muere el zonzo viejo queda la zonza preñada”.

Pero como siempre está la posibilidad de que “algún zonzo se avive”, el imperio neocolonial y neoliberal desarrolló con astucia el mecanismo de reemplazo de la desprestigiada brutalidad militar. Y, por supuesto, para neutralizar a ese posible “avivato” y, sobre todo, la reacción de los amplios sectores populares que cargan sobre sus espaldas una historia de lucha inagotable, había que inventar un enemigo. Pero no cualquier enemigo. El que se gestaba debía tener el mismo rostro, idénticos intereses y similar postergación que el conformado por las clases medias y bajas de la Argentina (lo mismo vale para el resto de la región). De modo tal que la guerra se desatara dentro del mismo campo de los sometidos. Entre policías y ladrones que compartían relaciones de vecindad en los mismos barrios humildes o villas miserias. Entre hombres y muje-

res, predominantemente jóvenes, condenados a la exclusión por un sistema neoliberal, de economía de mercado, en el que no había lugar para todos. Y todo esto con un handicap adicional: el grito de guerra al sumergido elevado al rango de enemigo habría de partir de los propios sumergidos.

Fue Eugenio Raúl Zaffaroni en su obra "El enemigo en el derecho penal" (Ediar, año 2006) quien mejor caracterizó esta "obra maestra de la dominación", que vino a reemplazar aventajadamente a la "doctrina de la seguridad nacional" instaurada por la dictadura militar entre 1976 y 1983, merced a la manda del amo imperial.

Como el sistema económico reinante en el marco del consenso de Whashington – economía social de mercado según la denominación del capitán ingeniero Álvaro Alsogaray seguido por Carlos Menem y no modificado en lo estructural hasta la actualidad– excluye a amplios sectores de la población, surge inmediatamente la necesidad de incluirlos en algún lado. ¿En dónde?: el la agencia penal. Es decir, en las cárceles que pasaron a ser en toda la región, ultra pobladas por pobres de toda pobreza. Y para ello el "derecho penal del enemigo" brindó el sustento adecuado. El excluído que porta como un rasgo inconfundible el estigma de la pobreza y la marginación, fue elevado al rango de enemigo público número uno de toda la sociedad –fundamentalmente también de la excluída–. Sobre él confluyeron los medios masivos de difusión cuya presión penetró las pocas líneas del fuero penal que todavía presentaban alguna resistencia. Y si aún persistía alguna, la rápida respuesta era también la estigmatización de los jueces resistentes que, por considerárselos poco menos que cómplices del enemigo común, derivaría necesariamente en sus destituciones.

Hay otras construcciones que el imperio contempla para generar el enemigo "justificante". Así, por ejemplo, el terrorismo internacional, sobre todo a partir del atentado de las torres gemelas en EE.UU. producido 11 de setiembre del año 2001, derivando en la justificante necesaria para arrasar con países como Afganistán o Irak. Y quedarse con su petróleo y los grandes negocios emanados de sus reconstrucciones, también a cargo de los paladines de la democracia del norte. O también el narco-tráfico, cuyo mayor interesado en promover es el propio EE.UU. que, junto con los principales países europeos conforman el polo de consumo ampliamente dominante, pero que también sirve para someter las soberanías de los países dependientes, entre los que se encuentran los más signiicativos productores de estupefacientes ilegalizados.

Pero, en el caso de nuestro país y en la mayor parte de los de la región, ese enemigo, de características socio-lombrosianas, no es otro que el excluído por el modelo económico de carácter neoliberal reinante.

Y, por supuesto, la dirigencia política, sin distinción de colores partidarios que, por otra parte ya venían bastante entremezclados, estaba llamada a canalizar la demanda de los contendores que reclamaban el exterminio de los declarados como enemigos, que en buena medida eran ellos mismos. Tanto es así que en el año 2005, en plena ebullición de la conocida arremetida de un sujeto cuyo hijo fue asesinado tras ser secuestrado por delincuentes comunes (los enemigos), derivó en una manifestación multitudinaria a cuyo frente un rabino, luego devenido en ministro de medio ambiente durante el nefasto cuatrienio macrista, llamado Sergio Alejandro Bergman, hizo cantar el himno nacional supliendo la palabra "libertad" por "seguridad".

Si bien la adopción de la doctrina penal del enemigo como estandarte de campaña política había ya producido su efímero rédito electoral cuando, bajo la promesa de bala para los delincuentes, Carlos Ruckauf logró ser electo gobernador de la provincia de Buenos Aires en el año 1999, el desideratum se alcanzó en ese año 2005 en el que hasta el mismo Néstor Kirchner se vió forzado a ceder una reforma que, bajo el reclamo abrumador de "mano dura", derivó en la destrucción de los restos de coherencia que todavía mantenía el código penal argentino, instaurando fórmulas estrambóticas mediante las cuales, en determinados supuestos, se imponía una pena mayor a un hecho de robo que a uno de homicidio.

Por lo tanto el law fare es hijo dilecto del cortoplacismo y las urgencias de la dirigencia política argentina. Particularmente de la llamada a representar a las grandes mayorías populares. Su tentación por la inmediatez la llevó a desconocer el potencial letal que la doctrina del "derecho penal del enemigo", cieramente emparentada con la de seguridad nacional en cuanto a sus objetivos, conllevó para su propia suerte. Porque una vez estatuído el instrumento, su utilización se adecúa a las necesidades de quien lo maneja. El control social que facilita, resulta igualmente apto para controlar a la dirigencia política del campo nacional y popular, consagrada tal por impulsar políticas afines a los intereses de las mayorías populares. Basta con virar la mira que se dirige al "enemigo socio-lombrosiano" hacia el dirigente nacional y popular.

Cuando se produce un delito común, entendiéndose por tal siempre el cometido por un referente del campo estigmatizado como "el enemigo", los medios masivos de difusión lo potencian y provocan el reclamo airado de un condigno castigo por parte de otros integrantes del mismo campo. Y allí aparecen los jueces penales para cumplir con esa manda.

Y cuando un gobierno popular comienza a incomodar los intereses de los referentes locales del sistema colonial y, por ende también los de la metrópoli, el mismo sistema se utiliza para demonizar a los funcionarios, dirigentes y adherentes de ese gobierno

logrando que, finalmente, se produzca respecto de ellos y por parte de sus propios beneficiarios el reclamo de ser puestos también bajo la égida de la agencia penal, para lo que siempre se cuenta con los magistrados judiciales dispuestos a dar una respuesta adecuada, dado que ello se torna en un requisito a cumplir para permanecer en sus cargos inamovibles, sin perjuicio de ser muchos los casos que se pliegan por cipayismo o meras contraprestaciones dinerarias o de favores.

Así, pues, el derecho penal del enemigo, termina sustentando el *law fare*. Paradojalmente, facilitado por la miopía de la propia dirigencia política que termina sometida al mismo.

En ese camino de persecución política ya en curso aparecen, también bajo la excusa del combate al delito, en este caso identificado con la corrupción, figuras tales como las de los testigos de identidad reservada o del denominado "imputado arrepentido" que no sólo dan por tierra con quinientos años de evolución humanista del derecho penal, sino que avanzan peligrosamente hacia los límites mismos del estado de derecho.

Conclusión

El *lawfare* como instrumento de persecución política a los líderes de los procesos populares, deviene directamente de la doctrina denominada "derecho penal del enemigo", reemplazante desde la recuperación democrática en el país y en la región, de la doctrina de "la seguridad nacional". Ambas, como se sabe, tienen como objetivo común la contención de la reacción de la población sometida a un sistema económico excluyente, por aplicación de las políticas neoliberales al servicio de los intereses neocoloniales. El acompañamiento míope de aquella por la dirigencia política, incluida la nacional y popular, sin advertir que la neutralización de la reacción de los excluidos conlleva también la necesidad de neutralizar a cuanto dirigencia trabaje para finiquitar con dicho sistema de exclusión, ha convertido en presas fáciles del *lawfare* a cientos de dirigentes populares. Y, a la vez, ha neutralizado a otros muchos dirigentes de ese campo que no se atreven a enfrentar las consecuencias que sufren los que respondieron sin mácula a los intereses del pueblo.

Va de suyo, pues, que no hay forma de combatir el *lawfare* si no se encara definitivamente el camino de reformas estructurales, que permitan desandar el camino de la dependencia. Y para ello es indispensable contar con una dirigencia política, social y gremial que esté al frente de un pueblo movilizado tras ese objetivo. Una dirigencia

que anteponga los intereses de la Patria y del pueblo con miradas de largo plazo, evitando sucumbir ante imposiciones que, suponiendo un éxito electoral cortoplacista, conllevan la ruina de las políticas de cambio estructural inclusivas y de los dirigentes que las postulan.

JONNAS ESMERALDO MARQUES DE VASCONCELOS*

***Lawfare* no Banco dos Brics**

Introdução

Lawfare é um dos conceitos de fronteira da ciência jurídica contemporânea. Mais do que uma simples contração etimológica entre *law* e *warfare*, o conceito exsurge das reflexões sobre as interpretações e as práticas jurídicas a partir da lógica de combate ao inimigo. O fenômeno tem se destacado, inclusive, como um dos instrumentos típicos das chamadas “guerras não-convencionais” (Dunlap Jr, 2001; Korybko, 2018), que se proliferam no século XXI.

Exemplos de *lawfare* têm sido observados também em vários lugares da América Latina, contribuindo para promover golpes de Estado e interditar forças políticas não alinhadas aos interesses geopolíticos dos EUA (Santos; Villarreal; Pitillo, 2020; Streck; Carvalho, 2020; Streck; Proner; Carvalho; Santos, 2021).

Apesar de atores do sistema de justiça (magistrados, promotores, delegados etc.) ocuparem usualmente posição de destaque nesses fenômenos, seria errôneo pensar o *lawfare* como uma prática restrita ao âmbito judicial, como o fazem Rafael Bielsa e Pedro Peretti (2019)⁽¹⁾. Enquanto método de combate, trata-se de prática que transcende o terreno do judiciário e do sistema de justiça nacionais. Com isso, queremos apontar para a ocorrência de *lawfare* também em instâncias supranacionais e estruturas multilaterais, como nas organizações internacionais.

(*) Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Professor Permanente do Programa de Pós-graduação em Relações Internacionais da UFBA (PPGRI-UFBA). Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). E-mail: jm.vasconcelos@ufba.br ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1418-5985>

(1) Para eles: “El *lawfare* es una distorsión en la aplicación de la ley ejecutada por jueces al servicio del poder político-económico-mediático, que persigue a los opositores al modelo de apropiación inequitativa. Es una guerra judicial, cuya principal artillería es la manipulación de los magistrados, y de su tarea, que es impartir justicia. Los protagonistas del *lawfare* nunca son las leyes, sino los jueces que las interpretan sesgadamente al servicio del poder. [...] Esto es lo novedoso” (Bielsa; Peretti, 2019, s.p)

A proposta específica deste texto consiste em demonstrar como as categorias elementares do *lawfare* se apresentaram no processo de destituição do Vice-Presidente do Novo Banco de Desenvolvimento (também conhecido como “Banco dos BRICS”), Paulo Nogueira Batista Jr., que ocorreu em 2017. Se a lógica de “combate ao inimigo” já poderia ser percebida por meio de uma análise atenta dos documentos e procedimentos oficiais do caso (Vasconcelos, 2020; Batista Junior, 2021), recentes revelações de comunicações e de documentos feitos por servidores e funcionários da gestão do Governo Temer (2017-2019), conhecidas por meio de requerimentos com base na “Lei de Acesso à Informação” (LAI)⁽²⁾, lançam mais luzes às teias de relações subterrâneas do caso e ao modo como esse *lawfare* ocorreu em uma organização internacional.

Além dessa introdução, o presente artigo contém duas seções de desenvolvimento. Na primeira, há exposição do conceito de *lawfare* a partir do destaque da conexão interna da relação entre guerra e direito. Na seção subsequente, as categorias de *lawfare*, em termos de “estratégia” e de “tática”, são utilizadas para analisar o processo de destituição do Vice-Presidente Brasileiro do Banco dos BRICS. A título de considerações finais, algumas reflexões sobre a pesquisa em torno do *lawfare* são apresentadas.

Direito e guerra: o conceito de *lawfare*

Existe um tema frequentemente negligenciado pelas teorias jurídicas predominantes: a relação entre a guerra e o direito. Isso porque, via de regra, tais teorias ora reduzem o fenômeno jurídico ao seu aspecto normativo (leis, tratados, regulamentos etc.) ora o identificam com seus discursos oficiais (“como instrumento da paz”, “como meio de justiça”, entre outros exemplos) e, dessa maneira, tratam a guerra como elemento externo ao direito.

Nesses tipos de perspectiva, a unidade entre o direito e a guerra seria percebida, no máximo, em dois momentos: como *fonte* ou como objeto jurídico. No primeiro, a guerra é tomada como um evento histórico constituinte de certo padrão normativo em um dado território. Ou seja, o vencedor impõe a lei. No segundo momento, o conflito é tomado como fato a ser regulado: as leis sobre a guerra (inclusive, quando o conflito não se comporta conforme preceituam tais normas, entendem que haveria uma violação/negação do direito).

Essas abordagens, contudo, não captam a conexão interna da relação entre guerra e direito. Conexão que tem sido especialmente iluminada por aquele que é um dos conceitos de fronteira da ciência jurídica na atualidade: o *lawfare*. Trata-se de categoria

(2) Trata-se de comunicações oficiais (e-mails e respectivos anexos) entre servidores do governo federal brasileiro à época, acessados por meio de requerimento formulado por advogados do escritório Serrano, Hideo e Medeiros Advogados.

que exsurge das reflexões sobre a guerra enquanto elemento na e da operação jurídica, modulando o direito a partir da lógica de combate ao inimigo.

Em 2001, Charles Dunlap Jr., coronel da Força Aérea dos Estados Unidos, escreveu artigo alertando seus pares sobre o uso do direito enquanto arma de guerra, popularizando a expressão *lawfare*⁽³⁾. Dunlap Jr. denunciaria que o direito (em especial, o direito internacional⁽⁴⁾) estava sendo usado pelos inimigos dos Estados Unidos para constranger e dirimir as suas investidas militares. Em suas próprias palavras:

"Lawfare describes a method of warfare where law is used as a means of realizing a military objective (...). There are many dimensions to lawfare, but the one ever more frequently embraced by U.S. opponents is a cynical manipulation of the rule of law and the humanitarian values it represents. Rather seeking battlefield victories, per se, challengers try to destroy the will to fight by undermining the public support that is indispensable when democracies like the U.S. conduct military interventions". (Dunlap Jr, 2001, p.4)

Para Dunlap Jr., o direito seria utilizado para dissuadir as ações dos EUA, pois, ao acusar o país de praticar crimes, de violar regras e tratados internacionais, busca-se reduzir ou abalar o apoio popular às intervenções militares. Reconhecendo na Guerra do Vietnã o arquétipo desse método de combate, o *lawfare* tenderia a ser, em sua visão, intensificado nesse século.

Ainda que, em um nível mais imediato, o artigo pareça apenas tentar neutralizar as críticas ao crescente unilateralismo estadunidense (que foi, por sinal, revigorado após os ataques de 11 de Setembro), as recomendações de Dunlap Jr. para as forças armadas de seu país nos levam a uma questão ainda mais profunda. Trata-se da explicitação da perspectiva de que o direito deveria se ajustar aos ditames militares⁽⁵⁾. Assim sendo, ao perceber o direito como arma de guerra, o *lawfare* se constituiria, no limite, como método para a execução de objetivos geopolíticos.

É importante, contudo, perceber que a novidade do conceito de *lawfare* não está no uso do direito para fins de dominação, como subjugar e controlar um povo, um grupo

(3) Dunlap Jr. destaca que um dos primeiros registros do termo em língua inglesa poderia ser encontrado em texto de 1975 escrito por John Carlson e Neville Yeomans. Para tais autores, o *lawfare* expressaria o processo de racionalização dos conflitos, que substituiria a lógica da inquisição pela do procedimento acusatório; a da guerra pela do duelo de palavras. Como afirmam: "Thus the inquisitorial or enquiry technique is gone, the adversary or accusatory procedure alone applies in our courts. The search for truth is replaced by the classification of issues and the refinement of combat. *Lawfare* replaces warfare and the duel is with words rather than swords" (Carlson; Yeomans, 1975, s.p.). A abordagem de Dunlap Jr., contudo, desenvolve o aspecto conflitivo (o "duelo") do termo, e não seu aspecto racionalizador.

(4) "[...] we also must frankly acknowledge there is an undeniable element of anti-Americanism in international law as it is developing today." (Dunlap Jr, 2001, p.3)

(5) "[...] this paper is intended as a reminder that those interested in promoting law as an ameliorator of the misery of war are obliged to ensure it does not become bogged down with interpretations that are at odds with legitimate military concerns." (Dunlap Jr, 2001, p.20)

social ou uma etnia, para manipular a opinião pública, para perseguir e eliminar políticos, dissidentes etc. Em verdade, tais práticas integram a dinâmica de distintos sistemas de justiça mundo afora, mesmo na dos chamados Estados Democráticos de Direito⁽⁶⁾. Ou seja, o *lawfare* não inventou a dominação, o autoritarismo, a perseguição e a opressão por meios jurídicos. Como bem observa Alysson Mascaro (2020, s.p.):

“o *lawfare* não é apenas produto de maus governantes, empresários, juristas e jornalistas, é sim a margem extrema, sempre possível, do rio de uma sociedade de exploração, opressão, concorrência e disputa”.

Podemos, então, notar que o que o conceito introduz é uma dupla percepção na relação entre direito e guerra. De um lado, a utilização consciente do direito para alcançar objetivos militares e geopolíticos. De outro lado, a importância crescente conferida ao direito como instrumento não convencional dos tipos de guerras (cada vez mais veladas, indiretas, híbridas) que se proliferam no século XXI⁽⁷⁾.

Abarcando essas percepções, parece-nos frutífera a caracterização do *lawfare* enquanto “o uso estratégico do Direito para fins de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo” (Zanin Martins; Zanin Martins; Valim, 2019, s.p.). Isso porque a expressão “uso estratégico” evidencia justamente a *ratio* (a orquestração, o planejamento, a articulação) no uso do direito como ferramenta de combate. A leitura do direito por esse ângulo da estratégia ilumina a lógica da guerra em seu seio, isto é, a de enfrentar um “inimigo” pelo direito. Não se trata, por isso, de um conflito de interesses entre equivalentes sujeitos de direito, mas de um ataque a um alvo que deve ser “deslegitimado”, “prejudicado” ou “aniquilado”. Afinal, como lembram Serrano, Bonfim e Serrano (2021,

(6) “[...] embora as revoluções burguesas do século XVIII sejam apresentadas como terminativas do poder absoluto do Estado, não é o que se verifica na realidade cotidiana. O poder absoluto esteve presente ao longo de toda a história dos povos, mesmo após as conquistas do Estado democrático de direito. A cada abuso pelos agentes estatais de persecução penal, por exemplo, identifica-se a presença autoritária do poder absoluto do Estado. Se as marcas do Estado autoritário acompanham todo o percurso da história humana, mesmo após as revoluções democráticas, o que muda, no entanto, são as formas dos discursos de legitimação do autoritarismo estatal” (Serrano; Bonfim; Serrano, 2021, p.34)

(7) Segundo Andrew Korybko (2018, p.39): “[...] os EUA são os precursores de uma nova estratégia para fazer guerra no mundo multipolar: a “liderança velada”. Esta permite que os EUA terceirizem as operações de desestabilização para aliados regionais com ideias afins se o alvo for considerado muito caro ou politicamente sensível para os EUA perseguirem direta e unilateralmente. A liderança velada basicamente culmina na guerra por procuração, com os EUA gerindo as contribuições de seus aliados à empreitada de longe.” Ao observar o modo de funcionamento dos conflitos no início do século 21, o analista argumenta acerca da emergência de uma nova estratégia dos EUA para alcançar seus objetivos geopolíticos: a guerra híbrida. Trata-se de estratégia que articularia “revoluções coloridas” e “guerra não convencional” para desestabilizar governos inimigos, evitando o confronto direto. Em suas palavras: “As revoluções coloridas e as guerras não convencionais compartilham das mesmas estratégias e são diferentes lados da mesma moeda para a troca de regime. Ambos os métodos visam derrubar governos desfavoráveis ou não submissos aos EUA e seus objetivos de política internacional, sendo a revolução colorida o golpe brando e a guerra não convencional o golpe rígido” (Korybko, 2018, p.96)

p.36): “quando há o inimigo não há o ser humano, mas um ser desprovido da condição de humanidade”.

A definição de Zanin Martins, Zanin Martins e Valim (2019), destarte, contribui para o avanço da ciência jurídica em, ao menos, dois aspectos. Por um lado, realça os limites da ideologia jurídica para explicar o real funcionamento do direito na contemporaneidade. Nesse mesmo sentido, nota Mascaro (2020, s.p.):

“Ao se operar na definição idealista do direito –promotor de valores democráticos e inclusivos–, o *lawfare* com isto se contrasta. Um uso estratégico do direito rompe com a imparcialidade e a igualdade proclamadas”.

Por outro lado, abre o campo jurídico para incorporar as reflexões sobre as determinações da geopolítica⁽⁸⁾ na operação do direito, que modulam internamente as práticas jurídicas (decisões judiciais, hermenêuticas, doutrinas, condutas etc.) para alcançar objetivos estratégicos. No limite, a geopolítica deixa de ser tomada como uma questão extrajurídica, para ser enquadrada como parte integrante do próprio direito.

Assim sendo, o recurso a conceitos derivados das reflexões sobre “estratégia” e “tática”, tal qual feito por Zanin Martins, Zanin Martins e Valim em sua obra seminal (2019), torna-se uma oportunidade para o avanço da ciência do direito. Isto é o que buscaremos revelar com a análise do caso envolvendo o Banco dos BRICS.

O *lawfare* no banco dos brics

Uma das mais extraordinárias articulações internacionais do início deste século foi, certamente, a constituição da plataforma de cooperação entre Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul: os BRICS. O grupo se formou no contexto da crise de 2008, retendo a atenção da comunidade internacional com uma série de demandas por reformas na governança global, especialmente nas estruturas do sistema financeiro e monetário internacional. Sistema acusado pelo grupo de apresentar déficit de representatividade e de não corresponder às necessidades dos países emergentes e em desenvolvimento (Vasconcelos, 2020).

(8) O termo geopolítica surgiu na Europa ocidental, ao fim do séc. XIX, como uma ciência dos conflitos entre os Estados, pretendendo explicar e prever a dinâmica das interações interestatais (Flint, 2006, p.42; Sharp, 2009, p. 358). Manteve-se até boa parte do séc. XX como um conhecimento submetido e justificador das práticas internacionais expansionistas das potências como Inglaterra, Alemanha e Estados Unidos. Com os enfrentamentos aos projetos imperiais e (neo)coloniais, a geopolítica passou também a incorporar questionamentos à natureza formalista (supostamente neutra e imparcial) e “ocidentalocêntrica” das abordagens convencionais (Flint, 2006, p.41). Nesse processo, o saber da geopolítica tem incorporado a contribuição de vertentes críticas às práticas de dominação internacional em suas múltiplas dimensões (militar, cultural, política etc.).

Dentre as iniciativas dos BRICS, houve a criação do Novo Banco de Desenvolvimento (NBD). Tendo seu tratado constitutivo assinado em 2014, o Banco entrou em operação já em meados de 2015. O NBD inovou ao estabelecer, desde o início, uma equidade de poder de voto entre os seus membros-fundadores (não existindo acionista majoritário), bem como uma dinâmica de revezamento, entre nomes indicados pelos países dos BRICS, na Presidência. Chamou também a atenção tanto pelo seu elevado capital quanto pelo seu potencial de atuação global.

De forma sintética, o NBD foi pensado para ser (i) *um banco do Sul para o Sul* (ou seja, estruturado para atender as necessidades particulares dos países “emergentes e em desenvolvimento”), (ii) *um banco verde* (isto é, instituição que teria como eixo central o financiamento a projetos de infraestrutura e desenvolvimento sustentável) e (iii) *um banco técnico* (ou seja, mecanismo que não atuaria como veículo para impor agenda política aos países).

A governança do NBD, por conseguinte, foi estruturada em três órgãos: (i) Conselho de Governadores, (ii) Conselho de Diretores e (iii) Administração. O primeiro congrega a instância superior, de caráter político-normativo, composto por representantes de nível ministerial designados pelos países-membros. Já o Conselho de Diretores constitui órgão de caráter político-operacional, não residente, sendo que, cada membro-fundador tem a prerrogativa de indicar um diretor e respectivo suplente para exercer mandato de dois anos. A Administração, por seu turno, é a instância responsável pelos negócios ordinários do Banco, sendo composta por um Presidente e Vice-Presidentes que exercem mandatos de cinco anos⁽⁹⁾. O Presidente deve ser escolhido, de forma rotacional, dentre nacionais de um dos BRICS, sendo que os demais indicarão pelo menos um Vice-Presidente para compor o órgão.

Na primeira composição da Administração do Banco, a presidência ficou a cargo do indiano K.V. Kamath (2015-2020). O indicado brasileiro para ocupar, já a partir de 2015, uma das Vice-Presidências foi Paulo Nogueira Batista Jr., que até então exercia mandato na direção do FMI e que havia atuado, desde os primórdios e de forma destacada, em vários momentos e grupos de trabalho da plataforma BRICS (Batista Jr, 2021). O seu mandato, contudo, foi encerrado prematuramente, em 2017, por meio de um processo interno marcado pela violação de uma série de regras estatutárias e de direitos humanos, configurando típico *lawfare*.

Antes de analisarmos em detalhes o caso, uma consideração contextual precisa ser feita. Em certo sentido, seria ingênuo acreditar que a proposta do Banco dos BRICS – mesmo que nunca tenha adotado um discurso antagônico às instituições de Bretton

(9) Excepcionalmente, o primeiro mandato dos Vice-Presidentes foi previsto para durar seis anos, conforme estipulado no art. 13, item d, do Tratado Constitutivo do NBD. Vide: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8624.htm

Woods— não afetaria os interesses das potências que controlam as finanças internacionais. Da mesma forma, somente negligenciando que Rússia e China ocupam, há algum tempo, a lista das nações consideradas como ameaças ou potenciais ameaças à segurança dos EUA, poder-se-ia achar que o Brasil, ao se engajar com essas nações, por meio dos BRICS, não sofreria consequências dos sistemas de defesa do Império.

Até que ponto a geopolítica determinou, no Brasil, os eventos que culminaram no golpe que derrubou a presidenta Dilma Rousseff e, pouco mais de um ano depois, na demissão de Nogueira Batista é sempre uma tarefa difícil de precisar⁽¹⁰⁾. Contudo, o movimento de realinhamento da política externa brasileira com a estadunidense, a ocupação de cargos governamentais por atores historicamente vinculados às instituições de Washington, entre outras medidas que marcaram o Governo Temer (e, em certo sentido, radicalizadas na gestão Bolsonaro), certamente, dão pistas de uma convergência intrigante. Afinal, atuar por meio de prepostos não seria uma novidade do Império na história dos povos (Batista Jr, 2021)⁽¹¹⁾.

Foi nesse contexto, então, que as movimentações para viabilizar a remoção de Nogueira Batista do Banco dos BRICS foram iniciadas. É importante esclarecer ao(à) leitor(a) que, dada a natureza jurídica do cargo de Vice-Presidente do NBD⁽¹²⁾, a destituição somente poderia acontecer em caso de quebra de deveres contratuais frente à instituição (e não frente aos governos). No caso de Nogueira Batista, foram, por isso, criados verdadeiros

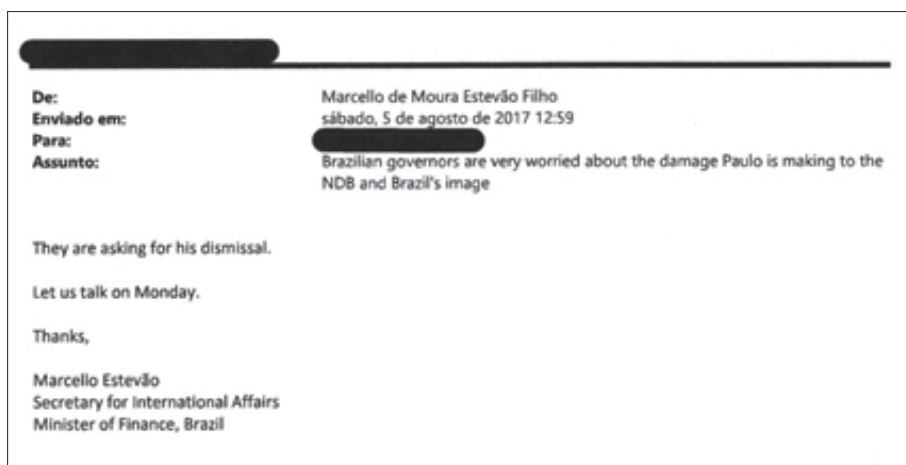
(10) Andrew Korybko (2018, p.16) levanta uma interessante hipótese para interpretar os conflitos no século 21: "Especula-se, portanto, que, no complexo ambiente internacional de hoje, quanto mais as operações de desestabilização perpetradas pelos EUA se aproximam dos núcleos-alvo (Rússia, Irã e China), menor o risco de guerra direta e maiores as chances de que meios indiretos (revoluções coloridas e guerra não convencional) sejam aplicados".

(11) Como nota Nogueira Batista (2021): "Essa dominação indireta, que se faz por meio de prepostos locais, é menos transparente e, assim, mais eficiente do que os métodos coloniais tradicionais". No contexto atual, inclusive, argumenta Korybko (2018, p.102) que a Guerra Híbrida "usa indiretamente uma miscelânea de grupos por procuração para realizar, por Washington, o que meio milhão de soldados dos EUA podem não ser capazes de conseguir diretamente. Ela é, portanto, extremamente atraente para os tomadores de decisão dos EUA à medida que seu país caminha relutantemente para um mundo multipolar, e a implementação bem-sucedida da guerra híbrida em vários palcos de guerra poderia reverter de fato esse processo e restabelecer o momento unipolar por um período de tempo indeterminado."

(12) "[...] apesar de indicado por um respectivo país, o cargo de Vice-Presidente é exercido através de mandato e de contrato. Existe, por isso, uma singular independência daquele que ocupa a função, não se confundindo com contratos trabalhistas regulares (onde, via de regra, é possível a dispensa imotivada) ou com os cargos de natureza comissionada (como é o caso dos integrantes do Conselho de Governadores, que podem ser livremente destituídos pelos respectivos governos). Em verdade, o mandato é a forma jurídica que conferiria maior autonomia administrativa ao Banco, visto que propicia, de um lado, a estabilidade do funcionário frente às intempéries dos governos e, de outro lado, a subordinação exclusiva, durante o exercício de suas funções, à autoridade do NBD. O Vice-Presidente, portanto, é cargo vinculado ao Banco por meio de um contrato de trabalho por prazo determinado (o prazo do mandato)" (Vasconcelos, 2020, p.241).

pretextos para legitimar a vontade política previamente estabelecida, em procedimento ético-disciplinar típico de *lawfare*.

Ainda que o processo tenha sido formalmente instaurado e conduzido pelas instâncias internas do NBD, materiais oficiais acessados por meio da LAI, comprovam que foram, na verdade, funcionários do governo brasileiro, alocados em Brasília, que tomaram a iniciativa para viabilizar a destituição de Nogueira Batista. Como se depreende do e-mail enviado por Marcello Estevão, servidor que ocupava à época a função de Diretor do NBD e era vinculado ao Ministério da Fazenda, autoridades brasileiras estavam requerendo a demissão de Nogueira Batista, em virtude dos danos que ele estaria causando à imagem do Brasil e do Banco:



Ato contínuo, servidores do Banco Central Brasileiro (BCB) e do Ministério da Fazenda, a partir do mês de julho daquele ano⁽¹³⁾, formularam verdadeiro dossiê secreto para entregar ao NBD e para demandar pela demissão de Nogueira Batista.

O dossiê, que somente agora se tornou conhecido, foi preparado e revisado por servidores do governo subordinados politicamente a Ilan Goldfajn, então Presidente do BCB (2016-2019). Esse documento contém a tese de que textos escritos por Nogueira Batista, em sua coluna regular no jornal O Globo, teriam violado as regras do NBD. Em essência, argumenta que ele não teria mantido a neutralidade política do cargo, publicando, inclusive, ideias próximas às do PT (Partido dos Trabalhadores)⁽¹⁴⁾.

(13) No mês de julho, há registro das primeiras movimentações de autoridades do governo brasileiro para viabilizar a demissão de Paulo Nogueira Batista Jr. Durante o mês de agosto, por conseguinte, observa-se intensa movimentação de servidores públicos para elaborar e enviar dossiê para representantes do NBD antes da Cúpula dos líderes dos BRICS em Xiamen, que ocorreria no início de setembro daquele mesmo ano.

(14) Segundo consta no documento enviado ao Presidente do NBD: "Even though Mr. Batista Jr. did not explicitly referred (sic) to political parties, he has employed arguments, references and terms of one

Em 25 de agosto de 2017, Ilan Goldfajn recebeu e-mail com o “case para ser apresentado ao board of Governors do NDB” e com a sugestão de ser “apresentado antes da cúpula de Xiamen, assim o Marcelo (sic) poderia conversar sobre o caso com os representantes dos demais países”. Apesar do erro na grafia, trata-se do já mencionado Marcello Estevão. Como atesta o e-mail abaixo, foi justamente Marcello quem levou ao Presidente do NDB a demanda, em nome do governo brasileiro, pedindo a “pronta demissão” (*prompt dismissal*) de Nogueira Batista:



O material anexado por Estevão, intitulado NDB's VP&CRO *breach of contract*, é quase idêntico àquele desenvolvido pelos servidores do governo brasileiro vinculados ao presidente do BCB. Houve, todavia, alguns acréscimos importantes por parte dele, com a clara intenção de constranger diplomaticamente a direção do NDB. Por exemplo, a afirmação, que caracteriza uma ameaça, de que a continuação de Nogueira Batista no cargo “pode colocar em perigo a relação do Banco com a República Federativa do Brasil, como acionista e como cliente”. Acrescentou, também, a título de conclusão no documento, a seguinte frase: “Portanto, a República Federativa do Brasil aconselha fortemente (*strongly advises*) a imediata interrupção da conexão do Vice-Pre-

particular political party (the Workers' Party) to attack its political opponents, thus clearly identifying his political preferences to Brazilian readers.”

sidente com o NBD". Mudanças, inclusive, que foram logo percebidas e celebradas pelos servidores que se reportavam a Ilan Goldfajn:

De: [Tiago Couto Berriel](#)
Para: [Ilan Goldfajn](#)
Assunto: Fwd: RES: NDB Brazil VP Breach of Contract MF.docx
Data: sexta-feira, 1 de setembro de 2017 18:01:55

As mudanças do estevao foram para melhor!

Enviado do meu iPhone

Início da mensagem encaminhada

De: Daniela Pires Ramos de Alcantara <daniela.pires@bcb.gov.br>
Data: 1 de setembro de 2017 17:55:55 BRT
Para: Tiago Couto Berriel <tiago.berriel@bcb.gov.br>
Assunto: RES: NDB Brazil VP Breach of Contract MF.docx

Prezado Diretor,

O arquivo segue nossa proposta. Alteração mais relevante foi a inclusão de um item de objetivo com redação forte e a identificação da demissão como conclusão:

1. Objective
The aim of this document is to demonstrate that Mr. Paulo Nogueira Batista Jr has failed to comply with the Code of Conduct of the New Development Bank, as well as with essential obligations stipulated in his professional contract with the aforementioned institution. Hence, the Brazilian government believes that he should no longer occupy the Vice-President position in the Bank, as he has frequently been in breach of his contractual obligations, for the reasons stated below. **This situation may endanger the relationship of the Bank with the Federative Republic of Brazil, both as a shareholder and as a client.**

4. Conclusion
The Federative Republic of Brazil considers that the actions taken by NDB's VP&CRO are disturbing and inappropriate, especially considering Senior Staff's expected behavior, and are profoundly against professional ethics. In assuming the position of VP, Mr. Batista Jr. assumed the formal commitment to abide by and comply with the rules established in the Code of Conduct. Brazil firmly believes that these repeated actions represent a breach of trust and a failure to comply with the terms of his contract, which must have a strong response indicating that the Board does not accept such behavior.
Therefore, the Federative Republic of Brazil strongly advises the immediate termination of the VP&CRO's connection to the NDB.

Na sequência dos fatos, o NBD contratou a firma de advocacia Baker & McKenzie para elaborar um parecer sobre o caso. Curiosamente (talvez para não dar a impressão de que o procedimento tinha sido encomendado pelo governo brasileiro), a firma foi instada a analisar se artigos de opinião publicados pelos Vice-Presidentes brasileiro e chinês teriam violado as regras do banco.

Assim, em 11 de setembro de 2017, Nogueira Batista recebeu o primeiro parecer elaborado pelo advogado Jonathan Isaacs. Parecer que isentava o funcionário chinês, mas acusava o brasileiro de violar deveres éticos e contratuais do NBD. Foi somente a partir desse momento que Nogueira Batista tomou, então, conhecimento da existência da investigação, tendo sido instado a se manifestar.

À época, ele não sabia que os textos analisados e os argumentos utilizados pelo Jonathan Isaacs eram os mesmos que constavam no mencionado dossiê secreto. Mesmo sem ter acesso a todas essas informações e documentos, Nogueira Batista apresentou defesas que demonstraram a falta de fundamentos da acusação⁽¹⁵⁾. Contudo, como ocorre em *lawfare*, o procedimento é um mero teatro para se legitimar a sentença pre-determinada e encomendada: a “pronta demissão” do Vice-Presidente brasileiro do NBD.

Evidenciada a motivação política e as ações subterrâneas, podemos agora passar a analisar como o processo ocorreu dentro do NBD. Para tanto, nos inspiramos nas categorias da estratégia e tática para elucidar a dinâmica desse *lawfare*.

3.1. Estratégia e Tática do *Lawfare*

Uma das primeiras dificuldades teóricas para se reconhecer o *lawfare* consiste justamente na necessidade de se transcender o ângulo puramente formal de um processo. Isso porque é da sua essência manter a aparência de legalidade. A observância de ritos e o uso de linguagens jurídicas são necessidades para utilizar o direito como ferramenta de combate ao inimigo. Sem a miragem do respeito à dogmática-jurídica, às regras instituídas, o processo revelaria a sua verdadeira natureza: a de ser puro arbítrio. Como bem observam Zanin Martins, Zanin Martins e Valim (2019, s.p.):

“O ponto de vista interno do Direito –dogmático-jurídico– seria incapaz de expor a manipulação do Direito operada pelo *lawfare*, sobretudo porque a validade ou invalidade dos atos jurídicos não importam nas batalhas jurídicas. O que realmente tem relevância são os resultados táticos ou estratégicos, para cujo atingimento se adotam, indistintamente, medidas legais ou ilegais”.

Destarte, enquanto internalização e articulação da lógica da guerra no direito, a racionalidade do combate ao inimigo, as categorias estratégia e tática se tornam funcionais para compreensão da dinâmica do *lawfare*. Vejamos, então, o caso da demissão de Nogueira Batista à luz das dimensões da “geografia”, do “armamento” e das “externalidades”.

3.1.1. A geografia no *lawfare*

Assim como nas guerras convencionais, o “campo de batalha” é um dado estratégico para determinar as táticas a serem operadas no conflito. Nesse sentido, a “geografia” do *lawfare* expressa a escolha do terreno mais favorável para a execução dos objetivos jurídicos a serem alcançados. Consentâneo a isso, enquadra-se, por exemplo, a chamada tática do *forum shopping*, que, em essência, consiste na seleção dos órgãos competentes para julgar a questão.

(15) Os documentos do processo podem ser acessados no sitio <https://www.nogueirabatista.com.br/>. Acesso em: 15 Jun. 2021.

No caso de Nogueira Batista, a dimensão da geografia se revela em dois níveis. No primeiro, o processo ocorreu dentro das instâncias do próprio NBD. Mesmo sem qualquer regra normatizando tais procedimentos disciplinares, o Banco contratou uma firma de advocacia para produzir um parecer sobre o caso, certamente esperando conferir a aparência de imparcialidade ao seu julgamento.

No segundo nível, tem-se a negativa do Banco para permitir que o conflito seja julgado em um tribunal imparcial e independente, violando, assim, um direito humano internacionalmente consagrado⁽¹⁶⁾. O NBD, ancorado na imunidade jurisdicional prevista em seu tratado constitutivo, não estabeleceu, até o presente, foro adequado para resolução de conflitos entre a instituição e seus funcionários.

É importante esclarecer que a concessão de imunidades jurisdicionais (trabalhistas, fiscais, entre outras) para organizações internacionais é prática comum. Duas são as razões básicas que a justificam. De um lado, busca-se prevenir que um Estado use seu sistema de justiça para diminuir a autonomia da organização, obtendo vantagens políticas e econômicas indevidas. De outro, quer-se garantir que, em caso de disputa da organização com um Estado-membro, este último não atue, ao mesmo tempo, como parte e juiz do conflito (Berenson, 2010)⁽¹⁷⁾.

Entretanto, imunidade não significa impunidade. Ou seja, quando os Estados-membros concordam em não estender o seu poder jurisdicional sobre uma organização internacional, isso implica que esta deve selecionar uma jurisdição competente para solucionar conflitos, que deve ser considerada imparcial pelos membros e pela organização. No caso de disputas com o Banco, os seus funcionários têm igualmente o direito a um julgamento justo. Por essa razão, as organizações internacionais devem estabelecer sistema de resolução de conflitos independente e imparcial. Usualmente, dois são os caminhos adotados: cria-se o próprio tribunal administrativo (com juízes autônomos e regras pré-estabelecidas) ou adere-se à jurisdição de uma corte internacional pré-existente. Para ficar em alguns poucos exemplos, o Banco Mundial e o FMI criaram tribunais administrativos próprios, ao passo que a Organização Mundial do Comércio adotou a jurisdição do Tribunal Administrativo da OIT (Organização Internacional do Trabalho).

O fato de o Banco dos BRICS ser historicamente recente não é, por si, justificativa para a não adoção ou instituição de mecanismo de solução de controvérsias. Até o Banco Asi-

(16) De acordo com o artigo 10 da Declaração Universal de Direitos Humanos: "Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ele".

(17) "(i) Preventing any one state from gaining an unfair advantage in or crippling an international organization by way of its courts and/or administrative agencies with adjudicative authority; and (ii) Providing a guarantee that a member State, in disputes with those organizations, is not likely to become both judge and party thereby denying the organization a mechanism for the fair and independent adjudication of the dispute in accordance with due process" (Berenson, 2010, p.134).

ático de Investimentos em Infraestrutura, criado na mesma época, já prevê esse direito aos seus funcionários⁽¹⁸⁾.

Dessa maneira, o Banco dos BRICS permanece em estado de grave violação de direitos humanos. Não só os direitos de Nogueira Batista, frise-se, mas o de todos os seus funcionários, uma vez que eles não podem recorrer de quaisquer decisões da instituição financeira.

Portanto, impedir que o processo de suposta quebra de deveres contratuais e estatutários seja julgado por uma corte imparcial, restringindo-o ao ambiente interno controlado pelo próprio Banco, que acumula a função de acusador e julgador, expressa claramente a estratégia “geográfica” desse *lawfare*.

3.1.2. O armamento no *lawfare*

Outra dimensão estratégica é a escolha dos atos normativos (as “armas”) para atacar o inimigo. Em processos dessa natureza, vistos que sem justa causa, observa-se a predileção por acusações formuladas a partir da manipulação hermenêutica de normas de definições mais abertas e vagas, como as de cunho ético-disciplinar.

Denunciar sem justa causa é uma tática padrão do *lawfare*. No processo de Nogueira Batista, a demissão foi fundada no argumento de que seus textos de opinião teriam infringido as normas éticas do NBD, especificamente o dever de manter a neutralidade política. Conforme pareceres da *Baker & McKenzie* que instruíram a decisão da demissão, as normas do banco vedariam aos funcionários expressar quaisquer comentários sobre questão política que envolva partidos⁽¹⁹⁾. Assim, repetindo o que estava no dossiê secreto elaborado no Banco Central do Brasil, argumentou-se que Nogueira Batista teria violado as normas do Banco ao versar sobre temas como impeachment, crise política, polarização nacional, corrupção e sentença do ex-Presidente Lula⁽²⁰⁾.

(18) Ainda que o mecanismo desenhado seja passível de críticas, sobretudo em relação à sua imparcialidade e independência, o Banco Asiático de Investimentos em Infraestrutura não pode ser acusado de omissão nesse quesito. Vide seu Regulamento dos Funcionários e as Regras dos Funcionários em: https://www.aiib.org/en/about-aiib/basic-documents/_download/staff-regulations/basic_document_staff_regulations.pdf e https://www.aiib.org/en/about-aiib/basic-documents/_download/staff-regulations/Staff-Rules-June-2021.pdf

(19) Nas palavras de Isaacs: “In particular, staff/officers of the Bank are explicitly prohibited from expressing views or publishing comments on any political issue involving political parties. (...) The term “involves” generally means to be a part of, engage in or take part in. In other words, any political issue that political parties were a part of, engaged in or took part in would be covered by this prohibition.” (grifos nossos).

(20) Os artigos selecionados no dossiê e depois analisados por Jonathan Isaacs foram: “Golpe?”, de 1 de abril de 2016; “Brasil em risco”, de 13 de maio de 2016; “Polarização”, de 9 de dezembro de 2016; “Brasil corre perigo”, de 23 de dezembro de 2016; “Dinheiro compra tudo”, de 26 de maio de 2017; e “Ponto parágrafo”, de 21 de julho de 2017. Disponíveis em: <https://www.nogueirabatista.com.br> e em <https://oglobo.globo.com/opiniaopaulo-nogueira-batista-jr/>. Acesso em: 15 Jun. 2021.

Trata-se não só de interpretação distorcida do teor dos textos de Nogueira Batista, mas também das próprias normas do NBD. Assim diz a cláusula 3.10 do Código de Conduta da instituição:

“Os nomeados do Banco são livres para exercer seus direitos durante as eleições nacionais ou provinciais, mas não têm permissão para expressar opiniões ou publicar comentários sobre qualquer questão política envolvendo partidos políticos em seu próprio país ou no local da sede do Banco, sem aprovação explícita do Comitê de Conduta” (NBD, 2016, p. 10-11)

A interpretação da cláusula focou unicamente na expressão “sobre qualquer questão política envolvendo partidos políticos”, retirando-a de contexto. Para concluir que a norma teria um escopo amplo de vedação, cometeu-se, então, duas impropriedades interpretativas. Primeiro, realçou intencionalmente o termo “qualquer questão política”, e não o complemento “envolvendo partidos políticos”, que é justamente o especificador (reduzidor) da proibição. Por isso, afirmou-se que estariam proibidas emissões de opiniões sobre assuntos com envolvimento partidário. Afinal, qual assunto político não teria envolvimento partidário? Haveria uma lista de temas políticos e outra de temas político-partidários? Se sim, como delimitá-los? Essa aporia resulta da segunda e mais grave impropriedade interpretativa cometida: ao ignorar por completo a estrutura gramatical de toda a frase analisada, distorceu-se o seu sentido. Notemos que a proibição aos comentários sobre assuntos políticos envolvendo partidos não é atemporal tampouco absoluta. A primeira oração deixa evidente que os funcionários são livres para exercer seus direitos em eleições, “mas” (eis o advérbio que inicia a segunda oração) estão proibidos de emitir “comentários sobre qualquer questão política envolvendo partidos políticos”. É evidente que a conduta normatizada se refere ao momento eleitoral, onde há clara disputa partidária. Ou seja, o Código de Conduta esclarece que, em situação eleitoral, os funcionários podem votar, *mas* não poderiam expressar suas preferências partidárias, direta ou indiretamente (Vasconcelos, 2020)⁽²¹⁾.

Manipular e distorcer os sentidos de normas para dar aparência de legalidade à decisão não é o único expediente de *lawfare*. Outra “arma” comum é o chamado *overcharging*,

(21) “A título de exemplo, durante o contexto de uma disputa eleitoral onde o tema do aborto divide as candidaturas, não poderia o funcionário escrever um texto opinativo sobre esse assunto, pois estaria indiretamente evidenciando preferência partidária. Por essa razão, a norma usou o termo “qualquer questão política envolvendo partidos”. Passado o pleito eleitoral, não haveria óbice ao funcionário publicar suas opiniões sobre aquele tema. Além de temporalmente situada, a proibição é relativa, visto que poderia ser emitida sob “aprovação explícita do Comitê de Conduta”. Ou seja, a própria regra prevê que, em algumas circunstâncias (certamente excepcionais), a manifestação sobre assunto político envolvendo partidos, em um contexto de eleições, seria aceitável. Tal poderia ser o caso de uma eleição na qual o próprio Banco seja objeto de debate e nele sejam utilizados dados incorretos ou inverídicos sobre o seu funcionamento. Nesse tipo de situação, o Comitê de Conduta poderia autorizar o Presidente do Banco, por exemplo, a emitir comunicado sobre o assunto, esclarecendo, de maneira sempre imparcial e neutra, os dados em questão” (Vasconcelos, 2020, p.249).

que serve tanto para abalar o moral do inimigo quanto para aumentar as chances de sucesso no combate. No direito, essa tática se manifesta em dois sentidos: um vertical (acusações que buscam as sanções mais graves possíveis) e outro horizontal (na quantidade de denúncias). Consequente a essa lógica, Nogueira Batista foi tanto acusado de ter cometido grave violação às regras do banco, o que deveria resultar em sua imediata demissão (nem se cogitou, a título de exemplificação, alguma medida menos drástica, como advertência, multa ou suspensão), bem como foi igualmente acusado de outras condutas indevidas⁽²²⁾.

Ainda nos procedimentos conduzidos pelo NBD, é possível verificar outras táticas aplicadas. Destaca-se o recurso a técnicas de exceção, uma vez que normas foram criadas *ad hoc* para condução do caso. Existe um princípio basilar de justiça que é o de que todos têm direito a participar do julgamento em condições que lhes permitam exercer o contraditório em condições equivalentes às de quem acusa. A ideia pressuposta é a de que decisão justa é aquela que se processa por meios justos. Por isso, a objetividade, a transparência e a previsão dos procedimentos são cruciais para qualquer julgamento, as quais, entretanto, estiveram ausentes na demissão de Paulo Nogueira Batista Jr. Isso porque não existiam normas do Banco que regulassem o procedimento ético-disciplinar. Não existiam regras, por exemplo, sobre prazos e formas das manifestações das partes interessadas, sobre as sanções e sua dinâmica de aplicação, sobre critérios para eventual contratação de técnicos, assistentes ou pareceristas externos etc.

O tratamento excepcional foi, por sua vez, acompanhado de outra tática comum em *lawfare*: a criação de obstáculos ao direito de defesa. No caso, Nogueira Batista não só teve negado o direito de ser acompanhado por advogado em reunião deliberativa do Banco, como também não teve direito a presenciar e apresentar sua defesa na reunião do Conselho que decidiu pela sua destituição no cargo. Isso sem contar que o dossiê, produzido pelo governo brasileiro, nunca tinha sido sequer levado ao conhecimento do acusado. Fato que impediu objetivamente o exercício pleno do seu direito de defesa.

3.1.3. As externalidades no *lawfare*

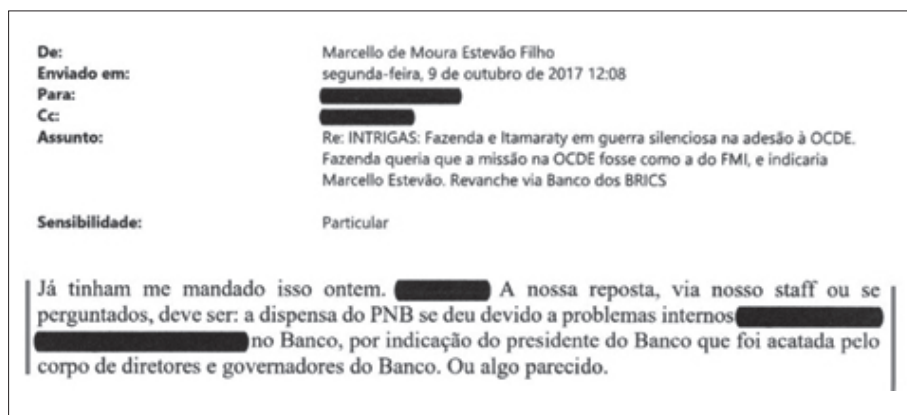
O sucesso do uso do direito como arma de combate depende, como afirmado, da aparência de legalidade dos seus atos. Por essa razão, é estratégico criar um ambiente, para o público relevante, de justiça das decisões tomadas. Essas são as chamadas

(22) Em paralelo, foi instaurada investigação sobre denúncia de assédio moral supostamente cometido contra o também brasileiro Sergio Suchodolski, mas que somente foi concluída após a demissão de Paulo Nogueira Batista Jr. já ter sido efetivada. A fragilidade da acusação pode ser visualizada da leitura dos documentos do processo, que estão disponíveis em <https://www.nogueirabatista.com.br/category/documentos/assedio-moral/>. Acesso em: 15 Ago. 2021.

externalidades, que no *lawfare* consistem “nas técnicas de manipulação de informação para gerar um ambiente favorável ou aceitável para o uso das armas jurídicas contra o inimigo” (Zanin Martins; Zanin Martins; Valim, 2019, s.p.).

Usualmente, a mídia é taticamente mobilizada pelos atores do processo para criar esse “ambiente favorável”. A depender da situação, o seu uso pode ser mais ou menos intenso. Ou seja, pode-se querer silenciar ou alarmar os meios de comunicação sobre o conflito. No caso de Nogueira Batista, observamos que representantes do Banco e do governo brasileiro à época adotaram uma postura low profile, isto é, visando uma narrativa que tratou o processo não como um “escândalo”, mas como uma questão interna e burocrática, sem muito engajamento com o público externo.

À luz dos dados revelados, fica claro que a tática de comunicação adotada contribuiu tanto para não despertar a atenção de jornalistas investigativos (nos veículos tradicionais, inclusive, as notícias sobre o caso eram, além de escassas, taquigráficas e pouco críticas⁽²³⁾) quanto para fortalecer a impressão de que seria um processo puramente interno do NBD, não tendo qualquer caráter de perseguição política. Essa tática foi explicitada pelo Marcello Estevão:



Revelando alinhamento, em 14 de outubro de 2017, o Ministro da Fazenda à época, Henrique Meirelles, afirmaria “que a demissão foi um processo interno do banco e [...] que o governo brasileiro não teve nenhuma participação nesse processo”⁽²⁴⁾.

(23) Em mídias alternativas brasileiras, por sua vez, foi possível encontrar análises críticas do caso. Vide, por exemplo: <https://www.poder360.com.br/opiniaio/internacional/demissao-no-banco-dos-brics-foi-arbitraria-diz-rodriigo-de-almeida/>; <https://jornalggn.com.br/brics/a-demissao-de-paulo-nogueira-batista-jr-e-o-cinismo-autoritario-por-jonnas-vasconcelos/amp/>; <https://www.brasil247.com/economia/nassif-explica-demissao-de-paulo-nogueira-batista-jr>. Apenas após consumada a demissão, grandes veículos de comunicação do país publicaram entrevistas que destoaram da narrativa oficial de que o processo era uma mera questão interna ao Banco.

(24) Vide: <https://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2017/10/epoca-negocios-banco-dos-brics-demite-economista-brasileiro.html>, acesso em 12 de Jun. 2021.

planejamento e orquestração) do direito (das normas, dos discursos jurídicos, de sistemas de justiça etc.) como arma de guerra (não convencional).

Nesse sentido, duas observações em torno do conceito podem ser traçadas, cujo alcance teórico ainda precisa ser futuramente desenvolvido. De um lado, existe a percepção de que a efetividade dessa “arma” depende da aparência de neutralidade e de exterioridade frente ao conflito. Ou seja, quanto mais o direito revela a sua essência, menor é a sua capacidade de cumprir com seus objetivos. Por isso, a ideologia jurídica parece servir como uma espécie de necessária “munição”. De outro lado, o *lawfare* coloca o desafio de se pensar o direito à luz da geopolítica. Trata-se da percepção geral de que as determinações do conflito internacional modulam (em diferentes níveis e graus, e não de forma mecânica) o uso estratégico do direito como arma de combate. Em termos particulares, há de se compreender as conexões entre o *lawfare* e o confronto (cada vez menos velado) entre EUA e China, que parece polarizar o mundo nesse século 21.

Em face dessas considerações, o caso da demissão do Vice-Presidente brasileiro do Banco dos BRICS se apresenta como paradigmático. Além de demonstrar que o *lawfare* não se limita às instituições estatais, a análise de seus elementos aponta para uma complexa teia de relações subterrâneas e geopolíticas que precisa ser conhecida - desafio especialmente válido para quem objetiva neutralizar as estratégias e táticas de combate ao inimigo por meio do direito.

Referencias

Batista Jr., Paulo Nogueira 2021. O Brasil não cabe no quintal de ninguém: bastidores da vida de um economista brasileiro no FMI e nos BRICS e outros textos sobre nacionalismo e nosso complexo de vira-latas. (São Paulo: Leya).

Berenson, William M. 2011. “Immunity for International Organizations? Squaring the Concept of Immunity with The Fundamental Right to a Fair Trial: The Case of the OAS”, p.133-145, en: The World Bank Legal Review (Washington). Disponível em: <https://elibrary.worldbank.org/doi/abs/10.1596/9780821388631_CH04>.

Bielsa, Rafael; Peretti, Pedro. 2019. *Lawfare: guerra judicial-mediática* (Buenos Aires: Ariel; Kindle).

Carlson, John; Yeomans, Neville. 1975. “Whither Goeth the Law: Humanity or Barbarity”. en: Smith, Margareth; Crossley, David. The way out: Radical alternatives in Australia. (Melbourne: Lansdowne Press). Disponível em: <http://www.laceweb.org.au/whi.htm>.

Dunlap Jr., Charles J. 2001. “Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Century Conflicts”. en: Working Paper (Cambridge (Mass.), Harvard University, John F.

Kennedy School of Government). Disponível em: <https://people.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf>.

Flint, Colin 2006. *Introduction to Geopolitics* (New York: Routledge).

Korybko, Andrew 2018 (2015). *Guerras Híbridas: das revoluções coloridas aos golpes* (São Paulo: Expressão Popular).

Mascaro, Alysson Leandro Barbate. 2020. "*Lawfare*: uma introdução. Comentário sobre o livro de Cristiano Zanin Martins, Valeska Teixeira Zanin Martins e Rafael Valim" em: *A Terra é Redonda* (Brasil). Disponível em: <https://aterraeredonda.com.br/lawfare-uma-introducao/>

NDB (NEW DEVELOPMENT BANK). 2016. *Code of Business Conduct and Ethics*. (Xangai). Disponível em: <<https://www.ndb.int/wp-content/uploads/2017/12/Code-of-Business-Conduct-and-Ethics-20171120.pdf>>

Santos, Roberto Santana; Villarreal, Marília; Pitillo, João Cláudio. 2020. *América Latina na encruzilhada: lawfare, golpes e luta de classes* (São Paulo: Autonomia Literária).

Sharp, Jo P. 2009. *Critical Geopolitics*. (Glasgow, UK: Elsevier Ltd.).

Serrano, Pedro Estevam Alves Pinto; Bonfim, Anderson Medeiros; Serrano Juliana Salinas. 2021. "Imparcialidade, autoritarismo líquido e exceção na Operação Lava Jato" em: *Revista Direitos Democráticos & Estado Moderno*, (São Paulo). Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/DDEM/article/view/50546>

Streck, Lenio Luiz; Carvalho, Marco Aurélio de (orgs.) 2020. *O Livro das Suspeições* (Rio de Janeiro: Telha).

Streck, Lenio Luiz; Proner, Carol; Carvalho, Marco Aurélio de; Santos, Fabiano Silva do (orgs.). 2021. *O Livro das Parcialidades* (Rio de Janeiro: Telha).

Vasconcelos, Jonnas. 2020. *A Agenda Regulatória dos BRICS* (Belo Horizonte: Dialética).

Zanin Martins, Cristiano; Zanin Martins, Valeska Teixeira; Valim, Rafael. 2019. *Lawfare: uma introdução* (São Paulo: Ed. Contracorrente, Kindle).

JORGE VICENTE PALADINES*

Influjo psíquico: entretelones de la teoría con la que condenaron a Rafael Correa

Agradezco de antemano al Ministerio de Justicia de Argentina, en especial a *Juan Martín Mena* por su entrañable amistad, así como a *Franco Metaza*, *Juan Manuel Falabella* y *Nicolás Rapetti* por la magnífica coordinación de este evento; y, principalmente, a mis compañeras y compañeros que participan en esta mesa. Lamento perderme de la pasión que entrañan las intervenciones que se realizan de forma presencial.

* * *

El 7 de abril del 2020 fue sentenciado —junto al ex vicepresidente *Jorge Glas* y otras personas— el ex presidente del Ecuador, *Rafael Correa Delgado*, a 8 años de prisión. La página 384 de su condena menciona que había existido: “un poder total concentrado en sus manos, a manera de un ‘autócrata’, esto es, controlando las cinco funciones del Estado ecuatoriano”, porque —continúa la cita— “hizo surgir sobre un grupo de personas, especialmente sobre un grupo de funcionarios públicos de su entera confianza —mediante un influjo psíquico—, la resolución de realizar el injusto de cohecho pasivo propio agravado.”⁽¹⁾

Jurídicamente, este párrafo elevó a la sentencia a su climax jurídico, toda vez que intentó respaldar de forma tácita la fuerza de su decisión en una de las teorías más complejas y no menos controvertidas del Derecho penal: la afamada teoría de *autoría mediata por dominio de la organización* del profesor *Claus Roxin*, el más influyente penalista alemán de nuestros tiempos, y cuya teoría fuera elaborada en el año de 1963. Al final, los jueces ecuatorianos no se animaron a invocar directamente las formulaciones de la referida

(*) @jorgepaladines es Profesor de la Universidad Central del Ecuador; autor de investigaciones y estudios sobre Derecho penal y Criminología, entre los recientes “Derecho Penal de Auschwitz: la continuación del ‘estado dual’”, Hammurabi, Bs As, 2020.

(1) Proceso Nro. 17721-2019-00029G Sentencia accesible en línea de la página institucional de la Procuraduría General del Estado: http://www.pge.gob.ec/images/2020/casoSobornos/sentencia_caso_rc_y_otros.pdf

teoría; sin embargo, hicieron de ella un extraño empalme jurídico. A partir de este hecho, discurre entre los juristas ecuatorianos una disputa por el monopolio hermenéutico de su cifrado teórico, ungidos quizás por la defensa a las ideas roxinianas o por devoción al producto europeo.

Más allá del peregrinaje hispanoamericano hacia el derecho germano, lo cierto es que la dogmática penal alemana —para sorpresa en la actualidad de la mayoría estudiantes de derecho de la propia Alemania— es la base desde donde se discuten las figuras típicas y el método de interpretación de las normas penales de nuestro continente, es decir, la teoría del delito implantada en la parte general de nuestros códigos penales. Aquí se desprende también una ambiciosa pretensión de universalidad científica que marca las diferencias entre los “sitios de producción” y los “sitios de recepción” del derecho. La “hermenéutica rica” versus la “hermenéutica pobre” como diría *Diego López Medina*⁽²⁾. Pero al margen del lugar paupérrimo que nos reservó el prenombrado jurista colombiano graduado en Harvard, aquel dilema enciende los motores de la así denominada *Teoría Transnacional del Derecho*; con ello, del estudio de la dimensión geopolítica del derecho.

La discusión sobre si el ex presidente *Rafael Correa* fue sentenciado bajo un correcto, mediocre o manqueo uso de la teoría del profesor *Claus Roxin* pasa a un segundo plano, cuando de por medio existe la sospecha de que su condena tuvo lugar en el marco de la aplicación del *Lawfare*⁽³⁾, una sofisticada y manifiesta continuación de la política por otros medios. Y es que el *Lawfare* no debe ser entendido únicamente como el uso político de la justicia para imponer lo que un grupo o partido no logró por medio de las elecciones. En el fondo, el *Lawfare* tiene que ver con la neutralización definitiva del otro, de aquel que fuera definido por el Kronjurista del nacionalsocialismo, *Carl Schmitt*, como el enemigo⁽⁴⁾. Su objetivo por tanto no es sólo deshonrar al rival político para dejarlo fuera de juego de la competencia electoral, sino algo mucho más grave. Se trata de despojarlo en sí del derecho, de excluirlo de la *ciudad política* instaurando en su lugar una verdadera *ciudad moral*.

El entorno político y las causas que influyeron en la teoría de Roxin tienen una estrecha relación con la eliminación del enemigo. Sus orígenes se sitúan en los crímenes producidos durante el nacionalsocialismo, cuya principal obra no fue únicamente la Segunda Guerra Mundial —para decepción de los fanáticos de películas como “Rescatando al

(2) *Diego López Medina*: “¿Por qué hablar de una ‘Teoría Impura del Derecho’ para América Latina?”, en Daniel Bonilla (Ed.), *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, Siglo del Hombre editores, Bogotá, 2009, página 67 y siguientes.

(3) Para un profundo y actualizado estudio sobre el *Lawfare*, véase Arantxa Tirado Sánchez, *El Lawfare. Golpes de Estado en nombre de la ley*, Akal, Madrid, 2021. Sobre la persecución judicial al ‘correísmo’ a partir de la página 184.

(4) *Carl Schmitt*, *Der Begriff des Politischen* (Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Korollarrien), Duncker & Humblot, Berlin, 1991, página 26.

soldado Ryan” o alguna de *Tarantino*—, sino la construcción de aquella máquina sistemática y transfronteriza de exterminio: los campos de concentración. Del mismo modo que las *fake news* encuentran sus orígenes en los “once principios de la propaganda nazi” de *Joseph Goebbels*⁽⁵⁾, el *Lawfare* —o uso político de la justicia— tiene una relación genética con los juristas nazis y su doctrina.

¿Acaso nos olvidamos de las sentencias pronunciadas por *Roland Freisler* como miembro del feroz Tribunal del Pueblo? Con su toga oscura y expediente en mano, este histérico esbirro del poder condenó a cientos de opositores políticos, escupiendo incluso sobre sus rostros prefiriéndoles toda clase de insultos. En otras palabras, primero los desmoralizaba y luego los despojaba de su vida y libertad. Pero, ¿por qué? Por haber lesionado el deber jurídico (*Rechtspflege*)⁽⁶⁾, por haber sido infieles a sus ‘deberes ciudadanos’ o funciones oficiales; en suma, por no haber sido leales al régimen. Para ellos hubo un *Urfeindstrafrecht*, un pre-derecho penal del enemigo⁽⁷⁾. Curiosamente, la ‘infidelidad a la norma’ es, por coincidencia, el mismo criterio central invocado por el profesor *Günther Jakobs* a lo largo y ancho de su pensamiento⁽⁸⁾.

Los nazis no obstante cambiaron el enfoque del Derecho penal. En términos dogmáticos puede decirse que el desvalor jurídico no habría de girar en torno a un hacer, del que contrafácticamente se espera la realización de un resultado para comprobar la afectación de un bien jurídico protegido, como así lo propugnara la sistemática penal neokantiana (“quien asesina destruye el derecho a la vida”). Por el contrario, el desvalor de la justicia nazi se enfocó en el *no-hacer* exigido a cada miembro de la *Volksgemeinschaft* o comunidad del pueblo. No tener disposición interna ni guardar la compostura como ario a través de la ley de razas de Nürnberg, o no denunciar a un judío o bolchevique equivalía entonces a convertirse en su cómplice, a corromper la sangre de la comunidad, a devenir en un traidor según la estridente “teoría” que *Freisler* denominó como *Derecho penal de la voluntad*⁽⁹⁾. De este modo, los primeros deportados hacia los campos de concentración fueron precisamente opositores políticos: socialdemócratas y comunistas.

(5) *Arnulf Scriba*: “Die NS-Propaganda”, en Deutsches Historisches Museum, Berlin, 2015. Accesible en línea en: <https://www.dhm.de/lemo/kapitel/ns-regime/innenpolitik/ns-propaganda.html> (Último acceso 17.02.22)

(6) *Roland Freisler* “Grundsätzliches zur Strafverfahrensrenewerung”, en *Franz Gürtner* (Editor), *Das kommende deutsche Strafverfahren. Bericht der amtlichen Strafprozeßkommission*, Deckers Verlag, Berlin, 1938, p. 40.

(7) Como primera tematización del ‘derecho penal del enemigo’ en cuanto al doble estándar para el Derecho penal, *Günther Jakobs*: “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung”, en *Helmut Fuchs et. al* (Editor), *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Nro. 97, Cuaderno 4, 1985, en particular de la página 751 y siguientes.

(8) En una de las versiones en español, véase *Günther Jakobs*, *Sociedad, Norma y Persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

(9) *Roland Freisler*: “Willensstrafrecht: Versuch und Vollendung”, en *Franz Gürtner* (Editor), *Das kommende Strafrecht. Allgemeiner Teil. Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission*, 2da. Edición, Verlag Franz Vahlen, Berlin, 1935, página 5 y siguientes.

La persecución política se llevó a cabo en todas las direcciones del derecho, esto es, desde el ámbito administrativo hasta el civil y penal. La inhabilitación burocrática (despojo de cargos públicos), confiscación de bienes (expropiaciones dirigidas), privación y restricciones al espacio público (discriminación para el acceso a servicios) fueron, por mencionar, solo algunas de las formas que régimen nazi impuso a quienes habían quedado excluidos de la comunidad del pueblo. La conversión del derecho como un medio de persecución política quedó registrada en la estupenda y valiente obra y teoría elaborada por el jurista socialdemócrata y judío *Ernst Fraenkel*, el “Estado Dual”⁽¹⁰⁾.

Las condenas pronunciadas por el aparato judicial —convertido en un descarado órgano de persecución al servicio del partido nazi— no fueron la única instancia del uso político de la justicia. Detrás de la serie de ordenanzas, reformas al código penal y producción de sentencias hubo un reducto donde también se fabricó el *Lawfare*. Se trata de la doctrina elaborada por los juristas. Apelando a una inmaculada vida académica y fingida neutralidad científica, muchos penalistas se enrolaron en las filas del partido nazi. Estos “académicos” fueron quienes crearon varias de las fórmulas o figuras jurídicas que perfeccionaron las acciones criminales del régimen, pero que también las cubrieron de impunidad bajo una maquillada asepsia científica. De ello da cuenta la patética conformación de la Comisión para la Reforma al Derecho Penal impulsada por quien entonces fuera Ministro de Justicia del Reich y más adelante gobernador de la Polonia ocupada, Hans Frank, sentenciado a muerte dentro de los Juicios de Núrnberg en 1946.

En esta comisión de juristas nazis participaron penalistas cuyos nombres, curiosamente, siguen siendo parte del estudio enciclopédico del Derecho penal desde la Península Ibérica hasta la Patagonia. Ahí *Edmund Mezger*, coautor de uno de los proyectos de ley más perversos como fuera descubierto por el profesor sevillano *Francisco Muñoz Conde*⁽¹¹⁾. Bajo la definición de “extraños a la comunidad” se intentó revestir de juridicidad la inminente deportación de los así llamados “asociales”, debido a la (“mala”) forma en que ellos habían llevado o conducido sus vidas. Se amplió la persecución no sólo contra judíos, sino también contra Sinti y Roma o gitanos, habitantes de calle, homosexuales, usuarios de drogas, personas con trastornos mentales y enfermedades infecto-contagiosas, etc. Principalmente, esta comisión de juristas nazis preparó la reforma del artículo 2 del Código Penal alemán para yuxtaponer a la analogía sobre el principio de legalidad, poniendo de esta manera en manos del Führer la seguridad jurídica de los procesados.

Hubo varios círculos de intelectuales nazis. En la vida universitaria —en realidad, mientras los profesores judíos eran despojados de sus cátedras para ser perseguidos— se

(10) Sobre la obra de Ernst Fraenkel y su teoría del ‘estado dual’, véase Jorge Vicente Paladines, *Derecho Penal de Auschwitz: la continuación del ‘estado dual’*, Hammurabi, Buenos Aires, página 143 y siguientes.

(11) *Francisco Muñoz Conde*, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo, 3ra. Edición, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

destacaron las Escuelas de Kiel, Kaliningrado y Breslavia, éstas dos últimas dentro de los territorios ocupados para ser convertidas en verdaderos centros de reproducción del penalismo nazi a través de sus “intelectuales orgánicos”. La lista de juristas nazis fue mucho más extensa que la descrita en la primera edición del “Braunbuch” iniciada por Albert Norden en 1965 en la Alemania socialista⁽¹²⁾. Entre la militancia, simpatía o adhesión al partido, así como el oportunismo para escalar posiciones, comulgaron bajo la misma cruz gamada juristas como *Georg Dahm*, *Friedrich Schaffstein*, *Erich Schwinge*, *Edmundo Mezger*, *Reinhardt Maurach*, *Eberhard Schmidt*, *Hans Welzel*, *Heinrich Henkel*, entre otros. Este último, sin embargo, fue un enérgico defensor de la reforma al referido artículo 2 (analogía) del Código Penal alemán, al punto casi de ser concebido como su autor⁽¹³⁾.

En ese entorno de juristas nazis des-nazificados fue construida la República Federal Alemana de *Konrad Adenauer*. No obstante, el olor a impunidad de los hornos crematorios y de las cámaras de gas aún seguía en el ambiente. Casi veinte años después de la caída del régimen nazi muy pocos ciudadanos sabían sobre la existencia de los campos de concentración, en especial porque la mayoría de las víctimas sobrevivientes, así como de sus victimarios, nunca fueron a los tribunales de justicia. Ante esta necesidad histórica emerge la figura del valiente Fiscal General de Hessen, *Fritz Bauer*, que decidió perseguir a los criminales que operaron a lo largo y ancho del III Reich a través de su horrible infraestructura como los campos de concentración. *Bauer* había estado también tras la pista de aquel pacífico personaje que andaba campante por las calles argentinas y que se hacía llamar ‘*Ricardo Klement*’, pero que en realidad había sido el administrador de la muerte de millones de seres humanos en Auschwitz escondiendo así su verdadero nombre, *Adolf Eichmann*. Para *Bauer* el nervus rerum del aparato criminal nacionalsocialista estaba representado principalmente por las *Schutzstaffel* (las SS), cuyos escuetos registros hablan de un número de por los menos dos millones de miembros. La totalidad de sus identidades y fortunas siguen siendo uno de los grandes misterios aún en la actualidad.

Las SS eran las encargadas de perfeccionar el Estado de Policía de *Hitler*. De perseguir y deportar a millones de judíos y asociales; de administrar los campos de concentración para exterminarlos. No obstante, tras cinco años de adversidades, *Bauer* condujo finalmente la investigación para llevar a juicio a algunos de sus miembros. Pero en 1963 el Código Penal de la República Federal no brindaba las suficientes herramientas ni figuras para acusarlos como autores, pues al igual que *Eichmann* éstos se habían convencido de que su “obediencia a la legalidad” los había convertido en eficientes funcionarios al servicio del Estado. En el fondo, no eran más que entusiastas y voluntarios asesinos

(12) Braunbuch. Kriegs- und Naziverbrecher in der Bundesrepublik und in Berlin (West), Dr. Norbert Podewin (Editor), Staatsverlag der Deutschen Demokratischen Republik, Berlin, 1965.

(13) *Florian Jeßberger*: “Heinrich Henkel: Ideologie und Recht”, en: *Tilman Reppen et. al.* (Editor), 100 Jahre Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg, 2019, página 241.

que nunca opusieron resistencia, dispuestos a practicar todo tipo de crueldad sobre sus víctimas, como patentemente lo señala *Rebecca Wittmann* en su tesis doctoral⁽¹⁴⁾. Ahí, la 'banalidad del mal' que describiera *Hanna Arendt*⁽¹⁵⁾.

Mientras en 1963 sonaba la música de *Los Beatles* y se calentaba la Guerra Fría, un joven penalista de Hamburgo entraba en escena. Había nacido la teoría de *autoría mediata a través de aparatos organizados de poder* o dominio de la organización de *Claus Roxin*⁽¹⁶⁾. La fórmula en que se sostiene esta teoría se basa en tres elementos: 1) la existencia de un poder de mando a través de un aparato organizado de poder; 2) la desvinculación del derecho de la organización, es decir, de las reglas de juego nacionales y supranacionales para cualquier Estado de Derecho; y, 3) la fungibilidad del ejecutor para asegurar el resultado o consumación del delito de cualquier forma y de todas maneras⁽¹⁷⁾.

¿Qué implica armar el rompecabezas de esta teoría? Se trata sin duda de seguir la trayectoria de la orden —desde la ejecución, funcionamiento, planificación y dictado—, pero no de arriba hacia abajo, sino de abajo hacia arriba, toda vez que el objetivo es llegar a los líderes mediante los mandos medios y ejecutores. Por ello, la teoría subraya en la 'autoría mediata' más que en el ejecutor, el cual se convierte apenas en una pieza sustituible —aunque no por eso deje también de ser responsable—. Como en la organización del teatro, las luces del escenario no apuntan al actor de reparto, sino al protagonista que en la teoría de *Roxin* se convierte en el *Hintermann* u hombre de atrás. Este es el núcleo desde donde se desprende el criterio más importante de su teoría: el dominio del hecho. Sin la última palabra del líder, el delito simplemente no se ejecuta.

Desde su tradición jurídica el Derecho penal alemán distingue entre autores y partícipes. Los primeros tienen el dominio de la acción, del hecho y de la voluntad, pues sin su determinación final no habría una consumación posible. Los segundos son instrumentos al servicio de los primeros y que no determinan en sí la realización del hecho concebido como delito. Sobre esta diferencia, la teoría de *Roxin* entabla una relación de proximidad entre un "autor de escritorio" —que no se ensucia las manos (el autor mediato)— y uno que ejecuta los crímenes en su nombre (el autor directo).

Dentro de la sentencia dictada contra el ex presidente *Rafael Correa*, una crítica basada en las diferencias entre autores y partícipes pondría en tela de duda el dominio de la voluntad sobre el ejecutor esgrimido en la condena. Por ejemplo, si Pamela hubiese sido dominada por la voluntad de Rafael, sea por temor irresistible, o porque tuvo un déficit de comprensión

(14) *Rebecca Wittmann*, *Beyond Justice. The Auschwitz Trial*, Harvard University Press, Cambridge/London, 2005.

(15) *Hannah Arendt*, *Eichmann in Jerusalem. A Report of the Banality of Evil*, Viking Press, New York, 1963.

(16) *Claus Roxin*: "Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate", en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA), C.F. Müller, Heidelberg, 1963, páginas 193-207.

(17) *Claus Roxin*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9na. Edición, De Gruyter, Berlin, 2015, páginas 245 y 249.

intelectual que alteró su percepción de la realidad entendida socialmente, habría sido un simple instrumento sujeto a las reglas de la inimputabilidad u otras causas de exclusión de la culpabilidad —del mismo modo que si *Pamela* hubiese actuado de buena fe o por error—. En consecuencia, no cabe “influjo psíquico” si el ejecutor (*Pamela*) es también responsable de sus actos, porque si *Pamela* tuvo la voluntad y resolución final de decidir y cometer un delito se convierte en autora, en responsable directa —aunque alegue haber sido instigada por otro—. Por ello, más allá de las propias contradicciones de la ley penal ecuatoriana (Código Orgánico Integral Penal), la instigación como figura jurídica no debe ser entendida como autoría, sino apenas como participación.

Si bien los ejecutores durante los crímenes del nacionalsocialismo no son absolutamente irresponsables según *Roxin* —porque aún así mantienen el dominio de su voluntad en la microesfera de sus decisiones, mientras el autor mediato tiene el dominio del hecho para la realización global del crimen—, los ejecutores están inmersos dentro de una clara gradación de la responsabilidad penal que, aunque no impune, va de menos a más, es decir, desde el pequeño hasta el gran pez. Esto significó para el fiscal Bauer escuchar las justificaciones más inverosímiles, pues al final los grandes hombres de atrás habían muerto. Las órdenes causales del exterminio no sólo estaban en la cumbre del partido nazi, sino también en los restos incinerados de algún búnker en el subsuelo de Berlín. Sin embargo, los miembros de las SS no tenían microesferas de poder, sino amplias atribuciones para experimentar incluso con seres humanos.

La teoría de *Roxin* sirvió para apuntar las acciones de la República Democrática Alemana (DDR), concretamente en cuanto al rol de los disparadores del Muro de Berlín. De ahí que el segundo elemento (la desvinculación del derecho por parte de la organización) cayó como una suerte de responsabilidad en cascada sobre los líderes del gobierno socialista alemán. Algunos juristas cuestionaron la calificación a priori de la DDR como un aparato organizado de poder u organización criminal. Así lo dejó entrever el propio *Winfried Hassemer*, miembro entonces del Tribunal Federal Constitucional en el lado americano del muro⁽¹⁸⁾, como también *Erich Buchholz* y *John Lekshas* del lado soviético⁽¹⁹⁾, cuyo pensamiento jurídico no trascendió hacia España o América. Siguiendo la línea del segundo elemento de la teoría de *Roxin*, el “influjo psíquico” (“para el control de las cinco funciones del Estado —a manera de un ‘autócrata’—”) habría convertido automáticamente al Estado ecuatoriano en una organización criminal, poniendo incluso en duda el origen y legitimidad de los jueces y fiscales de carrera que ingresaron a la Función Judicial ecuatoriana y que sentenciaron a *Rafaela Correa*.

(18) *Winfried Hassemer*: “Criminalidad estatal reforzada como materia de la jurisprudencia (fundamentos de las sentencias ‘guardianes del muro’ del Tribunal supremo y del Tribunal Constitucional Federal”, en Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Nro. 8, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, página 244.

(19) En particular, véase *Erich Buchholz*, *Unrechtsstaat DDR? - Rechtsstaat BRD? Ein Jurist antwortet*, Edition Ost, Berlin, 2006.

Lo cierto es que la teoría del dominio de la organización de *Roxin* sí ha trascendido. A pesar de los reparos que él mismo ha puesto en los casos sobre Derecho penal económico escogidos por el Tribunal Federal Constitucional Alemán en 1994⁽²⁰⁾, no cabe duda que tampoco hubiese acreditado su empleo en la sentencia contra *Rafael Correa*. No sólo por las confusiones y débil argumentación jurídica de los jueces ecuatorianos, sino también por el desenfoque temático y material que habría tenido su fórmula a través del estudio de los crímenes de lesa humanidad y del genocidio. *Roxin* es orgulloso de ver reflejada su teoría en el Derecho Penal Internacional, desde el artículo 25 del Estatuto de Roma —que la reconoce implícitamente— hasta los casos *Al Bashir* y *Katanga* de Sudán y el Congo ante el Tribunal Penal Internacional de La Haya, respectivamente. Y también en América Latina, desde el *Juicio a las Juntas* en Argentina hasta el caso *Fujimori* en Perú, donde también fue empleada para acusar al líder de Sendero Luminoso, *Abimael Guzmán*, cuyo libro escrito desde la cárcel —“De puño y letra”— se ocupa gran parte al análisis de esta teoría.

A pesar de las múltiples invocaciones a la teoría de *Roxin*, ésta es constantemente re-explicada —por no decir re-elaborada— por el propio autor. El profesor *Roxin* tiene que salir al paso y reaparecer en nuevos artículos para aclarar las dudas, llenar los vacíos y resolver las contradicciones que su teoría aún genera. Y, en algunos casos, comparecer (a petición de parte) a través de algún peritaje o *Gutachten*, como se denomina a los informes universitarios desde el Medio Evo en Alemania.

Nadie pone en tela de duda el carácter liberal y anti-autoritario de las ideas de *Roxin*. Sin embargo, las teorías jurídicas también se corresponden con los momentos políticos y afinidades personales. Así lo hicieron en su tiempo los juristas nazis que contribuyeron a la persecución política, como en la reforma para la analogía que defendió *Heinrich Henkel*. Y aunque *Henkel* fuera también el maestro de *Roxin*⁽²¹⁾, debe primar la cautela académica, pues no sólo hay teorías mal aplicadas, sino también malas teorías.

* * *

Vivimos en tiempos de *Lawfare*. Es el momento de tematizarlo jurídicamente, pero también de vencerlo políticamente. La tarea para impedir la asunción de un Estado autoritario aún no ha terminado.

(20) *Claus Roxin*: “Sobre la más reciente discusión acerca del dominio de la organización”, en *La Ley*, revista de derecho penal y criminología, Nro. 3, Thomson Reuter, Buenos Aires, 2013, página 3/4.

(21) Véase también el libro homenaje editado por *Claus Roxin* en colaboración con *Hans-Jürgen Bruns* y *Herbert Jäger*, *Grundlagen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 19. September 1973*, De Gruyter, Berlin/New York, 1974.

ARÁNZAZU TIRADO SÁNCHEZ*

El *lawfare* y la reconfiguración de la integración latinoamericano-caribeña

Preámbulo

Hablar de *lawfare* en la actualidad conecta con otras experiencias contrainsurgentes que se han dado a lo largo de la historia reciente del continente latinoamericano-caribeño. Hacerlo en el marco del Archivo Nacional de Memoria de la ESMA, donde se realiza este encuentro, es todavía más emocionante y tiene una significación especial.

Precisamente, decidí iniciar mi libro *El lawfare*. Golpes de Estado en nombre de la ley con una cita de Vera Jarach⁽¹⁾ en la Megacausa ESMA para no olvidar que el *lawfare* es una más de las maneras en que EEUU ha combatido a los pueblos insurgentes que han luchado por emanciparse en ALC. Algo que no es privativo de la región. De hecho, las torturas en la ESMA nos llevan a la contrainsurgencia francesa en Argelia y, si vamos más allá, podemos encontrar hilos de conexión con la represión franquista o la del nazismo en Alemania. La deshumanización que se encuentra detrás de estos procesos es importante para la reflexión, también los puntos en común que comparten estas experiencias con las guerras y el *lawfare*. Por ejemplo, la conceptualización del otro, del enemigo político, como un enemigo a batir, un elemento presente en la guerra judicial.

(*) Politóloga. Doctora en Relaciones Internacionales por la Universidad Autónoma de Barcelona (UAB) y Doctora en Estudios Latinoamericanos por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Profesora asociada en el Departamento de Ciencia Política y Derecho Público de la UAB. Es autora, entre otros, del libro *El lawfare*. Golpes de Estado en nombre de la ley, Ed. Akal, 2021.

(1) "Sabemos que Verdad, Justicia y Memoria son las mejores garantías para el Nunca Más... Con nuestro empeño de Memoria, tratamos de que estas tragedias no caigan en el olvido y permitan, por el contrario, reconocer síntomas de repetición... ya que la Historia nos enseña que lo que sucedió una vez desgraciadamente puede repetirse. Lo ejemplifica mi propia vida, con las analogías de dos historias, la de mi abuelo materno, deportado y muerto en Auschwitz y la de mi hija muchos años después, en la ESMA, dos campos de concentración emblemáticos, cámaras de gas y vuelos de la muerte, no hay tumbas, hay heridas que no cierran, sin duelo posible. Y muchas otras similitudes en la ferocidad y la voluntad no solo de matar sino de borrar todo rastro. Esto último no lo lograron ni lo lograrán mientras vivamos y la Justicia cumpla su cometido dejando marcas éticamente indelebiles".

Este preámbulo sirve para ubicar el *lawfare* en el marco de las estrategias bélicas, a las que pertenece. A la vez, permite ver las continuidades históricas a la hora de la subversión de la voluntad popular desde los centros de poder.

Asimismo, permite distinguir el *lawfare* de la mera aplicación de la ley como instrumento de clase o de la aplicación de medidas supuestamente iguales a seres que son desiguales, como denunció Karl Marx cuando reflexionó sobre el carácter de clase del derecho burgués. El *lawfare*, por el contrario, supone la aplicación desigual y asimétrica del derecho con patrones que se repiten en varios países. La doctrina Roxin en Brasil, pero también en Ecuador; el uso de los cuadernos de supuestas pruebas escritas que se elaboraron a posteriori, como se vio en Argentina y Ecuador; las delaciones premiadas a quienes hicieron esos cuadernos en Ecuador y Brasil, etc.

Lawfare, conceptualización teórica

El debate sobre la naturaleza, aplicación y características del *lawfare* está abierto desde hace varios años pero, en los últimos tiempos, ha tomado especiales bríos, al calor de la popularidad que el término está cobrando también fuera del ámbito académico especializado.

Su origen en el ámbito militar, reconceptualizado y popularizado por el general Charles Dunlap (Dunlap, 2018), y su uso contra la izquierda latinoamericana, con una clara intencionalidad geopolítica, nos lleva a categorizar el *lawfare* como “una táctica de guerra, inserta en una estrategia bélica multifactorial y de amplio espectro, como es la guerra híbrida, que utiliza la ley para neutralizar o eliminar al enemigo político en aras de una reconfiguración geopolítica” (Tirado Sánchez, 2021: 51).

Es fundamental entender el carácter bélico del *lawfare* y su uso como estrategia de reconfiguración geopolítica porque son los elementos que permiten entender, con profundidad, su diseño y pretensión de alcance. En este sentido, como han destacado algunas autoras (Ramírez Kuri, 2019), el *lawfare* se encuadra en las prácticas de contrainsurgencia aplicadas en épocas pasadas en la región pero actualizada para adaptarse a la realidad del siglo XXI.

Se puede afirmar, entonces, que el *lawfare* es parte de las estrategias de guerra híbrida por las que EEUU está trastocando la correlación de fuerzas regional y ha tratado de socavar el proyecto de integración y/o concertación política que se desató en ALC a partir de los años 2000. Pero es importante también destacar que no es la única estrategia existente, es decir, que su aplicación no implica la desestimación de otros tipos de iniciativas de desestabilización política o de golpismo contra los gobiernos de la izquierda latinoamericano-caribeña.

Antes de entrar a analizar qué es la guerra híbrida y cómo se inserta el *lawfare* en ella, resulta importante ubicar las coordenadas geopolíticas que dieron lugar a la necesidad de una respuesta por parte del imperialismo estadounidense. Nos referimos a la geopolítica contrahegemónica que se dio en ALC en los años recientes, que se materializó en los mecanismos de integración y/o concertación política como el ALBA-TCP, la UNASUR

o la CELAC. Iniciativas que se han tratado de socavar vía *lawfare* pero también a través de otros diseños que conectan con el tradicional golpismo, auspiciado y respaldado por los EEUU, que ha asolado a la región desde hace décadas.

La geopolítica contrahegemónica de América Latina y el Caribe

Tras años de una “década perdida” en los años 80, impacto de la crisis de la deuda y las posteriores políticas neoliberales que llegaron de la mano de las políticas de ajuste Consenso de Washington, aunque en algunos países se implementaron antes, por ejemplo en el caso del Chile de Pinochet, se dio una respuesta política al neoliberalismo.

El Caracazo que se produjo en 1989 en Venezuela ha sido considerado el primer alzamiento contra el neoliberalismo en ALC. Luego vendría el zapatismo en 1994, más adelante la guerra del agua en Bolivia, las luchas populares durante la crisis en Argentina, y tantos otros. En el caso venezolano, la revuelta popular logró ser canalizada años después en la esfera de la política institucional con la elección de Hugo Chávez en 1998.

A partir de este momento, se produce un punto de inflexión en la política venezolana y, también, en la política regional. Toda una serie de victorias electorales llevan a distintas fuerzas de la izquierda o del “progresismo” al gobierno (no necesariamente al poder –y esto es fundamental para entender cómo puede operar el *lawfare* incluso en países gobernados por la izquierda–) y revierten la lógica política neoliberal. Rafael Correa en Ecuador, Néstor Kirchner en Argentina, Evo Morales en Bolivia, etc., todos ellos se plantean retomar la centralidad del Estado para desplegar políticas sociales en beneficio de las mayorías olvidadas y, en el plano internacional, coinciden en la defensa de las respectivas soberanías.

Pese a las diferencias políticas entre esta plural izquierda, la voluntad de defender la soberanía y establecer diques a la expansión de las empresas estadounidenses o de sus mecanismos de penetración política multilateral (como la OEA o el proyecto del ALCA), permitió la cristalización de mecanismos de integración o concertación política con una visión geopolítica alternativa a la geopolítica estadounidense. Se dieron, entonces, una pluralidad de iniciativas como el ALBA-TCP, la UNASUR o la CELAC, cada una de ellas con sus particularidades y distintos niveles de integración entre las partes.⁽²⁾

Estas iniciativas supusieron la emergencia de un bloque contrahegemónico de poder en el sistema internacional que ejerció un contrapeso a la geopolítica hegemónica. Muestra de su importancia, y la preocupación que supuso para EEUU, es el desmantelamiento de facto de la UNASUR y el congelamiento de la CELAC que se produjo con la llegada al gobierno de varios gobiernos de la derecha regional. Algunos de ellos, de hecho, aupados gracias a los procesos de *lawfare* que se iniciaron contra sus enemigos políticos.

(2) Este tema ha sido abordado con mayor profundidad en mi tesis doctoral A. Tirado Sánchez, Las nuevas iniciativas de integración latinoamericana en el siglo XXI, UNASUR, ALBA-TCP y CELAC: la construcción de una geopolítica alternativa desde América Latina, tesis doctoral presentada en octubre de 2017 en el Programa de Doctorado en Estudios Latinoamericanos de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

La pugna por los recursos de ALC

La pugna por recursos estratégicos de ALC, sobre todo entre EEUU y China, junto a la transición geopolítica y el declive hegemónico en que se encuentra la principal potencia mundial desde hace lustros, son el trasfondo geopolítico detrás de los movimientos de EEUU hacia la región. ALC es el reservorio para EEUU y su área “natural” de expansión geoeconómica e influencia geopolítica que, en las últimas décadas, ha visto cómo China se ha convertido en el primer o segundo socio comercial de muchos de los países latinoamericano-caribeños, incluso de algunos gobernados por la derecha.

Este contexto de pugna con China por los recursos y la presencia comercial se observó en la creación, dentro de la CELAC, del Foro político CELAC-China, una plataforma de cooperación intergubernamental que se inició en enero de 2015. Se generó la Asociación de Cooperación Integral China-América Latina y el Caribe con un Plan de Cooperación 2015-2019.

En la Declaración de Beijing emanada de los encuentros entre los países de ALC integrados en la CELAC y las autoridades chinas, se establecía en el punto 5 un elemento clave para la construcción geopolítica alternativa y sus alianzas extracontinentales:

China y los Estados latinoamericanos y caribeños, en su condición de países en vías de desarrollo y economías emergentes, constituyen relevantes fuerzas para la consecución de la paz mundial y la prosperidad, así como la promoción del multilateralismo, de un mundo multipolar y una mayor democratización de las relaciones internacionales (CELAC, 2015).

Nuevas estrategias para el golpismo y el cambio de régimen

La manera de hacer la guerra ha ido mutando a lo largo de los siglos y esto tiene un impacto en el sistema internacional, sin duda. Las experiencias de otras guerras pasadas llevan a modificar las maneras de dirimir los conflictos o gestionar los diferentes intereses entre países. La existencia del armamento nuclear o el descrédito de las “guerras por petróleo” justificadas en mentiras para poder invadir Irak de manera unilateral, han tenido un impacto en la teorización y planificación bélica.

También en ALC se da una sofisticación de la manera de hacer la guerra por parte de EEUU en ALC ante un contexto político adverso, donde la izquierda estaba ganando presencia y hegemonía continental, mejorando la calidad de vida de los latinoamericanos y latinoamericanas. El cambio en la correlación de fuerzas y la memoria de las políticas contrainsurgentes aplicadas durante la Guerra Fría, en las décadas de los 60, 70 y 80, hicieron modificar las tácticas bélicas. Igual que ya prácticamente no hay movimientos guerrilleros insurgentes activos que se propongan la toma del poder, tampoco EEUU contempla, como antes, los golpes de Estado de manera abierta.

Es cierto que a finales de 2019 se produjo el golpe de Estado contra Evo Morales en Bolivia pero, incluso en este caso, se han dado elementos de “sofisticación”, con el uso

de organismos multilaterales como la OEA para avalar teoría del “fraude electoral”, la vulneración de las leyes bolivianas y un proceso de *lawfare* o persecución judicial a los líderes de la revolución boliviana.

Por tanto, asistimos a un golpismo de nuevo tipo, que se viene produciendo desde hace años y se ensayó con los golpes parlamentarios a Manuel Zelaya en Honduras o a Fernando Lugo en Paraguay, quienes padecieron la justificación del golpismo contra ellos bajo argumentaciones pretendidamente jurídicas, bien fuera por haber supuestamente vulnerado la Constitución (caso Honduras) o por un juicio político realizado en el Parlamento (caso Paraguay).

Si bien no son casos que se hayan considerado tal cual como *lawfare* por distintos motivos, sí pueden considerarse un antecedente del uso de la ley y las instituciones para el golpismo, lo que habla de una innovación en las estrategias de cambio de régimen.

Por tanto, es importante no entender el *lawfare* como la única vía golpista que aplica EEUU en el presente momento histórico pero también es fundamental no confundir el *lawfare* con la mera judicialización de la política que se ha extendido a escala global. Por eso, bajo nuestra lectura es imprescindible destacar el carácter militar del *lawfare*, que lo dota de sus características diferenciadas respecto a otros procesos de judicialización, donde está ausente el aspecto de reconfiguración geopolítica. Esta reconfiguración geopolítica se puede expresar tanto en la voluntad de socavar los mecanismos de integración y/o concertación existentes, como en posicionar los intereses estadounidenses en una situación privilegiada a la hora de hacerse con los recursos de los países. El carácter bélico nos lleva a enmarcar el *lawfare* como parte de una estrategia bélica mayor, siendo el *lawfare* una táctica más dentro de una pluralidad de tácticas que se engloban en un paraguas más amplio llamado guerra híbrida.

Lawfare y guerra híbrida

El *lawfare* es un elemento integral de las estrategias de guerra híbrida para algunos analistas (Bachmann y Muñoz Mosquera, 2015). Sustituye a los métodos militares tradicionales a través del uso de la ley, bien sea con una aplicación “correcta” o con un “torcimiento” de la misma.

¿Y qué es la guerra híbrida?

- Se trata de una combinación de acciones regulares e irregulares que pueden desplegar desde Fuerzas Armadas tradicionales, vinculadas a un Estado, hasta otro tipo de actores que a veces actúan de manera delegada por ese Estado. Se trata de contratistas privados, terroristas, paramilitares o miembros del crimen organizado que operan junto a las fuerzas regulares, o como parapeto de estas, en la lucha contra otras fuerzas, sean regulares o irregulares.

- Algunos analistas consideran que en la guerra híbrida se dan aspectos ya presentes en la manera de hacer la guerra previa a nuestro momento histórico. Pero que la cualidad quizás diferencial respecto de la guerra híbrida sea la confusión y mezcla entre fuerzas convencionales y fuerzas irregulares, así como la idea de “guerra irrestricta” porque en la guerra híbrida no hay límites.
- ¿No hay límites para qué? Para “desmoralizar y desestabilizar al oponente y enemigo”. Debilitar y desmoralizar política, militar, económica o socialmente al adversario es uno de los elementos centrales en los diseños de guerra híbrida, para los que se usan cualesquiera medios, y que está presente en todos los casos de *lawfare* que se han dado en la región.

¿Cómo se articula el *lawfare* con la guerra híbrida y cómo se despliega?

- Bajo la idea de usar la ley como arma política para destrozar a un enemigo, su crédito político, su imagen pública, o socavar su respaldo popular a través de campañas de descrédito, lo que ha sido catalogado como un “asesinato moral” de los líderes políticos. Esto conecta con los objetivos de la guerra híbrida.
- Con la participación del sistema judicial, que ha sido moldeado por la cooperación estadounidense, y se pone al servicio de los intereses geopolíticos de EEUU, bajo un discurso de supuesta lucha contra la corrupción o defensa de la democracia, los derechos humanos, el respeto a la normativa electoral, etc.
- A través de un imperialismo judicial y legal que se expresa, entre otras maneras, haciendo uso de una legislación unilateral extraterritorial como hace EEUU con su Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA, por sus siglas en inglés).
- La existencia, desde 1977 de esta FCPA en EEUU implica que el Departamento de Justicia de este país se arroga la potestad de investigar, y hasta sancionar, extraterritorialmente casos de corrupción que hayan cometido empresas extranjeras, incluso si no se han producido en territorio estadounidense. Cabe recordar que el Departamento de Justicia está presidido por el Fiscal General de EEUU quien es elegido directamente por el presidente del país.
- Aplicándose una lucha contra la corrupción selectiva, lo que hace evidente el doble rasero de la persecución judicial. Ni se diga el unilateralismo de EEUU y su concepción cerril de la democracia, siempre vinculada a un solo modelo económico, el capitalista.
- A través del papel de los medios de comunicación que son uno de los principales arietes de la guerra psicológica, la propaganda y la creación de consensos sociales acerca de quién es “bueno” o “malo”. Se trata de “operaciones de influencia”. Se construye la imagen del mal gobernante, corrupto, o de la presidenta loca (Cristina), el “fraude electoral” (Evo), etc. Ocultar información y mantener teorías. Por ejemplo, seguir negando el golpe de Estado en Bolivia ahora mismo por parte de los medios e, incluso, por asociaciones de juristas de dudosa credibilidad ética (véase estos días lo que se está viendo en el Congreso Mundial de Juristas en Colombia).

El *lawfare* contra la integración

En ALC se ha usado en los últimos años el *lawfare* para evitar que determinados mandatarios pudieran repetir su mandato (casos de Lula da Silva, Cristina Fernández o Rafael Correa) o bien llegar al gobierno (como fue el caso precursor del desafuero contra Andrés Manuel López Obrador en México). Evitando la renovación de mandato o impidiendo que algunos mandatarios llegaran antes al gobierno, se trataba de impedir que se diera una correlación de fuerzas favorable a una relación menos dependiente de los intereses estadounidenses. Este nuevo tipo de relación que menoscababa, desde la lectura estadounidense, la expansión de las empresas estadounidenses o de los intereses del complejo militar-industrial detrás del Gobierno de EEUU, se podía dar tanto en el plano de lo bilateral como en los organismos multilaterales. De ahí la importancia de frenar a estos líderes y, con ellos, desmontar la concertación política y el acuerdo sobre la defensa de la soberanía de ALC que dio lugar a los mecanismos de integración mencionados.

Cabe decir, no obstante, que las estrategias de *lawfare* llevadas a cabo por un sistema judicial cuestionado y cuestionable se han desplegado también para neutralizar a los enemigos políticos en otros niveles gubernamentales, no necesariamente arriba de la pirámide del poder. Por ejemplo, los casos de Jorge Glas y de otros funcionarios ecuatorianos, de Amado Boudou o Carlos Alberto Zannini, en Argentina, entre otros. Pero se ha utilizado, asimismo, para amedrentar la disidencia social, como demuestra el caso de Milagro Sala, también en Argentina.

Pero también se han usado mecanismos legales y judiciales, en sentido amplio, para derrocar a presidentes como Mel Zelaya en Honduras y Fernando Lugo en Paraguay, en una suerte de "golpismo legal" al que ya nos hemos referido. Estos casos han tenido también un impacto en la integración y las posibilidades de reforzar los lazos de independencia y autonomía de los países de ALC. El caso de Honduras fue muy claro en este sentido, al haberse aproximado Zelaya al ALBA-TCP y ser su golpe una manera de evitar que el país pudiera aproximarse, todavía más, al "eje bolivariano".

Por su parte, en Ecuador, lugar clave para la integración, entre otros motivos por ser sede de la UNASUR, esta ha sido desmantelada físicamente por el presidente Lenín Moreno. Un presidente que inició una persecución al correísmo y que puso las bases para la persecución judicial al expresidente Rafael Correa. Además de la saña contra su antiguo aliado político, pareciera que desintegrar la integración suramericana era un elemento fundamental en la agenda pro-estadounidense de Moreno.

En esta lógica de debilitar, entre otros motivos, la integración y concertación política de los países de ALC se pueden leer los ataques contra Venezuela. Este país, a través de una activa política exterior desplegada bajo la presidencia de Hugo Chávez, constituyó el motor de este proceso de integración, el cerebro del ALBA-TCP, junto con Cuba, y un promotor principal de la UNASUR y la CELAC.

Algunos ataques que ha padecido Venezuela, país que, por otra parte, ha constituido el laboratorio de la guerra híbrida de EEUU en la región, son:

- La creación de un Tribunal Supremo de Justicia en el exilio que ha tratado de suspender e inhabilitar a Nicolás Maduro como presidente con una sentencia de 18 años y 3 meses de prisión. Un tribunal sin ningún tipo de legitimidad interna pero reconocido por la OEA y el Parlamento Europeo.
- La acusación del Departamento de Justicia de EEUU en marzo 2020 contra Maduro y 14 altos cargos venezolanos por presuntos delitos de narcoterrorismo, corrupción y tráfico de drogas.
- El informe de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, presentado ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en septiembre de 2020, que acusaba a Maduro de ser responsable de “desapariciones forzadas, persecución política y asesinatos, crímenes de lesa humanidad”.
- La denuncia a Venezuela ante la Corte Penal Internacional en 2018 que irá adelante con una investigación formal, según anunció el fiscal Karim Khan pese a la firma de un memorándum de entendimiento de esta fiscalía con el Gobierno venezolano. Algo realmente curioso y contrastante con la actitud de este mismo fiscal ante la situación de denuncias en el vecino país de Colombia.

Conclusión

Es fundamental entender el *lawfare* como una herramienta de reconfiguración de la geopolítica latinoamericano-caribeña para atisbar su importancia y la profundidad de los cambios que ha conllevado en los países donde se ha desplegado.

Este modus operandi no es sólo una vía para el regreso del neoliberalismo porque algunos de los gobiernos que padecieron el *lawfare* aplicaron, además de políticas sociales, también recetas neoliberales (como fue el caso de Brasil) sino una manera de controlar todos los resquicios del poder político favoreciendo la llegada de gobernantes de derecha o centroderecha plenamente sumisos y afines.

El objetivo parece, en este caso, neutralizar las políticas exteriores soberanas e independientes desplegadas por los mandatarios y mandatarias de ALC que buscaban la concertación política y la integración regional a través de mecanismos que dejaban en segundo plano, cuando no aislaban, a EEUU y Canadá. No en vano, el regreso de la centralidad de la OEA, tras el congelamiento de la CELAC, y su protagonismo en los ataques a Venezuela y en el golpe de Estado en Bolivia demuestran la relevancia de este mecanismo panamericano para posicionar y desplegar la agenda de los intereses estadounidenses en ALC.

El objetivo del *lawfare* aparece, entonces, claro: acabar con esos gobernantes que antepusieron los principios de soberanía nacional a los intereses de las empresas de EEUU. Gobernantes que, en mayor o menor medida, confrontaron la geopolítica imperialista.

La ruptura del bloque contrahegemónico de poder suponía apostar por el debilitamiento de los intereses de ALC por la vía de la división entre Estados, reforzando una lógica de relación privilegiada con EEUU, bilateral, que debilitara la capacidad de negociación colectiva y el peso de ALC como región con intereses geopolíticos propios y diferenciados de los de EEUU. En este sentido, el *lawfare* cumplió el objetivo de socavar, de manera indirecta, la integración y concertación política puesta en marcha gracias a la oleada de gobiernos de izquierdas y progresistas que marcaron un punto de inflexión respecto de los años neoliberales precedentes.

Además de la gravedad de estos hechos, existen otras reflexiones que se pueden hacer sobre prácticas que pretenden, en última instancia, hurtar la voluntad popular, atacando a la gente con operaciones psicológicas y manipulando las reglas de la democracia. Todavía más grave cuando se hace desde una paradójica defensa del Estado de derecho que, en realidad, demuele los pilares del supuesto Estado de derecho por parte de Estados que se erigen en guardianes de una ley que, cuando no representa sus intereses, es ignorada o vulnerada. Esta es una sofisticación retorcida que nos debería poner en alerta porque asistimos a un mundo donde la confusión facilitada por la ayuda de los poderes mediáticos, en una lógica muy orwelliana de vender por verdad lo que es mentira, está cada día más presente.

En un momento político en que EEUU recupera su discurso normativo sobre la democracia de manera abierta, posicionando la democracia liberal como la única existente frente a las democracias iliberales y donde los procesos electorales ya no son suficientes para validar la legitimidad de los gobiernos de la izquierda, es urgente debatir y reflexionar sobre las nuevas maneras de injerencia imperialista en América Latina. El *lawfare* es, sin duda, una más de ellas. Que no provoque desaparecidos o asesinados, como en otros nefastos momentos históricos de la historia de ALC, no significa que no esté causando también víctimas y muertes, sea de manera directa o indirecta. Conocer su origen, objetivos y maneras de desplegarse es un primer paso para denunciarlo y poder combatirlo como lo que es, una nueva tipología de golpismo que no debería quedar impune.

Referencias

- Bachmann, S. D., y Muñoz Mosquera, A. B., "*Lawfare* and hybrid warfare -how Russia is using the law as a weapon", *Amicus Curiae*, issue 102, summer, Londres, Ed. Institute of Advanced Legal Studies, 2015, pp. 1-4.
- Celac (2015). Declaración de Beijing de la Primera Reunión Ministerial del Foro CELAC-China.
- Dunlap, Ch., "*Lawfare* Today: A Perspective", *Yale Journal of International Affairs*, winter 2008, pp. 146-154.
- Ramírez Kuri, G., "*Lawfare* en América Latina: estrategia contrainsurgente en la actual coyuntura regional", Ponencia presentada en la V Conferencia de Estudios Estratégicos, Centro de Investigación en Política Internacional (CIPI), La Habana, 23 de octubre de 2019.
- Tirado Sánchez, A., *El lawfare*. Golpes de Estado en nombre de la ley, Madrid, Ed. Akal, 2021.

Mesa 19

El *lawfare* como dispositivo de colonialidad de poder en Argentina, Bolivia y Brasil

Ramiro Carlos Humberto Caggiano Blanco

Ademir Ava iju - Sobre aui, Feliciano

Sebastião Rodrigues Gonçalves

Adalberto Antonio Batista Arcelo - Lucas de Alvarenga Gontijo

RAMIRO CARLOS HUMBERTO CAGGIANO BLANCO (USP)*

La construcción discursiva do ódio como justificação social do *lawfare*

Introdução

O ódio em si faz parte das emoções humanas e há diversos estudos sobre o tema como o de Aristóteles ou Freud, com ênfase, principalmente, no aspecto individual. Atualmente, entretanto, o tema do ódio tem atingido outro patamar, o da dimensão social, como, por exemplo, só vamos citar os eventos do século XXI, a islamofobia estadunidense após os ataques do 11 de setembro, que favoreceu a naturalização, por parte significativa da sociedade desse país, das torturas ilegais nas prisões de Abu Ghraib⁽¹⁾; a violência levada adiante pelas “guarimbas” na Venezuela. Cronologicamente, aconteceram os “cacerolazos” na Argentina entre 2012 e 2014, e no Brasil, os “panelaços” em 2015-2016, e o referendun na Colômbia, que com fake news ancoradas em um discurso de ódio contra as F.A.R.C. –Fuerzas Armadas Revolucionarias Colombianas– deram a vitória ao NÃO ao tratado de paz que poria fim a 40 anos de conflitos armados naquele país. Contudo, foi com o Brexit, plebiscito em que os cidadãos da Grã Bretanha decidiram deixar de formar parte da União Europeia, impulsado pelos discursos de ódio e pós-verdade construída à base de fake news, que se acenderam os alarmes.

Em relação ao discurso de ódio, Nicolau Maquiavel, no livro O Príncipe, considerado o texto precursor da ciência política, perguntava-se se era mais conveniente ao governante ser amado ou temido. Dessa forma, estabeleceu os afetos de amor e de temor como fonte de validação do poder do soberano, prescindindo da fundamentação teológica.

(*) Doutor e Mestre em Letras (Língua Espanhola e Literaturas Espanhola e Hispano-Americana) pela Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Humanas. Especialista em Educação, imagens e meios de comunicação pela FLACSO (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales) Argentina. Graduado em Direito e Ciências Sociais pela Universidade Nacional de Rosario (1998).

(1) Rossana Reguillo (2013) se refere às torturas acontecidas em 2004 na prisão de Abu Ghraib, 20 km a oeste de Bagdá, documentadas em fotografias, gravações e vídeos, como “textos fundacionais da barbárie civilizada”, e aponta a naturalização e banalização da tortura a causa do pouco impacto político e social que teve apesar da repercussão midiática.

Tais sentimentos foram, durante centúrias, os pilares dos estudos políticos até que, no século XX, descobriu-se um bem mais funcional ao poder: o ódio.

Por essa razão, no que tange ao discurso de ódio, há uma lacuna quanto à sua conceitualização uma vez que seu estudo foi negligenciado ou ancorado basicamente em seus aspectos jurídicos, e, portanto, limitados pela própria lógica penal em desmedro de sua dimensão discursiva, que excede em muito a tipificação do “delito de ódio”. Portanto, evidencia-se a necessidade de explorar o tema desde uma perspectiva multidisciplinar em uma interface entre a Pragmática e a concepção analítica do discurso e outras disciplinas sociais, principalmente considerando que, no século passado, houve muitas experiências políticas que aperfeiçoaram os mecanismos de controle social mediante a exacerbação do ódio contra determinados “outros”, tanto em regimes políticos totalitários quanto democráticos⁽²⁾, e que no século XXI se alcançou o grau máximo de efetividade devido à presença ubíqua dos meios de comunicação e a entrada em cena de novos protagonistas: a internet e as redes sociais.

Neste sentido, o objetivo desse artigo é demonstrar como a construção performática do discurso de ódio justifica o *lawfare* no âmbito político e mediático.

Para verificar este fenômeno retórico-dicursivo, vamos analisar imagens obtidas das capas de revistas como *Veja*, *Isto É*, *Notícias* etc. observando as relações de comparação, de regularidades e diferenças temáticas e semióticas utilizadas para construir as relações de “outredade” e validar o *lawfare*.

Breves considerações acerca do fenômeno *lawfare*

É convenção entender o *Lawfare* como uma tradução e uma junção das palavras “lei” ou “direito” (em inglês *law*) e “guerra”, em inglês *warfare*, para compor o conceito de um fenômeno jurídico criado com intuito de aniquilar um inimigo, militar, corporativo ou (geo) político, mediante o mal emprego de dispositivos jurisdicionais, interpretações legais falazes e enviesadas das normas penais e processuais penais, e manobras no sistema judiciário, no contexto de um processo de aparente legalidade.

Embora a tradução *fare* mais aceita seja a de “guerra”, seria mais apropriado falar em guerrilhas ou até em armadilhas judiciais. E não se trata de uma mera questão semântica uma vez que, de forma mais ou menos convencionalizada, guerra supõe a sujeição a uma série de normas comuns para os exércitos enfrentados (o Direito da Guerra ou

(2) A respeito, é muito comum lembrar-se do nazismo, do stalinismo, e até do franquismo ou do falangismo e de outras ditaduras militares, mas esquecer-se do macartismo, por exemplo, que assumiu uma clara polarização ideológica “amigo/inimigo, patriota/comunista” pela qual a realidade exterior é interpretada, mediante a busca da desconstrução ou da negação da narrativa do outro (antes do que afirmar a própria).

ius in bellu), o que não acontece no *lawfare* em que a violação das normas do estado de direito são o seu fundamento. Por isso, a diferença da guerra, o *lawfare* é uma prática que faz do Direito uma ferramenta de perseguição, uma arma política, como ponderam Zanin, Martins e Valim (2019)

O *lawfare* se constrói no âmbito do novo paradigma de guerras irregulares, como aponta Korybko (2018), como uma das formas de guerra híbrida, corrompendo a legislação para alcançar determinados fins (geo)políticos, o que acaba corroendo os pilares do Estado de Direito ao subverter normas processuais penais, penais e até princípios constitucionais como o devido processo legal.

Dentre as normas penais, a modo de exemplo, apontamos primeiramente a inversão do princípio de inocência⁽³⁾ que se transforma em “princípio de culpabilidade” do acusado. Em segundo, e talvez consequência do anterior, a interpretação enviesada dos fatos e do direito que faz que ações notoriamente legais, públicas ou privadas, sejam perseguidas judicialmente como se fossem delitos, para manchar reputações e, no limite do absurdo, realizar condenações com penas privativas da liberdade. Portanto, vale lembrar que o direito penal é de interpretação restritiva, ou seja, não permite a criação jurisprudencial de novos delitos e exige, em consequência, que os fatos estejam provadamente de acordo com a tipificação penal.

No campo do direito processual penal, são vários os dispositivos legais que se desvirtuam com finalidade persecutória: a violação da garantia constitucional do “juiz natural” com a criação de “super competências” (como no caso do juiz brasileiro Sérgio Moro de Curitiba, que levou adiante o processo conhecido midiaticamente como “Lava Jato”) ou coincidências inexplicáveis (como aconteceu com o juiz argentino Claudio Bonadío que, segundo o “sorteio”, ficou com 11 das 13 causas contra a ex-presidenta Cristina Kirchner); a limitação dos mecanismos de defesa, principalmente o acesso às provas da acusação; o acúmulo e/ou clonagem de processos, muitas vezes mantidos em segredo para dificultar, ou até impedir, a defesa dos acusados é garantido segundo a lei; o emprego dos “delatores premiados” como única fonte probatória de acusação, contrariando a própria lei que criou a figura. Decorrente do anterior, a imposição de advogados de defesa como requisito prévio informal para que os juízes permitam aos acusados serem tidos no processo na qualidade de “delatores premiados” e, dessa forma, acolherem-se aos benefícios da figura jurídica (muitas vezes a prisão domiciliar); os vazamentos midiáticos de elementos do processo com fins políticos e de condenação pública de suas reputações (BIELSA, PERETTI, 2019).

(3) O princípio de inocência (*in dubio pro reo*, em caso de dúvida acerca da inocência ou culpabilidade do imputado, está-se a favor da inocência), derivação lógica do estado de liberdade, está consagrado em todas as constituições latino-americanas e significa que ninguém pode ser privado da sua liberdade sem um processo justo em que seja provada, indubitavelmente, sua culpabilidade pelo estado. Sua inobservância, ou sua inversão, constitui o avassalamento de um dos direitos basilares em que se fundamentam o estado de direito e a democracia, abrindo espaço para a instauração dos estados de exceção.

Dessa forma, o direito converte-se em um mero procedimento de comprovação de culpabilidade determinada de antemão, com finalidade persecutória contra alvos também determinados, e não, como deveria ser, em um meio para descobrir a verdade dos fatos que possam vir a constituir delitos. Com esclarece Lenio Streck (2018: 120), “Trata-se [...] de colocar os fins (condenação) em primeiro plano, deixando os meios apenas como ornamento”, ou, como diz o autor, “primeiro decido e depois busco o fundamento”.

Posto isso, uma pergunta se impõe: como foi possível naturalizar a prática do *lawfare* que abalou os alicerces da democracia e o estado de direito? Para responder a essa questão, devemos ver o clima de ódio criado pelos dispositivos discursivos de uma mídia que ocupou o papel de “colaborador necessário” da perseguição judiciária.

Os atos de fala e o discurso de ódio

Quando falamos, além de transmitir um código, em certa forma, transformamos nosso entorno, “atuamos, modificamos o mundo do destinatário, e inclusive sua conduta” (REYES, 1990: 19). Mais ainda:

Lo comunicado puede afectar también al que comunica: nos afecta lo que oímos pero también lo que decimos, ya que al expresarnos moldeamos nuestra realidad y reflexionamos sobre nuestras propias experiencias (REYES, 1990: 19).

Foi Austin, desde a filosofia da linguagem, quem abriu o caminho dos estudos pragmáticos ao entender que “a linguagem não serve somente para descrever estados de coisas, senão para fazer coisas”.

Como explica Rajagopalan (2010), o grande mérito de Austin foi trazer à tona que um mesmo enunciado poderia ser empregado e interpretado de diferentes maneiras dependendo do contexto e da intenção de falante:

Austin argumenta que uma sentença como “o gato está sobre o capacho”, que tem sido analisada como “declarativa” [...] e, portanto, passível de ser considerada verdadeira ou falsa, é de fato “performativa”, que não pode ser considerada verdadeira ou falsa, mas apenas feliz ou infeliz ou outra coisa qualquer, dependendo das circunstâncias em que foi proferida. Daí nasce a ideia de que falar uma língua é realizar uma série de atos (RAJAGOPALAN, 2010: 26).

Lembramos que, para Labov (2011: 215), “a língua é uma forma de comportamento social: [...] usada por seres humanos num contexto social, comunicando suas necessidades, ideias e emoções aos outros”. Dessa forma, quando falamos, temos em mente a produção de efeitos que as palavras produzirão no ouvinte (convencer, parabenizar etc.), em nós mesmos e no nosso entorno. Nessa perspectiva analítica, o contexto adquire seu protagonismo necessário numa pragmática que, precisamente, estuda a linguagem situada e ajuda a entender a influência dos contextos: social (as “normas socioculturais” que nos dizem acerca do que corresponde falar em determinadas situações comuni-

cativas, o modo de fazê-lo etc.) e dos usuários da língua (conhecimento de mundo dos interactantes etc.) no discurso.

Por sua vez, Escandell (2020: 92) observa que a atividade comunicativa dos indivíduos está condicionada pela maneira em que eles percebem - ou aprenderam a perceber - o mundo em geral, e a relação com os outros, individualmente ou em grupos, em particular.

Por tal motivo, faz-se necessário entender o contexto sociocultural de polarização extrema no qual se desenvolveu o discurso de ódio o *lawfare*.

Entendemos a polarização extrema como uma das formas mais potentes de exercer poder e, por conseguinte, controle social, que opera mediante a divisão maniqueísta, muitas vezes com viés arbitrário, entre um “nós” e um “eles”, criado ou aumentado com fins antinômicos, em que o “nós” é depositário de todas as qualidades socialmente relevantes, e o “eles”, o contrário.

A atribuição de um descrédito aos “outros”, explicam Martini e Halpern (1998), baseia-se na construção imaginária⁽⁴⁾ de um “nós” dominante que se autoestabelece como medida da “correção”, enquanto, de forma naturalizada, constroem-se discursos sociais que atribuem defeitos e, portanto, controles sobre os “outros”.

Como explica Blanco (2020: 197-198), a polarização nem sempre é evidente e, portanto, é necessário prospectar o discurso em busca de elementos, tanto sintático-semânticos quanto semióticos, que indiquem indícios dessa polarização.

Para desenvolver o “princípio polarizante”, que afeta tanto as formas quanto os significados Van Dijk (2003: 154), apresenta quatro estratégias discursivas: autoapresentação positiva do “nós” (alarde), expressando ou enfatizando informação positiva nossa; apresentação negativa do “eles” (detração), expressando ou enfatizando informação negativa acerca deles; supressão ou minimização dos aspectos negativos do “nós”; e, por último, sonegação ou mitigação dos aspectos positivos do “eles”, segundo podemos apreciar no seguinte quadro

Tabela 1: polarização antinômica “nós – eles”

Nós	Eles
Falar de “nossos” aspectos positivos	Falar dos aspectos negativos “deles”
Tirar ênfase dos “nossos” aspectos negativos	Não falar dos aspectos positivos deles”

Fonte: Blanco (2020)

(4) O termo imaginário remete tanto à imaginação (o “não real”, o diferente da realidade) quanto à imagem (MARTINI; HALPERN, 1998), reflexo da imagem de si ou, ainda, representação gráfica, mental ou simbólica de algo.

Pode parecer trivial, mas a atividade de polarização mediante a atribuição de atributos, características e ações positivas ou negativas – tais como “são corruptos” x “somos honestos”, “roubaram meu país” x “trabalhamos e pagamos nossos impostos” etc.- é, pelo menos em parte, avaliativa, e está sujeita a leituras e interpretações enviesadas das normas e valores de um grupo e da sociedade e da cultura em torno dele (VAN DIJK, 2016: 55).

Para Márcia Tiburi (2015), no Brasil, “uma das formas do discurso fascista e dominador”, que por vezes se alia ao pensamento ideológico, acrítico e até mesmo dogmático que é o “senso comum”, - “é o falar de e sobre o outro projetando sobre este outro seus interesses” sem nunca se posicionar “no lugar de ouvir o que o outro tem a dizer”. Dessa maneira, segundo a autora, “outro” é algo sempre negativo, “enquanto estrutura da verdade dominante”: o outro “está sempre ‘errado’, o outro é o ‘louco’, o ‘estranho’, o imoral etc.

Tal descrição está em sintonia com a que Prestifilippo e Seccia (2018: 123) fizeram da construção da “outredade” na Argentina. Segundo eles, o outro “que parece criar mais exasperação é o Outro social”, ou seja, o pobre. Cabe mencionar o neologismo “aporfobia”, para destacar o fato de que, quando se empregam palavras como “xenofobia” ou “racismo” para classificar o rechaço a imigrantes ou refugiados, na verdade essa aversão não advém da condição de estrangeiros e sim da situação de pobreza em que eles se encontram. Contudo, é necessário ponderar que a aporfobia não significa uma superação ou negação do racismo, sexismo, xenofobia etc. endêmicos em nossas sociedades, senão um componente ou uma camada a mais de tais práticas. Por tal motivo, o “outro social” não é caracterizado em termos de classe ou estrutura social (nem racial ou de país de nascimento), e sim em termos morais que, com algumas variantes mediante “operações imaginárias”, tentam radicalizar a identidade do “eu” projetando uma violência no “outro”. São mecanismos de projeção e defesa que, somados a um não-saber, constroem uma figuração do outro com quem não quer ter o mínimo contato, embora tais atitudes contribuam com políticas prejudiciais para quem as defende (PRESTIFILIPPO; SECCIA, 2018: 123).

Ao longo da história, encontramos não só discursos, senão também verdadeiras ações de aniquilamento do “inimigo”⁽⁵⁾, sem, de fato, o tema do ódio ter despertado interesse nas ciências humanas até a Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Foi na última década, como aponta Kiffer (2019: 13), que o ódio adquiriu uma nova centralidade, na esteira de uma “nova onda conservadora”, com um desejo de exterminar vidas, com um crescimento avassalador da extrema-direita em boa parte do mundo e “uma necropolítica que avulta e se institui no lugar do que antes criamos ser o pacto civilizatório”. No

(5) Algumas foram ações individuais, como a execução do líder José Gabriel Condorcanqui Noguera, que passaria à história com o nome de Túpac Amaru, por revelar-se contra a exploração das populações indígenas no Vice-reino do Peru, em 1781 (PIGNA, 2020, p. 85-88), outras foram ações contra populações inteiras, como aconteceu na massacre na Primeira Cruzada, em julho 1099 em Jerusalém, por parte dos Cruzados (https://www.abc.es/cultura/abci-primera-cruzada-descubren-evidencias-feroz-asedio-contra-musulmanes-conquista-jerusalen-201907240124_noticia.html).

Brasil, como aponta Schwarcz (2019: 25-26), “também andamos “surfando” numa maré conservadora” mediante a

demonização das questões de gênero, o ataque às minorias sociais, a descrença nas instituições e partidos, a conformação de dualidades como “nós” (os justos) e “eles” (os corruptos), a investida contra intelectuais e imprensa, a justificativa da ordem e da violência, seja ela produto do regime que for, o ataque à Constituição e, finalmente, o apego a uma história mítica, fazem parte de uma narrativa de mais longo curso, a qual, no entanto, têm grande impacto no nosso contexto nacional e contemporâneo.

“Manifestações de racismo, violência patriarcal e sexista e um classicismo ainda mais raivosos” nos permitem, segundo Kiffer (2019: 13), falar de formas contemporâneas do ódio, com novos movimentos e modos de ação e organização em volta de um discurso pretensamente normalizador.

Como costumeiramente acontece nas ciências sociais com diversos termos, é muito difícil chegarmos a uma definição que seja aceita universalmente acerca do significado de “discurso do ódio” (WEBER, 2009).

Desde o campo jurídico⁽⁶⁾, há uma grande inclinação a considerar o discurso de ódio (*hate speech*) como uma manifestação discriminadora, ou que incita à discriminação, contra determinados sujeitos de direito e grupos em condições de vulnerabilidade – minorias étnicas, raciais etc. –, realizada por grupos dominantes. Tais manifestações estariam em contradição com a liberdade de expressão, ou constituiriam um abuso dela. Assim, desde o ponto de vista normativo,

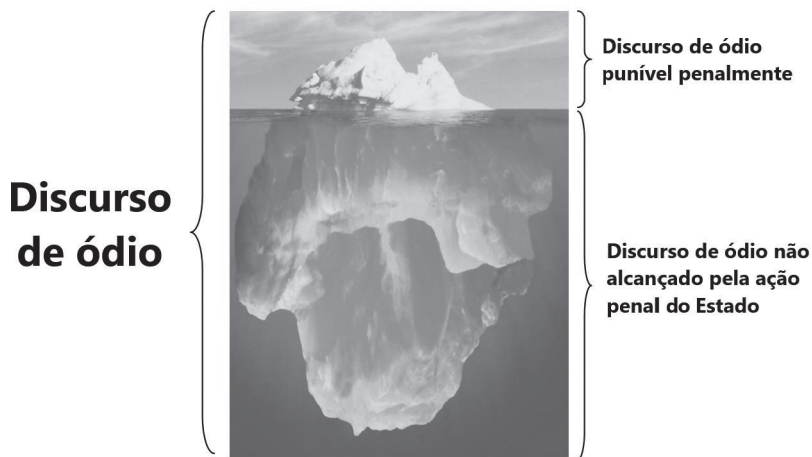
pode-se dizer que o discurso do ódio consiste na manifestação de ideias intolerantes, preconceituosas e discriminatórias contra indivíduos ou grupos vulneráveis, com a intenção de ofender-lhes a dignidade e incitar o ódio em razão dos seguintes critérios: idade, sexo, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idioma, religião, identidade cultural, opinião política ou de outra natureza, origem social, posição socioeconômica, nível educacional, condição de migrante, refugiado, repatriado, apátrida ou deslocado interno, deficiência, característica genética, estado de saúde física ou mental, inclusive infectocontagioso, e condição psíquica incapacitante, ou qualquer outra condição (SCHÄFER et al., 2015: 149-150).

Como Fiss (1996: 20) lembra, o discurso de ódio está regulamentado pelo Estado com base na teoria que sustenta que tais expressões aviltam o valor daqueles a quem estão dirigidas e dos grupos sociais aos quais pertencem. Portanto, embora sejam fundamentais na hora de decidir acerca da possibilidade da existência de delito de ódio, tais conceitos demonstram-se insuficientes para analisar o tema do discurso de ódio quando não há que-

(6) Devemos destacar que não existe uma definição legal de discurso de ódio que seja internacionalmente aceita e sua caracterização é polêmica e objeto de disputa. Porém, como lembra Castro Rocha (2021), o “recrudescimento atual do hate speech e, especialmente, das consequências físicas da violência simbólica, levou a Organização das Nações Unidas a lançar um documento” denominado “Estratégia e plano de ação sobre o discurso de ódio” <<https://news.un.org/pt/story/2019/06/1676791>>.

brantamento de preceitos penais de forma “evidente” ao ponto de pôr em funcionamento o sistema repressivo estatal. Por tal motivo, o discurso de ódio constitui um conceito complexo integrado pelas práticas puníveis penalmente, que configuram apenas a parte visível do iceberg, e, também, àquelas que o direito penal não contempla, como ilustra a figura:

Figura 1: Discurso de ódio e direito penal



Fonte: Elaboração própria.

Em consequência, na necessidade de termos um conceito abrangente da dimensão discursiva e sociocultural, tampouco trataremos do ódio individual, abordado pela psicologia, senão da manifestação social do mesmo. Para isso, partiremos da construção social da “outredade”, ou “outreidade”, como pressuposto necessário para a construção do discurso de ódio.

Caracterizamos tal construção, seguindo a Reguillo (2013), como uma prática social de construção “do outro” que se faz exacerbando a atribuição das diferenças intersubjetivas, de vários tipos, por mecanismos tais como aumentar as características negativas desse “outro”, salientar desmedidamente as positivas do “eu”, ou uma combinação de ambas, que resulta em uma posição subalterna desse “outro” assim construído em relação ao indivíduo ou grupo que enuncia. Dita construção não só naturaliza a diferença como, no caso do ódio, faz desse “outro” um inimigo que ameaça, real ou potencialmente, a existência do “eu normalizador” do grupo. Como aponta Reguillo (2013), localizam “o diferente” nas antípodas da sociedade normalizada, disciplinada e medicalizada que se esforça para resistir às contaminações de um mundo “outro” que ameaça questionar seu sistema de doxas constitutivo.

O Outro (oposto ao coletivo identitário em questão) é sempre o “comunista”, “o resto”, “o judeu”, “o populista”, o causador de todos os males, aquele que precisa ser descartado, odiado para o “bem de todos”; é sempre o Outro (aquele que não tem o traço positivado da marca da identidade) que atrapalharia a construção de uma “sociedade unificada” sem diferenças de grupos nem antagonismos irreconciliáveis (PEREZ; STARNINO, 2021: 88).

Dessa forma, a construção da “outredade” passa a ser um elemento constitutivo do “eu” do enunciador ou do grupo ao qual ele pertence ou ao qual ele, em maior ou menor medida, adere. Tal diferença, assim criada, é situada e relacional, ou seja, responde ao que e agora deve servir para infamar “o outro”: xenofobia, misoginia, LGBTIfobia etc. Mas também, tais estigmatizações podem se sustentar em motivos políticos, ou estarem perpassados de alguma maneira por eles. Como ponderam Barillaro e La Greca (2011: 232), o “outro”, na linguagem política, se constrói segundo os contextos na medida em que possa questionar o poder hegemônico, portanto, as formas de identificá-lo se relacionam diretamente com o período uma vez que os termos são polissêmicos e, em consequência, históricos.

Mas esse “nós” pode ser uma fantasia que surge devido à mobilização do ódio como um forte vínculo passional estreitamente conectado com o amor (por exemplo, amor à pátria, à honestidade, à cultura do trabalho etc.), sentimento “nobre” que esse “outro” ameaça e que faz que o odiador assuma uma posição de vítima perante “a invasão dos outros”, que pode traduzir-se em sensação de perda (de empregos, de liberdade, de dinheiro, de lugares sociais etc.) (AHMED, 2015: 79), de “injustiça” (“as cotas atentam contra o princípio de igualdade perante a lei”, “vivem sem fazer nada graças aos meus impostos” etc.), e até de deslegitimação da sua cidadania (“são comprados com bolsas”, “não se informam” etc.), entre outros.

Por essa razão, é muito importante destacar que o ódio não reside em um sujeito ou objeto determinado. Ao contrário da raiva que se concentra no âmbito pessoal, o ódio é global e inclui todas as suas ações. Aristóteles (2000), na Retórica, propõe a distinção entre ira e ódio.

Dessa forma, o investimento emocional que supõe o ódio, exacerba a diferença e modifica a dicotomia ideológica apontada por Van Dijk “nós x eles” instaurando uma crença-convicção, ainda muito mais potente, que a supera em número e grau: a impossibilidade de coexistir com esse “outro”, que se expressa na fórmula “ou nós, ou eles”.

Tabela 2: Polarização antinômica “nós – eles” e discurso de ódio

Polarização ideológica	“nós” versus “eles”	Tensão na Coexistência
Exacerbação da polarização por meio do ódio	“ou ‘nós’, ou ‘eles’”	Impossibilidade da coexistência

Fonte: Blanco; Blanco (2020)

Amossy (2016), quando trata do discurso polêmico aponta três procedimentos pelos quais é constituído: a dicotomização, a polarização e o descrédito para com o “outro”. Com o primeiro se estabelece uma relação de “exclusão” dos integrantes da polarização devido à radicalização do debate. Como aponta a autora (2016: 28), “a retórica da polarização consiste em estabelecer campos inimigos”.

Os três procedimentos apontados por Amossy (2016) no discurso polêmico, também estão presentes no discurso de ódio. Entretanto, diferentemente do discurso explicado pela autora, que pode estar acompanhado de paixão e violência verbal - com frequência, mas não obrigatoriamente - (AMOSSY, 2016: 27), esses elementos, ou pelo menos um deles, são os que constituem o discurso de ódio.

Dessa forma, estamos em condições de estabelecer algumas distinções com os postulados propostos por Van Dijk e Amossy para melhor entender as características do discurso de ódio:

Tabela 3: Diferenciação dos discursos polarizador, polêmico e de ódio

	Caracterização	Procedimentos	Observações
Discurso polarizador	Tensão da coexistência	Quadrado ideológico.	
Discurso polêmico	Exclusão do "outro"	Dicotomização, polarização e desacreditação.	Pode haver paixão e violência verbal
Discurso de ódio	Eliminação ou nulificação do "outro"	Construção (e propagação) da "outredade".	Sempre há afeto de ódio, ainda em enunciados "lúdicos".

Fonte: Blanco 2021

Por isso, segundo esclarece Blanco (2021: 91), a característica distintiva do discurso de ódio é que quem odeia chega a perceber a existência do outro, ou do grupo de pertença desse outro, como uma ameaça a si ou a seu grupo, e, necessariamente deseja sua não existência, sua nulificação ou aniquilamento real ou simbólico.

Por tal motivo, o discurso de ódio foi adquirindo na Argentina e no Brasil é o alto grau de investimento emocional e agressividade no ataque à imagem das ex-mandatárias, que beirava à violência simbólica, quando não a configurava. Além de corruptas, Cristina era, simultaneamente, a "égua", a "puta", a "montonera", a "tirana" etc. e Dilma, por sua vez, "ditadora", "subversiva" etc.

Ainda na mesma seara, Jean Wyllys, no prefácio ao livro de Márcia Tiburi (2015), pondera que a virada à direita de setores da sociedade que vêm afetando a política nos últimos dez anos no Brasil "costuma prescrever a eliminação simbólica e/ou física dos 'inimigos' que constrói como forma de se 'justificar'". Por sua vez, segundo Castro Rocha (2021), trata-se de um procedimento, que denomina "desqualificação nulificadora", que reduz o adversário ideológico a um "outro" tão absoluto que "ele passa a se confundir com um puro nada, um ninguém de lugar nenhum".

Nesse sentido, uma das formas de aniquilamento simbólico mediante desumanização contra os ex-mandatários do Brasil e da Argentina conseguiu-se assemelhando-os a

animais: desse modo Dilma é uma “anta”, Lula um “molusco” (CASTRO ROCHA, 2021) ou um “sapo barbudo”, e Cristina uma “égua”, “cerda” e “guanaca”:

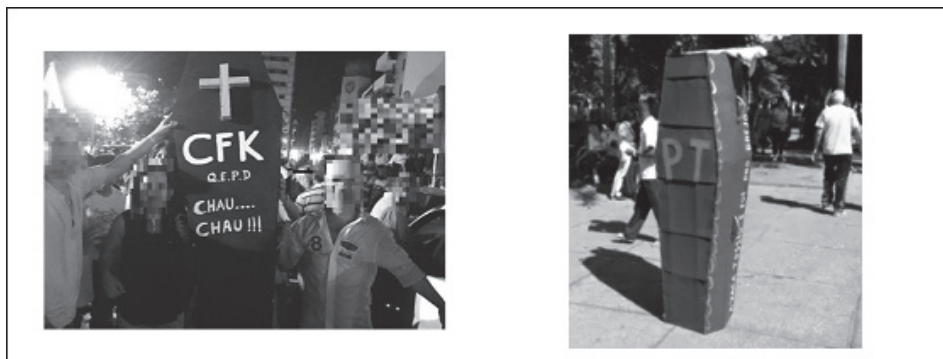
Quadro 1: Desejo tanático: Caixões representando morte de CFK e do PT

Dilma Rouseff	Luiz Ignácio Lula Da Silva	Cristina Kirchner
 <p>PresidANTA www.contraovento.com.br</p>	 <p>Sapo Barbudo</p>	
<p>Fonte: www.contraovento.com.br</p>	<p>Fonte: Rede social Facebook</p>	<p>diariopregon.blogspot.com</p>

Enquanto a construção visual, os três *memes* seguem a mesma lógica, simples e direta, de “colar” as cabeças dos alvos das desqualificações aos corpos de animais: no caso de Dilma Rouseff a um mamífero que, no imaginário social brasileiro, representa falta de inteligência e até a estupidez; no caso de Lula da Silva a um batráquio, associado à sensação de repugnância; e Cristina Kirchner a uma égua, animal que serve para denominar às mulheres de má índole.

Tal prática chega ao ponto máximo quando os enunciados expressam, literalmente, o desejo de não-existência desse “outro”, um desejo tanático que impossibilita toda compreensão da diversidade, da reflexão e do diálogo, como podemos ver nas imagens abaixo nas quais se anseia a morte, representada simbolicamente com ataúdes, de Cristina Fernández de Kirchner (CFK) em uma manifestação em Buenos Aires, e do Partido dos Trabalhadores (PT) na manifestação do dia 12 de abril de 2015 na Praça Liberdade, em Belo Horizonte, ou de forma literal como se vê nas imagens dos “panelaços” e “cacerolazos” e Argentina e Brasil:

Quadro 2: Desejo tanático: Caixões representando morte de CFK e do PT



Fonte: www.diarioregistrado.com - Fonte: <https://noticias.uol.com.br/>

Quadro 3: Desejo tanático: Cristina, Dilma e Lula enforcados



Fonte: Rede social Twitter

Segundo Nora Merlin (2019), o ódio é, em psicanálise, expressão da pulsão de morte, um dos pólos do dualismo pulsional: “pulsão de vida x pulsão de morte”. A pulsão de morte é desintegradora, atua pela desintegração ao contrário de Eros que é discurso, ligação etc. “A pulsão de morte se expressa rompendo laços, ou “outro” não um adversário e sim um inimigo, e o inimigo tem que ser destruído porque são categorias da guerra” (MERLIN, 2019), que foram empregadas no jornalismo de guerra realizado contra Cristina Kirchner conforme apontamos anteriormente.

O desejo de morte, certamente, extrema e condensa todos os sentidos do ódio, em cuja co-construção teve participação ativa a mídia hegemônica.

A construção midiática do discurso de ódio

Vamos centrar nosso olhar nas capas de dois semanários, Notícias da Argentina e Veja do Brasil, uma vez que serviram para criar ou exacerbar o ódio contra Luis Inácio “Lula” Da Silva, Dilma Rousseff e Cristina Kirchner, por meio da construção visual do social, proposta pelos estudos da (in)visibilidade.

Esses semanários e suas polêmicas capas, por vezes questionáveis, têm um protagonismo na construção visual do ódio porque, independentemente do número de assinantes ou de leitores eventuais, possuem a capacidade de circular nas redes sociais e até nas manifestações destituíntes.

A capa da revista pode ser entendida como um texto complexo constituído por uma relação de completude entre o verbal e a imagem que, combinados, constroem o enunciado. Somente mediante tal junção é possível compreender os diferentes efeitos de sentido ao recuperar os sedimentos discursivos nos quais se fundamentam, e as metáforas que permitem sua leitura e as relações de intertextualidade que amiúde apresen-

tam. Esse texto complexo e desenhado por uma gramática visual, ou verbovisual que se enquadra no contexto cultural e comunicacional ao qual pertence.

Começaremos com uma sequência duas capas com a temática “cárcere” nas quais os ex-presidentes Luiz Inácio “Lula” da Silva e Cristina Kirchner aparecem com trajes de presidiários pelos supostos delitos de corrupção dos quais eram acusados.

Quadro 4: Capas das revistas Veja e Noticias sugerindo a prisão de Lula e Cristina



Fonte: veja, ed. 2450 - Fonte: Noticias, ed. 08/04/2016

Nas capas das revistas os ex-mandatários Luiz Inácio “Lula” da Silva e Cristina Fernández de Kirchner são retratados vestindo roupas de presidiário dando por certo que as causas penais contra eles eram “evidências” da sua culpabilidade. Lula, com o característico traje com listras pretas formadas pelos nomes dos “parentes, amigos, amigos, petistas e doadores de campanha” que supostamente o “afundariam”, como disse na capa, por causa das delações premiadas (José Carlos Bumlai, Alexandre Alencar, Rosemary Noronha, Ricardo Pessoa, Marcos Valério, Léo Pinheiro, Marcelo Odebrecht etc.). No caso da capa da revista Noticias, traz a Cristina Kirchner com a roupa de presidiária do sistema prisional estadunidense, em clara referência a um seriado de moda à época, “Orange is the new Black”⁽⁷⁾, ou à prisão de segurança máxima de Guantánamo. O título merece um aparte: “El país de Cristina presa” reforça o senso comum instalado midiaticamente das duas Argentinas, a de Cristina e os kirchneristas, e a dos cidadãos comuns que padecem os desatinos do governo. Novamente ativa-se o significativo vazio “la grieta” para atualizar a polarização ideológica. E em letras maiores “Van por Ella”, sem determinar quem constituem esse “eles” que a levariam ao cárcere, mas instalando a ideia de se tratar de muitos. Assim como na revista Veja, Noticias também nomeia um empresário (Lázaro Báez) que poderia declarar como delator premiado e denunciar, segundo o semanário, “fideicomisos, contratos e poderes comprometedores”, o que, juridicamente não diz nada já que são atos jurídicos normais. E juízes “panqueques” (“viracasacas”, em tradução livre ao

(7) A série de sucesso, cujo nome poderia ser traduzido como “Laranja é a nova moda”, narra a vicissitudes de uma jovem de classe média que é presa por um crime que ela não cometeu. Foi lançada pela plataforma Netflix em 11 de julho de 2013.

português do Brasil) que a processariam por “fraude” (estelionato) e lavagem [de dinheiro?]. É importante destacar a pouca precisão jurídica das duas capas, compensada pela exposição central de Lula e Cristina, pelos trajes e pelas manchetes com letras imensas.

Quadro 5: Encarte do filme “The Orange is the new Black” e foto da prisão de Guantánamo



Fonte: <https://spinoff.com.br> - Fonte: Jornal O Globo

Hoje, com o passar dos anos, podemos ver que as acusações e condenações ao ex-presidente brasileiro no âmbito da megaprocesso conhecido como “Lava Jato”, que foram deixadas sem efeito pelo Supremo Tribunal Federal, o que confirma a suspeita da leviandade das afirmações da capa do semanário da editora Abril. O mesmo poderia se dizer com relação aos processos penais contra a ex-presidenta argentina, em muitos dos quais dos quais foi absolvida, enquanto que os restantes estão paralisados por falta de provas e/ou por inconsistência das imputações.

Contudo, a imagem do ex-mandatário com roupas de presidiário também fez parte das manifestações destituíntes brasileiras conhecidas como “panelaços” (2015-2016) em formato de cartazes, figuras alegóricas e em bonecos, pequenos para uso dos manifestantes ou gigantes, chamados popularmente de “Pixulecos”⁽⁸⁾.

Quadro 6: Bonecos e cartazes de Lula com roupa de presidiário nas manifestações



Fonte: Revista Exame, ed. 17/04/2016

(8) Segundo o Dicionário Online de Português Dicio, pixuleco é “propina; dinheiro que se oferece a alguém, buscando fazer com que essa pessoa pratique ou realize procedimentos ilegais, contrários às leis”. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/pixuleco/>>. Acesso em 14/11/2020.

A continuação, destacamos capas de revistas em que o desejo tanático, explicitação máxima do discurso de ódio, é manifesto. Nas três capas da revista Noticias com as que iniciamos esta secção se referem à morte de Cristina Kirchner de distintas formas.

Quadro 7: Capas da revista Noticias com apelo à morte de CFK



Fonte: Noticias, ed. 17/04/2014 - Fonte: Noticias, ed. 13/02/2015 - Fonte: Noticias, ed. 18/12/2015

A primeira das capas gerou repercussão negativa tanto de setores religiosos de vários credos que questionaram o emprego de um símbolo religioso com finalidades políticas, quanto de políticos pela mensagem de ódio que a crucifixão evoca.

A revista saiu à venda um dia antes da Sexta-Feira Santa, quando se celebra o Via Crúcis (ou Via Sacra) que rememora as doze estações de Cristo antes de morrer na Cruz. Isso explica o jogo de palavras com o título: “Via Crisis” (caminho da crise), em substituição do litúrgico “Via Crúcis” (Caminho da Cruz). Dessa forma, Cristina Kirchner estaria transitando em uma via direta à crucifixão, passando por diferentes estações de crise econômica. Devemos incorporar na análise a frase que antecipa o título, “La cuenta regresiva”, que em letras amarelo-forte que se destacam sob o fundo azul evidencia a existência de momentos anteriores de um processo que indefectivelmente chegará ao seu fim. A expressão de consternação que a revista estampou em seu rosto e o vestido preto que indica luto, completam a produção de sentido .

Na segunda capa, podemos ver uma continuidade com outras anteriores nas quais se afirmava que a ex-presidenta tinha problemas psiquiátricos, nesta se sugere que há tendência ao suicídio pelo gesto de mão que simula uma arma apontando para a têmpora. Há nesse gesto uma ressignificação da morte do promotor Alberto Nisman que a acusava do delito de traição à pátria , que faleceu em situação ainda não esclarecida mas que, segundo os peritos da Corte Suprema de Justiça da Argentina, teria se suicidado.

O título enuncia um “Juego suicida de Cristina” (destaque para as palavras “Juego Suicida em letras cor laranja e caixa alta) pelo “efecto Nisman”. Mediante o “jogo”, o suicida não é mais o promotor senão Cristina Kirchner .

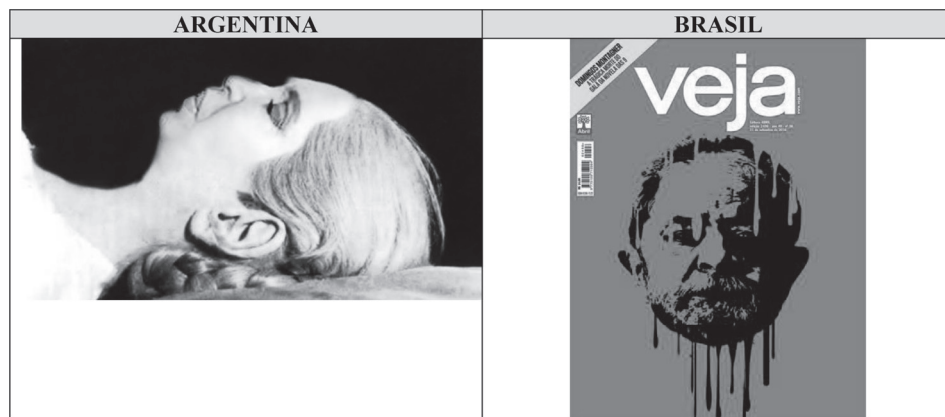
Finalmente, nesta capa como em muitas outras, há um primeiríssimo plano do rosto de Fernández Kirchner com o olhar apontando para o nada, entre distante e perdido, e uma blusa preta em sinal de luto e solidão.

A terceira das capas não pertence à época das manifestações destituíntes, entretanto decidimos trazer para análise por sua simbologia autoexplicativa, repetida desde a época medieval: a da bruxa queimada na fogueira. No contexto de produção, Cristina Fernández de Kirchner deixara a presidência nove dias antes da publicação.

Na parte superior central, Cristina Kirchner com trajes femininos que remetem à época medieval, está acorrentada pela cintura a uma madeira, agonizando na fogueira. Na parte inferior, um grupo de homens, um juiz, três políticos um sindicalista e o CEO de um grupo multimídia, encabeçados pelo eleito presidente Macri e trajados como monges da inquisição seriam os protagonistas de um pacto para queimar Cristina em prol de “proteger a governabilidade”.

Para ilustrar, destacamos duas capas que tratam do desejo de morte de Cristina Fernández de Kirchner e de Luiz Inácio Lula da Silva. Nelas há referência a personagens míticos da história argentina e brasileira, amadas por uns e odiados por outros, o qual mostra de forma patente que, como aponta Giorgi (2019), o ódio se constrói sobre sedimentos de ódios anteriores.

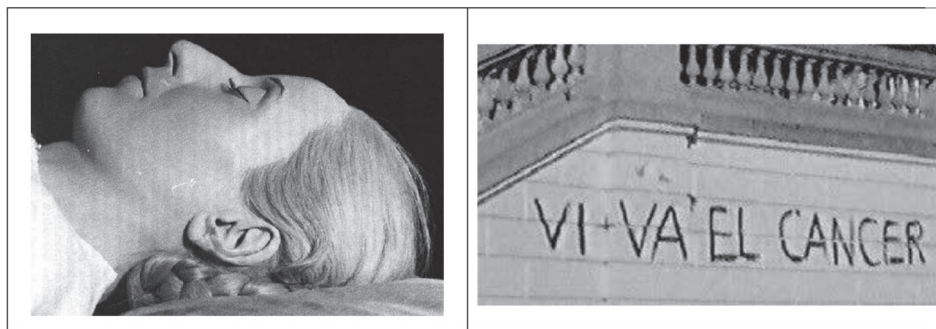
Quadro 8: Capas das revistas Noticias e Veja: morte de CFK e Lula



Fonte: Noticias, ed. 02/02/2014 - Fonte: Veja, ed, 2496

A primeira das publicações se trata de uma capa que a própria editora da revista Noticias decidiu, à última hora, que não se publicaria na capa senão na parte central porque era muito forte. Trata-se da imagem do rosto de Cristina Kirchner de perfil, com o mesmo enfoque de uma das fotos do cadáver de Eva Duarte de Perón, “Evita”, depois de embalsamado. O título da matéria não deixa dúvida acerca de seu sentido ilocucionário “¿Muere ella o su relato?”.

Quadro 9: Imagens de Evita embalsamada e pichação festejando a morte.



Fonte: Pinterest - Fonte: Jornal Nueva Tribuna

No caso da capa da revista *Veja*, o ex-presidente Lula é retratado como uma figura que se desfaz pelo fundo vermelho que o invade em forma de jatos desde a parte superior da cabeça até a metade e, ao mesmo tempo, se sangra como se tivesse sido decapitado.

O contexto político-social da publicação eram as acusações que o ex-juiz Sérgio Moro realizara contra o ex-presidente pelos delitos de corrupção passiva e lavagem de dinheiro no contexto da operação Lava Jato, segundo informação do semanário. Segundo a revista, o “mito Lula” estaria derretendo e isso é o que a capa “expressaria”.

Entretanto, há muito mais que pode ser lido nesse texto. Em primeiro lugar, como alertou o cientista político Reginaldo Nasser em seu perfil da rede Facebook, trata-se de uma cópia de outra capa da revista estadunidense *Newsweek* de outubro de 2011, que retratava, no mesmo estilo, textura e cores, o ex-presidente líbio Muammar Kadafi, quem governou esse país por 42 anos. Kadafi foi deposto, com auxílio da OTAN (Organização do Tratado do Atlântico Norte), em um dos conflitos que fizeram parte da chamada Primavera Árabe. Vídeos na internet se tornaram virais na época mostrando opositores que linchavam e enforcavam o ex-premier.

Quadro 10: Comparação das capas das revistas *Newsweek* e *Veja*



Fonte: Portal PT na câmara

Essa capa também foi duramente criticada por parlamentares e militantes do Partido dos Trabalhadores por, precisamente, incitar à violência e insinuar o linchamento de Lula.

Com esta análise das capas dos semanários, conseguimos encontrar a construção de uma mensagem de ódio, sistemático, com o intuito de atingir às imagens dos ex-presidentes do Brasil e da Argentina, e de seus projetos políticos, muito além da polarização ideológica que rivaliza com o outro ou da polêmica que o exclui. O discurso de ódio, como aponta Merlin (2019), se inscreve dentro da lógica da guerra - e do jornalismo de Guerra, segundo confessara Julio Blanck, jornalista argentino do Clarín -, na qual vale tudo com tal de aniquilar o inimigo.

Com esse intuito, foram (re)produzidas, nas capas dos semanários analisados, algumas imagens com o poder de persistir na memória, de serem reativadas após longos períodos e de convocar novas vivências e ideias.

E, em clave de discurso de ódio, foram exibidas em lugar privilegiado de dispositivos de circulação social com a finalidade de aniquilamento de outras imagens públicas, da morte simbólica na fogueira (Cristina e Dilma), na cruz ou evocando outros corpos inertes (Cristina), ou linchado e decapitado como o caso de Lula.

Considerações finais

Tínhamos o objetivo de mostrar como o discurso de ódio se apresentou nas suas semelhanças e diferenças nos enunciados expressos nas manifestações na Argentina, “cacerolazos” (2012-2014), e no Brasil, “panelaços” (2015-2016). Assim, percebemos a existência de estratégias comuns que extremavam o processo de construção de ódio.

Primeiramente, tivemos que conceitualizar o discurso de ódio superando as limitações próprias do discurso jurídico que, embora muito acertadas, se mostram insuficientes pelas características restritivas do direito penal. Assim, partimos dos conceitos de polarização ideológica da análise crítica do discurso (VAN DIJK, 2012) que destaca a antinomia entre um “nós” e um “eles”; revisitamos as noções de dicotomização e polarização no discurso polêmico dentro da retórica (AMOSSY, 2008), e, dessa forma, percebemos que o discurso de ódio compartilha desses elementos constitutivos, porém, os supera ao estabelecer a dicotomia em termos de nulificação ou eliminação, real ou simbólica, do “outro”. Esses estudos nos permitiram esmiuçar as estratégias da construção sociodiscursiva dessa “outredade” que não reconhece a possibilidade

da coexistência. Finalmente, foram de grande contribuição os aportes de Sara Ahmed (2015), Ana Kiffer (2019) Gabriel Giorgi (2019) e Nora Merlin (2019), entre outros que, desde diferentes áreas do saber, fizeram valiosas avaliações acerca do discurso e afeto de ódio.

Ponderamos a potencialidade que os textos de ódio têm de servirem, performativamente, como dispositivos que criam, afiançam, propagam ou, quanto menos, habilitam a emergência de outros discursos de ódio independentemente de seu teor e grau de violência, ou de sua natureza (humorística, narrativa, argumentativa etc.).

Esses mecanismos nos forneceram os dados necessários para compreender o funcionamento das comunidades discursivas em que se realizaram os “cacerolazos” e “panelaços”, e chegar ao entendimento de se tratar de comunidades de práticas não só controladas senão condicionadas de fala, uma vez que eram impermeáveis a discursos que não estivessem totalmente alinhados com o pensamento específico imperante nelas. Dessa forma, conseguimos desvendar e definir os efeitos de eco e ressonância discursiva em que falas individuais ganham perspectiva de totalidade pelas características repetitivas de sua (re)produção e o efeito contágio.

E todo esse ódio discursivo, (re)produzido e legitimado, posto ao serviço de determinadas finalidades de dominação: tirar do poder quem não puderam vencer em mais de uma década pelas via do jogo democrático e legitimar a feroz perseguição judicial da qual foram alvos Lula e Cristina no contexto jurídico-comunicacional do *lawfare*.

Referências

- Ahmed, Sara. (2015). “La política cultural de las emociones”. Trad. Cecília Olivares Mansuy. México DF: UNAM (Universidad Autónoma de México).
- Amossy, Ruth. (2016). “Por una retórica del dissensus: las funciones de la polémica” en A. Montero (Org.). El análisis del discurso polémico. Disputas, querellas y controversias, p. 25-53. (Buenos Aires: Prometeo).
- Aristóteles. (2000). “Retórica das paixões”. (São Paulo: Martins Fontes).
- Austin, John Langshaw. (1982). “Cómo hacer cosas con palabras. Palabras y acciones”. (Barcelona: Paidós).
- Barillaro, Elvira; La Greca, Francisca. (2011). “El otro en el discurso político argentino. Selección documental” en Osvaldo Bayer; Atilio Boron; Julio Gambina. El Terrorismo de Estado en la Argentina: Apuntes sobre su historia y sus consecuencias. 1ª ed. (Buenos Aires: Instituto Espacio para la Memoria).

- Bielsa, Rafael; Peretti, Pedro Segundo.** (2019). "*Lawfare*: guerra judicial-mediática. Desde el Primer Centenario hasta Cristina Fernández de Kirchner". (Buenos Aires: Ariel).
- Blanco, Ramiro Carlos Humberto Caggiano.** (2020). "Análise da desclassificação repreensiva por meio de uma propaganda" en GONÇALVES-SEGUNDO, Paulo Roberto; ARAES, Célia Regina; CASTANHEIRA, Claudia; ISOLA-LANZONI, Gabriel; PENITENTE, Natalia; WEISS, Winola (orgs). *Discurso e poder: teoria e análise*. (São Paulo: FFLCH/USP).
- BLANCO, Ramiro Carlos Humberto Caggiano.** (2021). "O discurso de ódio nos "cacerolazos" (Argentina) e "panelaços" (Brasil): padrões comuns e diferenças". 195f. Tese (Doutorado em Letras) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: < <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8145/tde-03012022-155616/pt-br.php>>. Acesso em: 14 jan. 2021.
- Castro Rocha, João Cezar de** (2021). "Guerra cultural e retórica do ódio: Crônicas de um Brasil pós-político". (Goiânia: Caminhos).
- Escandell, María Vidal.** (2020). "La comunicación: lengua, cognición y sociedad". (Madrid: Akal).
- Fiss, Owen.** (1996). "El Efecto Silenciador de la Libertad de Expresión". Disponível em <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2314&context=fss_papers>. Acesso em: 11/01/2020.
- Giorgi, Gabriel.** (2019). "Arqueologia do ódio: apontamentos sobre escrita e democracia" en KIFFER, A.; GIORGI, G. (org.). *Ódios políticos e política do ódio*. (São Paulo: Bazar do Tempo).
- Kiffer, Ana.** (2019). "O ódio e o desafio da relação: escritas dos corpos e afecções políticas" en *Ódios políticos e política do ódio*, p. 35-80. Kiffer, A.; Giorgi, G. (orgs.). (São Paulo: Bazar do Tempo).
- Korybko, Andrew.** (2018). "Guerras híbridas das revoluções coloridas aos golpes". (São Paulo: Expressão Popular).
- Laclau, Ernesto.** (2005). "La razón populista". Trad. Soledad LACLAU. (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica).
- Labov, William.** (2011) "Padrões sociolinguísticos". (São Paulo: Parábola).
- Martini, Stella; Halpern, Gerardo.** (1998). "Imaginaris sociales" en Cuadernos de Comunicación y Cultura N° 54. Aníbal Ford e Estela Martini, (Orgs.). (Buenos Aires: Documento de la cátedra Aníbal Ford, Universidad de Buenos Aires).
- Merlin, Nora.** (2019). "Colonização da subjetividade e neoliberalismo" en Revista GEARTE, Porto Alegre, RS, v. 6, n. 2, jul. 2019. ISSN 2357-9854. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/gearte/article/view/92906>>. Acesso em: 05/04/2021.

- Perez, Daniel Omar; Starnino, Alexandre Augusto Garcia. (2021). "O estatuto político do significante vazio: identidade coletiva, psicanálise e política" en Revista de Filosofia Aurora, [S.I.], v. 33, n. 58, abr. 2021. ISSN 1980-5934. Disponível em: <<https://periodicos.pucpr.br/index.php/aurora/article/view/27737>>. Acesso em: 18/04/2021.
- Prestifilippo, A; Seccia, O. (2018). "Figuraciones del Otro en la Argentina neoliberal" en BORDES, v. 2, n. 7, p. 115-123.
- Rajagopalan, Kanavillil. (2008). "Por uma linguística crítica". (São Paulo: Parábola).
- (2010). "A nova pragmática: fases e feições de um fazer" (São Paulo: Parábola).
- Reyes, Gabriela. (1990). "La pragmática lingüística: el estudio del uso del lenguaje". (Barcelona: Montesinos).
- Schäfer, Gilberto; Leivas, Paulo Gilberto; Dos Santos, Rodrigo Hamilton. (2015). "Discurso de ódio: Da abordagem conceitual ao discurso parlamentar". RIL Brasília a. 52 n. 207 jul./set. 2015 p. 143-158 Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34594.pdf>. Acesso em: 16/11/2018.
- Schwarcz, Lilia Moritz. (2019). "Sobre o autoritarismo brasileiro". 1ªed. (São Paulo: Companhia das Letras).
- Streck, Lênio. (2017). "Lawfare" en CARAMURU TELES, Barbara (org). Enciclopédia do Golpe, v.1. (Bauru: Canal 6).
- Tiburi, M. (2015). "Como conversar com um fascista". [registro eletrônico], 1ª (Ed. Rio de Janeiro: Record).
- Van Dijk, Teun Adrianus. (2003). "La multidisciplinarietà del análisis crítico del discurso: un alegato a favor de la diversidad" en WODAK, M. e MEYER, M.(org.) Métodos de análisis crítico del discurso. (Barcelona: Gedisa).
- Van Dijk, Teun Adrianus. (2005). "Ideología y análisis del discurso" en Utopia y Praxis Latinoamericana. Maracaibo: Universidad del Zulia, p. 9-36. Disponível em: <<http://www.discursos.org/oldarticles/Ideolog%EDa%20y%20an%E1lisis%20del%20discurso.pdf> > Acesso em 10/01/2012.
- Van Dijk, Teun Adrianus. (2012). "Discurso e Poder". (São Paulo: Contexto).
- Van Dijk, Teun Adrianus. (2016). "Cognição, discurso e interação". 7ª edição. (São Paulo: Contexto).
- Weber, Anne. (2009). "Manual on hate speech". (Strasburgo: Concil of Europe Publishing).

Zanin, Cristiano; Martins, Valeska; Valim, Rafael. (2019). *“Lawfare: uma introdução”*. (São Paulo: Contra Corrente).

ADEMIR AVA IJU* - FELICIANO SOBRE AUI**

Avá-Guarani, Direitos Humanos Vulnerabilidade

Introdução

Vulnerabilidade e Direitos Humanos é o assunto a ser tratado neste artigo. Mas, o suicídio é um fenômeno recente nesta comunidade, razão pela qual não há bibliografias suficientes para sustentar as hipóteses e os argumentos deste artigo, mas são fatos vivenciados que vem causando pânico na comunidade. Portanto é necessário fazer um inventário da etnia dessa Aldeia –Aty-Mirĩ– para facilitar se entender as razões da vulnerabilidade que vem atingindo, principalmente a juventude, que engloba por complexos e profundos sentimentos de desesperança, em que se vê numa condição que parece que não tem mais saída. Tudo porque os mercadores do evangelho pregam que a única razão da existência é aquela que está vinculada ao capital.

O suicídio é um fenômeno presente nessas comunidades, especialmente nos Guaranis Kaiowa. Mas nos Ava Guaranis somente este ano (primeiro semestre de 2021) houve dois suicídios. Infelizmente, não existe uma receita pronta para o combate ao suicídio, mais existe, sim, a forma de tentar minimizar o sofrimento, tirando ou impedindo a entrada dos pastores que nega a existência da cultura tradicional dos povos nativos, em especial os guaranis. Mas a vulnerabilidade dessas comunidades está também na agressão sofrida por fazendeiros e latifundiários, que se movimentam apenas pela riqueza e entendem que essas comunidades são empecilhos para seus objetivos, que está focada apenas no capital, na riqueza e no lucro.

(*) Licenciado em Pedagogia pela UNIOESTE – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Trabalha como Professor nas séries iniciais na Escola Estadual Indígena Arandu Renda na Aldeia Aty-Mirĩ Professor de Educação Infantil V.

(**) Acadêmico de Pedagogia na UNIOESTE – Universidade Estadual do Oeste do Paraná, professor na Escola estadual Indígena Arandu Renda na Aldeia Aty-Mirĩ, leciona Língua Guarani e educação física.

A chegada de pastores nas aldeias não trás perspectivas de vida para a juventude, porque todos estão associados ao capital, à ganância e contribuindo com os exploradores que degeneram a comunidade nativa. Onde há pastores não existe Direitos Humanos. Eles não entendem a civilização nativa como Direitos Humanos naturais, anteriormente aos princípios da civilização do capital. Religião e mercado: o binômio que distribui pânico na juventude. A religião porque tenta forjar uma perspectiva de mundo que não existe para as comunidades nativas; o mercado porque não existe valor humano, existe apenas o valor econômico, coisa que o nativo não conhecia.

É obvio que esses religiosos não são culpados diretamente, porque eles mesmos são vítima da lógica do mercado em que Deus é o dinheiro. Portanto, não conseguem ver outra perspectiva de vida a não ser um movimento que vivem em busca da riqueza, do dinheiro e do capital. A religião e o papel da comunidade evangélica entre indígenas tem agravado a crise, quando um membro entra na igreja, os pastores obrigam todos se batizarem, um jovem antes de tirar a sua vida em Itaipulândia, os pais estavam obrigando a se batizar e ele não queria, por isso que se suicidou. Mesmo que são orgulhosos de suas origens, raízes e tradições, por vezes são impedidas de vivê-las plenamente, porque pastores só vê religião e não Direitos Humanos. E nesse momento que os fatores sociais e individuais podem induzir a por fim a sua própria existência.

A integração ao mundo civilizado, para os pastores e para os representantes do capital, significa ter vínculo com a religião, com o mercado e à sociedade de consumo. Para a civilização o que importa é cumprir as regras do mercado, da sociedade produtiva e a infinita potencialidade de consumo. Mas para os nativos a produção e consumo tem relação quase imediata. Ao mesmo tempo em que se pesca imediatamente se consome o peixe. Isso a cultura burguesa não entente. Ao mesmo tempo em que se coleta a fruta se consome se consome imediatamente. Isso não pode serem compreendidos pelos ditos seres "civilizados". Neste sentido, a pregação dos pastores entre em contradição direta com a vida dos nativos. Os nativos, especialmente os mais jovens não entendem os pastores e os pastores evangélicos não entendem a cultura nativa, mas querem impor suas ideologias que está vinculada ao mercado.

Em nossa comunidade existem fatos que não podem ser revelados para comunidades não indígenas, pois faz parte do segredo como exigência de proteção à vida e legítima defesa em caso de ataque que ocorre constantemente nas aldeias e até para sobrevivência e manutenção de nossa cultura. Mas tem pesquisadores que aparecem nas aldeias simplesmente pensando que podem abstrair tudo o que lhes interessa para suas pesquisas, para produção de artigos, mas não apontando alternativas para resistência contra a ideologia de pastores, portanto, essas comunidades permanecem vulneráveis aos caprichos de todos os mercenários que aparecem: religiosos, políticos e até mesmo outros tipos de vendedores de ilusão. Assim, a comunidade indígena permanece vulnerável, porque são tratadas como objetos do mercado.

Para pastore objetos do mercado da religião; para os capitalistas, objeto do mercado de consumo de todo tipo de supérfluos descartados e descartáveis; para alguns políticos objetos de negociação de votos para cada eleição. A omissão do Estado na proteção das comunidades indígenas contribui para que a juventude não veja alternativa, porque, na história do relacionamento com a chamada sociedade "civilizada" só houve massacres. Isso leva ao desespero porque não se conhece um projeto que trate realmente as comunidades indígenas como seres humanos, como deveriam ser tratados pelos princípios universais dos Direitos Humanos. Ausência do Estado significa ausência de Justiça, todos os territórios, locais de sobrevivência das comunidades indígenas foram tomadas pelo capital, especialmente nesta Aldeia em que Itaipu Binacional ocupou território indígena sem retribuir nada para garantia dos Direitos Humanos. Isso que trataremos neste artigo.

Contradições Entre o Progresso do Capital e a Vida dos Guaranis

O modo de produção capitalista avança inversamente ao tratamento e os valores da dignidade humana, principalmente sobre os povos nativos, em especial nas regiões onde há possibilidade de exploração das riquezas naturais pelo capital. O chamado progresso, no modo e produção capitalista implica no desenvolvimento da infraestrutura, que são as grandes obras: rodovias, ferrovias, usinas hidroelétricas e na agroindústria. O agronegócio se transformou na nova tragédia para as comunidades nativas, porque o latifúndio mata direta e indiretamente. Mata direto, quando contratam pistoleiros de aluguel para exterminar comunidades e matam indiretamente com os venenos e também eliminando as florestas e o ecossistema: a fauna e a flora, local onde essas comunidades retiravam recursos para vida.

A ocupação do espaço dos povos indígenas significa agressão direta à sua própria existência. A mais de quintos anos o capital vem eliminando populações e dizimando etnias inteiras. As aldeias das margens do Rio Paraná, da Região de Foz do Iguaçu até Guaíra são comunidades expulsas das barrancas do rio e dos afluentes do próprio Rio Paraná. Essas aldeias são de sobreviventes que ocuparam a reserva de Itaipu porque a empresa simplesmente os expulsou sem diálogos. Depois de muitas lutas apenas uma área foi comprada no município de Diamante do Oeste, mas não comportou todas as comunidades. O caso da Aldeia Aty Mirĩ é uma ocupação de uma área do IAPAR – Instituto Ambiental do Paraná. Uma área comprada pelo então Governador Jaime Lerner para viabilizar os chamados Jogos da Natureza, uma atividade, que todos suspeitavam ser investimento para desvios de recursos públicos.

Após os jogos da natureza esse local ficou, praticamente, sendo território em que funcionários da empresa plantavam soja para si, com argumentos de pesquisas. Mas foi

descoberto e uma comunidade de indígenas da etnia Ava Guarani ocupou essa área no dia três de fevereiro de 2015. Não havendo infraestrutura no local, a comunidade organizou barracos em meio a floresta de reserva até conseguir pequenos casebres na própria área onde estava a plantação de soja. Não havia pesquisa, porque era plantação convencional, com venenos, inclusive o Glifosato⁽¹⁾ um veneno que segundo pesquisa está associado à morte.

O sitio do Instituto Humanistas Unisinos – Universidade do Vale do Rio do Sino RS, informa os conflitos entre a agricultura tradicional, que depende exclusivamente dos venenos para produzir em quantidade. Informa também que o Glifosato é um produto químico desenvolvido no ano de 1950 pela indústria farmacêutica, pertencente a Monsanto que hoje pertence a Bayer. O curioso que essa pesquisa mostra que quanto mais se utiliza desses herbicidas, mais dependência se produz.

Por outro lado, a segurança do **glifosato** para saúde humana vem sendo questionada internacionalmente – assim como a de outros **agrotóxicos**. Estudos associam o glifosato ao câncer e a outras doenças. A **Bayer**, inclusive, já foi condenada na justiça americana sob essa alegação (INSTITUTO HUMANITAS UNISINO, Baixado em 02/10/2021).

Entre outras doenças, a depressão é uma delas que podem ter como causa a proximidade com esses agentes químicos. As comunidades nativas viviam e conviviam com a natureza pura, sem interferência de agentes químicos e sem a pressão social e econômica. Todos esses elementos contribuíram para alteração inclusive do organismo humano, causando insuficiência para resistir agressões da chamada civilização, em muitos casos levando ao suicídio. Érika M. Yamada advogada do Instituto Sócio Ambiental, diz que: “não é possível garantir o desenvolvimento dos povos indígenas sem lhes garantir o direito à autodeterminação ou o direito à manutenção de suas culturas e tradições” (ISA, baixado em 21/09/2021).

Poder-se-ia dizer que o Estado abandonou as comunidades nativas, porque até a década de 1990 eles não tinham nada garantido pelo Estado. Ao contrário o Estado promovia agressões ao espaço onde viviam as comunidades nativas. A constituição de 1988 garantiu o direito à demarcação das terras indígenas, mas o latifúndio e o agronegócio têm poderes quase que absoluto no executivo, legislativo e judiciário e as demarcações não acontecem. Além de não haver demarcação é constante os ataques aos espaços territoriais das comunidades, especialmente nos Estados de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul. Diante da pressão vem ocorrendo inúmeros suicídios em várias aldeias, especialmente dos Guarani Kaiowas e dos Ava Guarani. Sobre o suicídio não há bibliografias que explique, porque, normalmente o suicida, raramente

(1) Um produto químico produzido pela Bayer para aplicar nas plantas e matar ervas daninhas, mas é prejudicial a saúde, sendo também responsável pelo aumento da produção de câncer.

deixa dica das razões que o levou a cometer tal ato. Émile Durkheim em sua obra sobre suicídio diz que:

Há dois tipos de causa extrassociais às quais se podem a *priori* a influência sobre a taxa de suicídios: as disposições orgânico-psíquicas e a natureza do meio físico. Pode ser que, na constituição individual ou, pelo menos, na constituição de uma classe importantes de indivíduos, tenha havido uma propensão, de intensidade variável conforme o país, que levasse diretamente o homem ao suicídio; de outro lado, o clima, a temperatura etc. poderiam, como agem no organismo, ter indiretamente os mesmos efeitos (DURKHEIM, 2014, p. 29).

No caso das comunidades indígenas não há evidência os problemas físicos e mentais sejam causa do suicídio. A maior probabilidade são os fatores de pressão externa, que influenciam o estado emocional e sem encontrar alternativa para continuar vivendo em harmonia com a natureza, perdendo a paz e tranquilidade da floresta optam pelo suicídio. Há vários personagens da história que cometeram suicídio. O mais recente foi o ex-presidente do Peru, Alan Garcia. Os personagens históricos evidenciaram as causas ou deixaram escritos. Entre os personagens conhecido, com causas evidentes está: Eleonor Marx, filha de Karl Marx. Causa: desilusão amorosa e desilusão com a superação das relações de exploração.

Outro caso da mesma família de Paul Lafarge e Laura Marx. Ambos cometeram suicídio no dia 26 de novembro de 1911. Lafarge nasceu em Santiago de Cuba, estudou medicina na França, lá conheceu Laura Marx com quem se casou e viveram até o dia o dia do suicídio. Lutou a vida toda pela superação da sociedade de exploração e fez um pacto consigo mesmo de tirar sua própria vida chegando aos setenta anos por entender que após essa idade não teria mais condições de contribuir com a sociedade, entendendo também que seria um peso para os demais carregar. No dia do suicídio deixou esta carta.

Estando são de corpo e espírito, deixo a vida antes que a velhice imperdoável me arrebate, um após outro, os prazeres e as alegrias da existência e que me despoje também das forças físicas e intelectuais; antes que paralise a minha energia, que quebre a minha vontade que me converta numa carga para mim e para os demais. Há anos que prometi a mim mesmo não ultrapassar os setenta; por isso, escolho este momento para me despedir da vida, preparando para a execução da minha decisão uma injeção hipodérmica com ácido cianídrico. Morro com a alegria suprema de ter a certeza que, num futuro próximo, triunfará a causa pela qual lutei, durante 45 anos. Viva o comunismo! Viva o socialismo internacional! (<https://www.esquerda.net/artigo/morte-escolhida-de-paul-lafarge-e-laura-marx/25326>) (baixado em 05/102021).

Outros famosos, não pela mesma causa de Lafarge e Laura, mas por pressão externa. Sobre a morte de Lafarge Lenin comentou "Um socialista não pertence a si mesmo,

mas ao partido. Pode ser útil à classe operária. Por exemplo, escrevendo nem que seja um artigo ou um apelo. Não tem direito a suicidar-se". Outro caso famoso, mas por razão inversa foi o suicídio de Adolfo Hitler (ELTON. 30 de abril de 2020, jornal El País). Hitler provocou o maior genocídio da história da humanidade, mas até abril de 1945 alimentava esperança de formar uma frente para acabar como o comunismo soviético. Mas já estava sem condições de reação e segundo Jacinto Elton já estava confuso, tinha uma lisa telefônica e ligava aleatoriamente para saber sobre as tropas soviéticas. Após receber um ataque, já sem reação no dia 30 de abril deu fim a própria vida. O caso de Lafarge e Hitler representa o antagonismo da própria história. Enquanto Lafarge lutava pela justiça, pelo bem da humanidade, Adolfo Hitler promoveu o maior Genocídio, o maior crime de lesa a humanidade e ainda morreu com esperança que o nazismo ressurgiria e dominaria o mundo.

No Brasil o caso emblemático foi de Getúlio Vargas, que no primeiro momento tentou se aliar aos Alemães, inclusive o Ministro Filinto Müller, entregou Olga Benário, Companheira de Luiz Carlos Prestes para a Gestapo, tendo seu fim nas câmaras de gás. O lado contraditório de Vargas é que ele foi deposto em 1945 através de um golpe e voltou com eleição em 1950 tendo o próprio Luiz Carlos Prestes com aliado na campanha. O argumento de Luiz Carlos Prestes era que os interesses nacionais eram maiores que seus interesses pessoais. Porque a bandeira da campanha foi, de fato a defesa das riquezas nacionais e o contra-ataque ao imperialismo. Mas a força do imperialismo o levou ao suicídio no dia 24 de agosto de 1954. O que levou Vargas ao Suicídio? Havia um jornalista, chamado Carlos Lacerda que fazia oposição ao governo, era contra a criação de estatais e no dia 05 de agosto de 1954 houve um atentado a esse jornalista, com participação da guarda presidencial. Esse atentado não atingiu o jornalista, mas morreu acidentalmente o major da Aeronáutica, Rubens Vaz. As causas do suicídio:

Getúlio Vargas suicidou-se com um tiro no peito na madrugada do dia 24 de agosto de 1954, após ter sido informado de que os Altos Comandos Militares Exigiam o seu licenciamento do cargo de presidente da República como condição para solução da crise política em que seu governo se viu envolvido nos últimos anos de seu segundo mandato (Jornal Assembleia Legislativa de São Paulo 23 de Agosto de 2002).

Os problemas vivenciados pela humanidade são provocados pelos homens que estão no comando político dos estados nacionais, especialmente aqueles que estão no comando das grandes potências econômicas. Em última instância, as guerras, as mortes e o suicídio são provocados pela ganância, pelas disputas das riquezas. A vulnerabilidade das comunidades indígenas é patente porque o próprio espaço que ocupam são objetos da disputa do poder econômico. O suicídio em várias aldeias é expressão do entendimento, em que talvez as vítimas não vejam alternativas para continuar vivendo e acaba pondo fim em sua própria vida.

Não existem bibliografias suficientes para explicar as razões dos suicídios nas comunidades indígenas, mas existem várias hipóteses para explicar essa realidade. A primeira é a falta de perspectiva de vida para a juventude. Num passado bem recente eles conviviam em harmonia com a natureza sem a preocupação de produzir sua existência pela lógica do modo e produção capitalista. O desenvolvimento, as construções, especialmente com a construção da Itaipu retirou das comunidades indígenas os meios de sobreviver. Retirou a fauna, a flora e expulsou de seu habitat natural, mas não projetou alternativa para essas comunidades. Se o progresso é inevitável, os Direitos Humanos deveriam ser respeitados.

Em sua obra *18 Lições sobre ética*, Ernest Tugendhat, explica especialmente na 17ª lição, (p.42) que: Direitos Humanos trata-se dos direitos subjetivos, que por sua vez é objetivo porque trata de respeitar o direito da existência da pessoa humana. Na mesma linha de raciocínio, explica que: se existe direito de um lado é porque existe obrigação de outro lado, no caso específico, o Estado. Mas, o relacionamento jurídico do Estado é regulado pelos contratos sociais e não pelas regras morais. Logo, as comunidades indígenas continuaram indigentes em relação aos Direitos Humanos e por isso continuam vulneráveis enquanto eles mesmos não lutarem por educação, saúde e tudo o que é digno da existência humana em todas as aldeias.

Contradições Entre a “Civilização” e as Regras Morais da Existência nas Comunidades Nativas.

Entra as contradições com a chamada sociedade “civilizada” se evidencia o conceito de trabalho, a questão do tempo e as relações de produção e consumo. O conceito de trabalho para os nativos está relacionado com a necessidade imediata do consumo. Se ele pescava ou caçava, imediatamente era para o consumo da comunidade. O tempo não era cronologicamente marcado pela rota do sol; não havia necessidade de cronometrar pelo relógio, porque não se vendia o tempo de trabalho. As necessidades biológicas determinavam o tempo de trabalho, produção e consumo. Em relação ao consumo, nas sociedades primitivas não havia o mercado da publicidade e propaganda para vender o supérfluo. A publicidade e propaganda são atividades perniciosas para qualquer sociedade, não apenas para os nativos. Toda a indústria necessita de vender os produtos, independente do que pode causar à população. Os dois casos mais trágicos estão na indústria de alimentos e remédios, que concorrem com a natureza para manter a vida saudável, inclusive evitando a pesquisa sobre os efeitos colaterais de certos tipos de remédios e alimentos.

O tempo das comunidades indígenas não poderia ser marcado pelo relógio, porque eles vivem o tempo biológico natural, de tal forma que a fome marca horária de alimentação,

enquanto a sociedade de mercado subordina os corpos humanos viver conforme as normas da produtividade. Por isso, as lutas pela demarcação das terras em territórios indígenas como direito fundamental para preservação da vida e da cultura. Enquanto não houver demarcação as comunidades continuam vulneráveis aos interesses do latifúndio, do agronegócio e da pistolagem.

Em relação ao trabalho, no modo de produção capitalista se confunde trabalho com emprego. O capitalista considera trabalho somente aquele o qual ele tem a possibilidade de extrair a mais-valia. Enquanto para as comunidades indígenas a pesca é o trabalho, a coleta é o trabalho, o plantio e colheita do milho e mandioca é trabalho, tudo como fim último alimentação para a vida. Nessas relações de produção não estão presente o valor de troca, somente o valor de uso⁽²⁾. Alguns indígenas até tentam buscar empregos nas empresas e fazendas próximas das aldeias, mas não sendo acostumados com a exploração em pouco tempo desistem.

As Aldeias nas Margens do Rio Paraná e Itaipu Binacional. A empresa Itaipu Binacional foi planejada pelos militares com objetivos de produção de energia elétrica para desenvolver a indústria. Mas os militares não respeitaram os Direitos Humanos, até porque naquele momento não havia Declaração Universal dos Direitos Humanos para os povos indígenas. Neste sentido o projeto sobre a construção de Itaipu Binacional, o acordo entre Brasil e Paraguai não levou em consideração a existência de seres humanos às margens do Rio Paraná, nem do lado brasileiro, nem do lado Paraguai. O acordo para construção da obra foi assinado em 1973, na cidade de Assunção pelos chanceleres brasileiro e paraguaio. Segundo Paulo Schilling:

“o processo civilizatório” da América caracterizou-se pelo maior genocídio da história da humanidade, protagonizado inicialmente por espanhóis, portugueses, ingleses, franceses, holandeses e, posteriormente, pelos seus descendentes nascidos no “novo continente”. Primeiro foi a matança de nativos, assim descrita por frei Bartolomeu de las Casas (SCHILLING, 1991, p. 15).

No processo de construção da Itaipu Binacional os militares não consideraram a existência de seres humanos nas margens: esquerda e direita do rio. Se necessário fosse, com certeza estariam dispostos a eliminar fisicamente em nome do progresso. Em relação aos não indígenas, pessoas descendentes de Europeus: italianos e alemães, estes recorreram suas igrejas, católicas e luteranas. Pastores e Padres se reuniram imediatamente e aproveitando conflitos da terra que havia em todo o Brasil, mas havia dois grandes despejos ocorridos no Rio Grande do Sul (fazenda Anoni) e um em Cascavel Paraná (fazenda Brilhante); aproveitando esses dois fatos reuniram-se em Curitiba-PR e fundaram a CPT – Comissão Pastoral da Terra. Organizado no movimento os trabalhadores rurais sem terras, alguns conquistaram indenizações e terras em outras regiões do Brasil, outros que não se organizaram foram obrigados a sair sem direitos.

(2) Ver Marx e Engels, primeiro capítulo de O Capital sobre mercadoria editora Boitempo, São Paulo 2013.

Em relação aos indígenas, estes por ser maioria analfabeta receberam o comunicado, mas não sabiam do que se tratava. As comunidades não indígenas também não levaram em consideração a existência de seres humanos que viviam nas florestas da extração, da caça, da pesca do plantio de agricultura de subsistência: mandioca, milho, feijão, banana e outras frutas. Em relação às comunidades não indígenas até o presente momento ainda há preconceitos porque estão submissos à moral burguesa, da economia de mercado, da produção para o valor de troca, enquanto as comunidades indígenas se preocupam apenas na produção para o valor-de-uso, sem a preocupação do acúmulo, ou para atender o mercado. O trabalho para a chamada "civilização" é exclusivamente para produzir para o mercado. Portanto acumular riqueza significa produzir e estocar mercadorias.

A mercadoria é, antes de tudo, um objeto externo, uma coisa que, por meio de suas propriedades, satisfaz necessidades humanas de um tipo qualquer. A natureza dessas necessidades –se, por exemplo, elas provêm do estômago ou da imaginação– não altera em nada a questão. Tampouco se trata aqui de como a coisa satisfaz a necessidade humana, se diretamente, como meio de subsistência, isto é, como objeto de fruição ou indiretamente, com meio de produção (MARX, 2013, p. 113).

Para as comunidades indígenas, pelo menos em parte delas, ainda não existe esse conceito de produzir mercadoria. Quanto às necessidades, o supérfluo, que são aquelas necessidades que não provêm do estômago, estas são necessidades introduzidas pelas culturas não indígenas. Atualmente, muitos indígenas são obrigados procurar empregos se quiserem continuar vivos. A cultura dos não indígenas produziu sonhos na juventude que não se conhecia antes da invasão nestes territórios. Um exemplo dos sonhos da moral burguesa que está na juventude indígena está na ideia do sucesso: meninos querem se transformar em jogador de futebol e meninas sonham e serem modelos. Mas desconhecem o mercado da criminologia que existe na sedução dessas duas profissões.

Associando-se a esses sonhos os pastores que não tem nada de estudo, chegam pergando que basta batizar na sua igreja e Deus ajudará realizar os sonhos. Entre as comunidades não indígenas, pelo menos eles sabem que é necessário o estudo para o ingresso em qualquer atividade. Mas as escolas não estão preparadas para receber as comunidades indígenas e por esta e outras razões há desistência sem concluir estudos. O preconceito sobre indígenas ainda predomina na região, razão pela qual ainda existe forte isolamento entre indígenas e não indígenas.

Pela existência dos preconceitos entre indígenas e negros as universidades brasileiras adotaram as cotas raciais. Mas essa medida desvelou os preconceitos que estavam escondidos sobre o manto dos "direitos iguais perante a lei". A lógica do modo e produção capitalista significa produzir para o mercado, lutar para conquistar espaço na estrutura do sistema de produção de mercadoria. Mas, tratamento igual, nunca significou igualdade de oportunidade, porque o espaço de aldeamento é o espaço da vida. O flagrante

exemplo é o tratamento igual para indígenas, negros e brancos nas escolas. Esses tratamentos iguais não impõem por decreto, ou medidas administrativas, das comunidades de origem europeia, também não se retiram atitudes preconceituosas sobre negros e indígenas nas escolas de domínio de comunidades brancas.

Indígenas e negros são duas etnias que continuam sofrendo o massacre da "civilização europeia". Os negros, por ser considerada força de trabalho, desde a escravidão foram adaptados ao sistema de salário mínimo, com as mínimas condições de vida e jogado nas periferias das pequenas, médias e grandes cidades. Enquanto os nativos, moradores primitivos, milenar deste continente viram suas residências invadidas, e quando não puderam se organizar em retirada foram massacrados e as terras foram ocupadas por capitalistas e latifundiários ou invadidas por empresas para exploração da riqueza.

As agressões sobre os povos indígenas não são apenas nesta região do Oeste do Paraná. Um artigo publicado em 2012 por Horácio Machado Araóz, intitulado "Los Dolores de *Nuestra América* y la Condicion Neocolonial extrativismo y biopolítica de la expropiación" ele demonstra que "El extrativismo expresa su eficacia transformadora (colonizadora) em la expansión de la fronteras territoriales de la capital, así como em la revisión de la matriz socioprodutiva de la región⁽³⁾" (p. 51-53). Segue seu artigo:

Com rostro invisíble del imperialismo de nuestro tiempo, el extrativismo avanza a un ritmo frenético, al compás del renovado auge de las exploraciones petrolera y mineeras, com la expansión de la superficie territorial por monocultivo florestales, forrajeros e del agrogócio em geral⁽⁴⁾ (ARAÓZ, 2012, p. 53).

Como se percebe a evolução do capitalismo exige aperfeiçoamento das técnicas da extração das riquezas e por consequência da exploração dos recursos materiais, encontrando formas de exterminar com as vidas que causam empecilhos para acumular riquezas. Os representantes do capital planejam tudo para explorar, mas não planejam nada para salvar vidas. É o que está se evidenciando com este presidente que foi eleito no Brasil em 2018. Ele tinha como objetivo acabar com tudo, não falsificou nada nas campanhas. Informou que acabaria com o SUS – Sistema Único de Saúde; que acabaria com as Universidades Públicas, com a educação pública, acabaria com os direitos trabalhistas. Enfim, acabaria com todos os serviços públicos. E foi eleito com essas bandeiras. Isso significa que a maioria da população brasileira tem em sua genética o desejo de exterminar com o mais fraco.

(3) Traduzindo para o Português. As Dores de nossa América extrativismo e biopolítica de expropriação. (...). O extrativismo expressa sua eficácia transformadora (colonizadora) em expansão das fronteiras territoriais do capital, assim como a revisão da matriz sociopolítica da região.

(4) Com rosto invisível do imperialismo de nosso tempo, o extrativismo avança em um ritmo frenético, ao compasso de renovado auge das explorações petroleras e mineradoras, com expansão da superfície territorial por monoculturas florestais. Forrageiras do agrogócio em geral.

Qual seria a saída? Só há uma única alternativa: a organização dos mais fracos, povos indígenas, negros, operários, desempregados para construir uma América Livre. Se antes era pelo minério e pelo petróleo que promovia o genocídio, atualmente o Agromercado está matando silenciosamente, não apenas os nativos. Esta matando indiretamente quem está próximo dos territórios da soja, da agricultura do agromercado com os venenos, está mantendo quem consome alimentos, com veneno, está matando os trabalhadores rurais empregados das grandes fazendas, porque são eles quem aplica as herbicidas. Além das doenças já comprovadas como o câncer, há outras enfermidades como estresse e depressão profunda, que só se manifesta quando o indivíduo está gravemente atingido e não há mais tratamento natural.

A depressão é uma das causas do suicídio, não apenas nas comunidades indígenas, as em todos os seres humanos que sofrem influência do meio social. Como mencionado anteriormente, não há bibliografias que comprove as causas dos suicídios nas aldeias indígenas, mas como é possível perceber, todos os suicídios registrados na história da humanidade tem sido a falta de perspectiva de vida no futuro. No Brasil, cada presidente que atacou os pobres provocou vários suicídios. Quando Fernando Collor de Mello Foi eleito no ano de 1989, assumindo em 01 de janeiro de 1990, o primeiro ato foi sequestro da poupança daqueles que tinham reservas nos bancos. Esse ato provou inúmeros suicídios, porque as pessoas tinham projetadas suas vidas com as reservas econômicas, mas qualquer presidente que se elege com o compromisso com os capitalistas não importa quantas vidas consomem. É o que está acontecendo agora com as vidas consumidas pela pandemia do COVID-19, enquanto pessoas estavam morrendo, ministros e empresários estavam negociando vacinas superfaturadas e o plano de saúde Prevent Senior exterminando vidas. Foi o que a CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito revelou nestas investigações.

No dia 28 de setembro de 2021, transmitido direto pela TV Senado, a CPI da COVID-19 recebeu a advogada Bruna Morato, representante de 15 médicos (12 segundo El-País). Mas a questão principal não é o número 12 ou 15. A questão está nos crimes, no genocídio promovido pela Prevent Senior em parceria com o Ministério da Economia de Paulo Guedes, segundo as denúncias da advogada Bruna Morato. Entre os crimes cometidos, segundo a denunciante estava exigência de receitas de remédios comprovadamente sem eficácias, com argumentos “óbito também é alta”. A retirada gradativa do gás para pacientes que estava há alguns dias, com objetivos de liberar UTI para outros pacientes que estariam chegando. Essas medidas tinham evidências de abreviar a vida dos pacientes e receber novos para vender o chamado Kit-covid como tratamento precoce.

Morato descreve ainda o alinhamento da Prevent Senior com o Governo Jair Bolsonaro, mais concretamente com o Ministério da Economia, para promover a hidroxiquina e outros medicamentos do chamado kit-covid, ineficazes para combater infecção pelo coronavírus. O objetivo era boicotar a quarentena e manter a economia girando.

Também afirmou que os médicos que representa ficaram receosos de denunciar a Prevent Senior para os conselhos regional e federal de medicina, por causa da proximidade da operadora com as entidades. –Na sequência do depoimento, uma intervenção do Senador representante do Estado do Amapá, Randolfe Rodrigues, membro da Comissão, afirmando. – “O que estamos assistindo é um escândalo macabro com sinais triste de eugenia, que revela o quão triste essa página da história brasileira” (El-País-Brasil 28/09/2021).

Apenas neste pequeno fragmento se ilustra o flagrante genocídio, neste caso não aos povos indígenas, mas a todos os que acreditavam que apenas o dinheiro salvaria suas vidas e de seus entes queridos. Neste caso específico, infelizmente quem tinha dinheiro e teve condições de pagar um plano de saúde foram a presa fácil da ganancia daqueles que se apropriaram da vida. Neste caso, o dinheiro foi o imã para atrair mais dinheiros para os donos do Plano de Saúde Prevent Senior. Se estes que tinham o dinheiro foram atraídos para morte, imagina as comunidades indígenas que perderam até suas terras, seus habitats naturais? Mas, no caso da Pandemia a resistência das comunidades indígenas foi mais eficaz porque sabendo dos riscos permaneceram isoladas e não tinham dinheiros para atrair planos de saúde, nem médicos mercenários.

A vulnerabilidade das comunidades indígenas é de outra ordem. Sabe-se que, para os representantes do capital as vidas humanas são vistas como um dos meios para aumentar o capital. Se o espaço onde se vive uma comunidade indígena não se visualiza riquezas naturais, eles continuam vivendo até o momento que uma capitalista veja nesse espaço a probabilidade de ampliar seus capitais. O que é o Estado Democrático de Direito? A quem serve, se o Estado não protege os verdadeiros nativos? O interesse pelo garimpo é outro exemplo de risco de vida para as comunidades nativas.

Recentemente o Cantor Sergio Reis, um apoiador do Governo que lutava junto com seguidores do governo, que tentava eliminar a Suprema Corte brasileira, também tentou criar uma cooperativa numa aldeia indígena onde havia garimpo. Com qual argumento ele tentou se defender? Em entrevista com o Jornalista Roberto Cabrini do SBT – Sistema Brasileiro de Televisão, no dia 22 de agosto de 2021, ele afirmou, “que havia Garimpo na região e que os índios viviam na pobreza”. Em resposta às afirmações do cantor, afirmou o representante da tribo dos Caiapós, em outra reportagem: “você acham que índio pode ser dono de mineradora, ou vai morrer explorados pelas grandes empresas”? Não há dúvida que será a última opção.

Nesta sociedade tudo é regulada pelo mercado, inclusive a religião. As religiões que entram nas aldeias indígenas são aquelas que buscam fiéis para aumentar as receitas de pastores. Nesta sociedade tudo é mercadoria: saúde, religião, educação. Essa é uma relação estranha para as comunidades nativas. Mas a sedução é de tal forma que até alguns indígenas são seduzidos, mesmo sendo analfabetos ou semianalfabetos viram pastores pela ideia que a religião traz riquezas. E, através desses pastores

indígenas entra o conflito da cultura tradicional, caso que levou alguns jovens ao suicídio.

O que a Pandemia do COVID-19 revelou nestes dois anos? Primeiro, que a ciência não pode ser socializada com as classes populares, obviamente também não pode chegar às comunidades indígenas. Segundo, que pastores, mesmo analfabetos cumpriram tarefas de mercenários difundindo uma visão invertida da realidade, apontando a necessidade de ter uma religião e não a ciência para se proteger da pandemia. Porém, mesmo esses pastores semianalfabetos fazem das igrejas o comércio da fé, espalhando trauma e difundindo o medo na juventude que não teve acesso ao conhecimento científico.

Os Jesuítas foram os primeiros a chegar às comunidades indígenas, com objetivos de difundir o cristianismo. Em relação aos Jesuítas há uma contradição explícita no relacionamento com os nativos: se, por um lado eles estavam aculturando essas comunidades, retirando-lhes a cultura milenar, natural, por outro lado, prepararam muitas comunidades para se defender do ataque da escravização por parte dos bandeirantes, principalmente nesta região Oeste do Paraná. Essas atividades garantiu a sobrevivência de várias comunidades.

Atualmente ainda existe o CIMI – Conselho Indigenista Missionário, uma organização religiosa de proteção aos índios. Mas essa organização não é apenas da Igreja Católica, engloba várias outras religiões que tem como missão a proteção dos povos nativos contra as agressões que estas comunidades vêm sofrendo. “O Cimi é um organismo vinculado à CNBB (Conferência dos Bispos do Brasil) que, em sua atuação missionária, conferiu um novo sentido ao trabalho da igreja católica junto aos povos indígenas” (<https://cimi.org.br/o-cimi/> (baixado em 06/10/2021)). Atualmente outras igrejas, como a ECLEB – Igreja da Confissão Luterana Evangélica do Brasil passaram a integrar ao CIMI. Na mesma página encontram-se as seguintes informações:

Criado em 1972, no auge da Ditadura Militar, quando o Estado brasileiro adotava como centrais os projetos de infraestrutura e assumia abertamente a integração dos povos indígenas à sociedade majoritariamente como perspectiva única, o Cimi procurou favorecer a articulação entre aldeias e povos, promovendo as grandes assembleias indígenas, onde se desenharam os primeiros contornos da luta pela garantia do direito à diversidade cultural.

O sitio informa ainda que:

Em sua prática junto aos povos indígenas, o Cimi assume como objetivo geral: Testemunhar e anunciar profeticamente a Boa-nova do Reno, a serviço dos projetos de vida dos povos indígenas, denunciando as estruturas de dominação, violência e injustiça, praticando o diálogo intercultural, inter-religioso e ecumênico, apoiando as alianças desses povos entre si e com os setores populares para a cons-

trução de um mundo para todos, igualitário, democrático, pluricultura e em harmonia com a natureza a caminho do Reino definitivo. <https://cimi.org.br/o-cimi/> (baixado em 06/10/2021).

Se uma parcela da igreja católica apoiou o golpe militar de 1964, essa parcela era vinculada à TFP – Tradição Família e propriedade; por outro lado, alguns bispos e padres, algumas congregações continuaram numa relação orgânica, com os pobres e marginalizados. E, foi nesse processo, acompanhando a tentativa dos militares de dizimar as comunidades indígenas para manter as grandes obras: Transamazônica, Belém Brasília, Cuiabá Santarém e as grandes usinas hidroelétricas já citadas. A partir daquele momento, pelo menos em algumas regiões, amazônica, por exemplo, a igreja católica se transformou em aliada das comunidades indígenas, ao contrário das pentecostais que apenas visam o dinheiro.

O setor da igreja católica que contribuiu com as comunidades indígenas, contribuiu também escondendo os perseguidos políticos da ditadura militar. Foram esses que criaram a CPT – Comissão Pastoral da Terra para ajudar nas lutas contra os grileiros de terras e latifundiários. Atualmente qual o maior problema enfrentado pelas comunidades marginalizadas? Problema do isolamento, das lutas individualizadas, que faz parte da cultura individualista. Indígenas, Sem terras e favelados todos precisam de espaço, mas lutam isoladamente, quando não individualmente. Mas este fato é o reflexo da cultura individualista que visa mira para a divindade monetária. A ideia da ajuda divina para enriquecer é parte da cultura tradicional religiosa apropriada pela burguesia que está presente em todos os setores da sociedade favorecendo atitudes individualistas.

Direitos Humanos se fundamenta na existência humana e não na teoria dos contratos. Por essa razão, as comunidades nativas não estão incluídas. Contratos significa participação de duas partes onde tem direitos deveres e obrigações. Mas os nativos não foram chamados para pactuar o contrato – participar da elaboração da Constituição Federal – por esta razão são esquecidos como sujeitos de direitos. O Estado é, por excelência, a instituição garantidora dos direitos individuais e coletivos, garantidos pela Constituição, mas quando os sujeitos são ocultados pela constituição, estes sujeitos estão desprotegidos pelo Estado, mercê dos mercenários, grileiros de terras que se utilizam de imobiliárias e das próprias instituições do Estado para adentrar no espaço natural das comunidades nativas.

Segundo Tugendhat (2020, p.243), não é possível compreender um direito moral sem uma instância de cobrança. O Estado seria a instância que deveria garantir os direitos, as instâncias de cobranças seria o Ministério Público, que deveria acionar o poder judiciário e, se fosse o caso, a utilização da força para garantir a vida dessas comunidades. Mas até aqui, todas essas forças têm se voltadas contra a vida dessas comunidades

e enquanto não houver organização forte, em aliança com setores marginalizados de toda a população essas comunidades continuaram vulneráveis.

Conclusão

Este trabalho não se encerra neste artigo, contudo algumas conclusões são possíveis sobre a situação das comunidades indígenas. Os estudos sobre vulnerabilidade nas comunidades indígenas demonstraram que o próprio Estado de Direito que deveria garantir a vida e a dignidade humana se prestou como auxiliar do poder econômico na opressão e até no extermínio de muitas comunidades. O caso das comunidades das margens do Rio Paraná de Foz do Iguaçu à Guaíra é exemplo típico da ação do Estado Brasil/Paraguai na construção da Hidroelétrica de Itaipu Binacional.

A construção dessa usina visava produzir energia elétrica para o desenvolvimento industrial, mas não se considerou a existência de seres humanos nas margens do rio. Aqueles que não eram das comunidades Guaranis encontram guaridas em suas igrejas, os indígenas, por estar desinformados dos fatos simplesmente foram expulsos pelas águas. Com o reingresso às margens do lago a empresa Itaipu Binacional colocou seus guardas, como verdadeiros “cão-de-guarda” para atacar, prender e massacrar indígenas. A situação se tornou tão grave que um indígena não poderia andar isolado pela mata, caçando uma ave, que poderia receber um tiro de fazendeiro ou um pistoleiro, como já ocorreu na Região de Guaíra e Terra Roxa.

A terra é vida, a terra é para todos os povos, a terra não é capital é o espaço da convivência da humanidade. Antes do Ter a terra é a garantir de Ser, ser humano, ser solidário, ser educado para conviver. Mas até o primeiro século deste milênio o Estado não garantiu escola para as comunidades nativas. Aqui também se evidenciou que, os guaranis têm nacionalidades: Ava, Tupi, Kaiowa, Caiapós, Cariri, em síntese tem nação, mas não tem estado, porque a criação dos estados nacionais deu outro sentido à nacionalidade. Nesta realidade trata-se da nacionalidade brasileira e paraguaia, mas estas nacionalidades são resultado da sociedade dos contratos, as quais os nativos não participaram.

Quanto à educação, até a escola pública, uma conquista recente do final do século passado está sendo exterminada. Mas o governo que está de plantão em Brasília foi eleito com um projeto de ser “exterminador do futuro” e conquistou apoio dos grandes capitalistas que odeiam educação para todos. Quando todos tiverem acesso ao conhecimento científico, provavelmente reagirá o sistema de exploração e outro mundo será construído. Outro mundo é possível, mas primeiro é preciso que nós das comunidades indígenas lutemos para derrubar todas as barreiras dos preconceitos, lutando juntamente com todos os marginalizado deste sistema, lutando para universalizar a educação e a ciência. Só assim é possível enfrentar os fascistas, os nazistas, os capitalistas e neoliberais.

Referencias

Elton, Jacinto. Jornal El País, 30 de abril de 2020.

Durkheim, Émile. O Suicídio, Estudo de Sociologia, introdução e tradução de Andréa Stahel M. da Silva, editora EDIPRO, São Paulo SP. 2014.

Marx, K. & Engels, F. O capital, editora Boitempo, São Paulo SP. 2013.

Schilling, Paulo & Canese, Ricardo. Itaipu, Geopolítica e Corrupção, edições CEDI, São Paulo, SP. 1991.

Tugendhat, Ernest. 18 Lições Sobre Ética, revisão, organização e tradução de Ernildo Stein, 9ª edição, editora Vozes Petrópolis RJ. 2012.

https://pt.wikipedia.org/wiki/Paul_Lafargue (baixado em 05/10/2021).

<https://www.esquerda.net/artigo/morte-escolhida-de-paul-lafargue-e-laura-marx/25326> (baixado em 05/010/2021).

Jornal Assembleia Legislativa de São Paulo. 23 de Agosto de 2002

Jornal el país, 28/09/2021. <https://brasil.elpais.com/brasil/2021-09-28/abismo-da-prevent-senior-se-amplia-com-depoimento-de-advogada-a-cpi-e-ameaca-tragar-governo-bolsonaro.html> (baixado em 03/10/2021)

<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/589612-entenda-o-que-e-o-glifosato-o-agrotoxico-mais-vendido-do-mundo> (baixado em 02/10/2021)

<https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Xokleng> (baixado em 21/09/2021).

<https://cimi.org.br/o-cimi/> (baixado em 06/10/2021).

SEBASTIÃO RODRIGUES GONÇALVES*

Direitos Humanos e Vulnerabilidade Avá-Guaranis na Região de Fronteira

Introdução

A ocupação do Continente Americano pelos europeus em momento algum da história respeitou os povos originários nativos como seres humanos. Várias etnias foram dizimadas, quem sobreviveu ainda enfrenta o poder do capital para sobreviver, como é o caso dos Tupi Guaranis e dos Ava-Guaranis na Região Oeste do Paraná, Fronteira com Paraguai, especialmente nas margens do Lago do Rio Paraná, extensão de 200 Km, Foz do Iguaçu à Guaíra, Brasil (margem esquerda do rio) e Hernandárias à Salto del Guirá, Paraguai (margem direita do rio). Com a construção da Usina Hidroelétrica de Itaipu Binacional essa população foi jogada à mais de dez km de seu habitat natural sem nada de assistência.

O Brasil e Paraguai são dois países, dois estados nacionais organizado juridicamente obedecendo à tradição eurocêntrica do pensamento moderno, sem levar em consideração a existências dos povos nativos originários deste continente. A organização dos estados nacionais tinha apenas como objetivos: explorar o capital natural, associando-os ao mercado mundial. Neste sentido os nativos não eram e ainda não são considerados humanos, porque não existem direitos humanos para esses seres que são invisíveis aos olhos dos senhores do mercado e do sistema financeiro do mundo. O Brasil e Paraguai em acordo construíram a Itaipu Binacional, com isso, especialmente os Guaranis foram destribalizados, desaldeiados e desterritorializados. Enfim, foram retirados de seu habi-

(*) Licenciado em Filosofia, pela FAFI – Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Palmas, Pós-graduação Lato-sensu em Ética e Política – UNIOESTE – Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Mestre em Educação, Trabalho e Cultura pela UFPR – Universidade Federal do Paraná, Doutor em Política Pública e Formação Humana Pela UERJ – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Pós-Doutor: INFLUÊNCIA DA MÚSICA NA FORMAÇÃO DA SUBJETIVIDADE HUMANA, UFF – Universidade Federal Fluminense, Niterói, Campus de Gragoatá. Atualmente Professor de Filosofia UNIOESTE – Campus de Foz do Iguaçu.

nat natural. São povos sem pátria, sem cidadania, sem direito à vida, são desumanizados pela colonização e pelo poder econômico.

São povos que vivem perambulando, procurando reservas para sobreviver. Um povo que tem nação, mas não tem nacionalidade; por ser da etnia Guarani, representantes de Itaipu os acusam de serem Paraguaiois. Para os guaranis, é indiferente ser paraguaiois ou brasileiros porque são de nacionalidades guaranis, logo não poderia haver limites em territórios, porque a finalidade é a vida e não a riqueza. Ao contrário, para os representantes de Itaipu Binacional e das autoridades brasileiras, inclusive policiais, que nem autoridades são cumpre a tarefa de perseguirem esses infelizes, que são os legítimos donos do território, mas foram desterritorializados pela força do capital. No Brasil existem alemães, italianos, poloneses, japoneses, árabes e judeus, que conquistaram cidadania brasileira, mas os legítimos brasileiros vivem em condições sub-humanas.

Da mesma forma, na Região Sul do Brasil vivem os negros, trazidos como escravos do Continente Africano para servir de instrumentos de trabalho dos portugueses. A chamada "libertação" dos escravos em 1888 em nada contribuiu para elevar os negros na condição de humanos. Portanto passaram viver nas condições inferiores aos nativos, porque não sabiam viver na floresta. Enquanto para os nativos a floresta era e continua sendo vida. A libertação da escravidão significou jogar os negros no ostracismo. Pois não havia terra para o negro, porque a lei 601 de 1850 foi uma espécie de prevenção para que os escravos ficassem desprovidos dos meios de produção da vida. Sem terra, sem conhecimento e sem direito a nada os negros oriundo da escravidão passaram a povoar as periferias das cidades que começavam crescer com o desenvolvimento do comércio da indústria.

Essa lei tinha como objetivo proteger os coronéis da terra contra os negros ex-escravos, mas atingiu diretamente as comunidades indígenas, por que para eles é inconcebível existência de documentos sobre terra, posse e propriedade. O conhecimento sobre as leis eram condições mínima para o ingresso na organização política da sociedade autoproclamada "civilizada". Sem conhecimento mínimo da organização e das leis organizada feitas pelos ditos "civilizados", negros e nativos ficaram excluídos de participar, sem pelo menos constituir uma força política capaz de reivindicar o mínimo de Direitos Humanos. O Estado brasileiro foi organizado por pessoas que buscaram ou trouxeram educação europeia, portanto, a base teórica do direito constitucional se fundamentou nas teorias do direito e da organização jurídica do Estado. A linguagem e comunicação é outro fator que dificulta o entendimento entre essa população. Até policiais semianalfabetos se acham no direito de expulsá-los, acusando-os de não ter cidadania brasileira.

Até as décadas de 1950-60 esses nativos viviam, quase que exclusivamente extraindo recursos da natureza. Até 1961 não havia garantia de educação, nem para os trabalha-

dores das cidades. O índice de analfabetismo chegava a 90 %. Em 1961 foi aprovada a lei 4024, que garantia apenas quatro anos de estudo; porém, os nativos não tinham acesso nem a esses quatro anos. Outro fator excludente, isto ainda no século XIX, a lei da terra, Lei 601 de setembro de 1850, que retirou o direito de qualquer ser humano desprovido do capital de se utilizar da terra ou dos produtos que a natureza produz.

A lei 601 tinha como objetivo proteger os “senhores” de escravos do risco de perder as terras para seus escravos, na eminência do fim da escravidão. Se essa lei tinha por objetivos evitar que os ex-escravos tivessem acesso a terra, por extensão contribuiu atingindo também os nativos. Mas ninguém morre passivamente sem luta. Houve inúmeras lutas para garantir espaço de produção da vida, da existência humana. Enfim, para garantia dos Direitos Humanos. Entre as lutas as mais destacadas foram de Canudos Bahia, Balaiaida Pará e Contestado Paraná e Santa Catarina. Nessas lutas sempre estavam juntos: negros e nativos que lutavam contra o ataque da insipiente burguesia que fazia capital das vidas humanas.

O desenvolvimento industrial exigia da burguesia nacional aperfeiçoamento da infraestrutura para aperfeiçoamento da logística da produção, circulação e consumo das mercadorias, que por sua vez já estava integrada com o mercado internacional. A construção da infraestrutura foi: construção de ferrovias, rodovias, portos e barragens. Em cada grande obra construída eram vidas humanas consumidas. Foi o caso da ferrovia São Paulo Porto Alegre; a Rodovia Transamazônica que dizimou comunidades nativas; o caso construção de Itaipu Binacional que atingiu diretamente os povos Ava-Guaranis, que ainda vivem em constantes conflitos com a Lei, porque não são incluídos como cidadãos. A luta dessa população começou nos anos de 1980 e somente agora que começaram ter direito a Escolas Públicas nas aldeias e alguns nativos já ingressaram nas universidades, outros já concluíram, porém foi uma luta em cooperação com lideranças das comunidades que lutam pelos Direitos Humanos, pela superação das injustiças e desigualdade social e econômica.

O valor monetário dos direitos humanos

Direitos humanos nem precisaria estar escrito, se houvesse o entendimento e o respeito da essência do significado da existência e da dignidade humana. Direitos humanos são apenas o direito de existir, mas para garantir a existência são necessárias condições básicas. No caso dos povos originários, os nativos eles sempre retiraram da própria natureza o que necessitavam para continuar vivendo. E não precisavam mais que isso, mas o europeu chegou neste continente e trouxe consigo todos os vícios da “civilização”. Trouxe a ganância, o desejo de acumular a qualquer custo. Para atingir os objetivos de extração de riquezas valeram-se da superioridade bélica promovendo um verdadeiro genocídio nas comunidades indígenas. Essa prática continua em várias regiões do País.

Exterminar indígenas significa, para a burguesia nacional, limpar áreas para explorar as riquezas. Especialmente nestes últimos anos com apoio do governo federal, com a prática *Lawfare* jurídico, aumentando áreas de exploração através de queimadas, associada com a prática da pistolagem de aluguel. Segundo a etimologia a palavra: “estado” significa tempo presente do verbo “Estar”. Portanto, os nativos foram retirados do seu estado natural, porque ao lado desses seres também estava, a riquezas naturais, considerada capital pela civilização. Entre as riquezas naturais e a natureza humana, o europeu, “homem civilizado” preferiu as riquezas naturais. Paulo R. Schilling e Ricardo Canese, o primeiro brasileiro o segundo Paraguaio, ambos exilados no Uruguai, produziram um documento sobre a construção de Itaipu Binacional, os quais denunciam o genocídio com as comunidades indígenas.

Considerando os indígenas dizimados pelos conquistadores e os africanos sacrificados (na operação de captura na África, nos navios negreiros, nas minas e nas plantações do continente), chegamos a conclusão de que não menos de 100 milhões de indivíduos foram mortos pela brutalidade e voracidade sem limites dos auto-intitulados “civilizados” (SCHILLING, 1991, p. 16).

O massacre continua com os negros nas periferias das grandes cidades e indígenas nas florestas. Ainda está havendo um verdadeiro genocídio nas comunidades indígenas, de forma direta ou indiretamente. Direta, quando tem ataque e morte por pistolagem, indireta quando através de venenos passados de aviões nas fazendas de sojas próximos de aldeias. Nas regiões do Oeste do Paraná há prisões de indígenas na contramão dos Direitos Humanos. Prisões para justificar os interesses de Itaipu Binacional. Qualquer ser humano sensato sabe que os guaranis se utilizam da vegetação nativa para produzir seus artesanatos, sabe que esse é seu trabalho, sua única fonte de renda, mas o Direito é irracional. Não se pode aqui falar de Justiça, porque as letras do direito, especialmente no Brasil, em sua maioria é antagônica a concepção de justiça.

É o que veremos na história que segue. Na região das margens do Lago de Itaipu, no dia 14 de março de 2018 cinco indígenas da etnia Guaraní foram presos pela Polícia Ambiental do Paraná, acusados de cortar bambu. No dia 15 advogados do Centro de Defesa dos Direitos Humanos e Memória Popular de Foz do Iguaçu entraram com Habeas Corpus, mas a justiça liberou sobre a fiança de 1000 (um mil reais) cada um. Para os advogados do CDDHAMP, Hernan Aguillera e Ian Martins Vargas: “É de fácil percepção que esses mil reais são impagáveis. Essas pessoas não tem a menor condição de pagar esse valor. Um dos réus estava descalço quando foi preso” (nota. Porém^{net}, 15 de março de 2018). Na sequência da publicação informa ainda que:

Os Guaranis nunca foram indenizados e sequer ouvidos. A área esta em litigio, já que em 2017, o Juiz Federal de Foz do Iguaçu concedeu dois anos de prazo para que a FUNAI (Fundação Nacional do Índio) regularizasse a terra. A retomada deste território foi considerada um ato simbólico diante da dívida histórica que a Itaipu Binacional tem com os povos Guaraní (Por Júlio Carignano, 15 de março de 2018).

A Itaipu Binacional tomou como seu território mais de 200 quilômetros de extensão, por 15 quilômetros de largura, simplesmente pedindo retirada dos moradores das margens do Rio Paraná de Foz do Iguaçu à Guaíra. Do lado brasileiro moravam pessoas em sua maioria com cidadania reconhecida como brasileiras e indígenas. Os indígenas não tinham preocupação com documentos porque viviam da extração de alimentos naturais: peixe, caças, e agricultura de subsistência. Quando estava marcada a data para fechar as comporta da Usina Hidroelétrica de Itaipu, simplesmente os moradores dessa região receberam uma cartinha solicitando a retirada do local porque a partir de outubro de 1982 toda a região seria alagada.

Com essa notificação os moradores não souberam como reagir. Eles sabiam da construção de uma barragem, mas não tinham noção que isso impactaria suas vidas. Aqueles que não eram da etnia Guarani não sabiam o que fazer, nem sabiam a quem recorrer. No final de semana quem cultuava a religião luterana recorreu os pastores, quem era católico recorreu os padres. Esses líderes religiosos promoveram uma reunião para decidir o que fazer? Era uma situação de urgência. Assim, antes que as águas chegassem às casas as igrejas das regiões, tanto as luteranas como as católicas, acolheram as famílias em pavilhões nos municípios de São Miguel do Iguaçu, Medianeira, Santa Helena e Marechal Candido Rondon.

O fato que aconteceu com os indígenas presos por cortar bambu é o retrato fiel do poder econômico no Brasil. Os indígenas são os legítimos donos por direito natural das terras, porque eles nunca quiseram e nunca entenderam propriedade privada de terras, eles apenas querem o direito de retirar dela o que necessitam para viver. Mas a terra se transformou em capital com a Lei 601 de setembro de 1850. Naquele momento, havia forte luta pela libertação dos escravos, tanto pela organização interna, com o movimento republicano e a organização dos quilombos fugitivos da senzala, como pela pressão externa, principalmente da Inglaterra, que almejava ter no Brasil uma maça de trabalhadores assalariados para consumir produtos da indústria inglesa. Para evitar que negros se apropriassem das terras, senhores de escravos solicitaram do Imperador Dom Pedro II, uma lei que protegesse às terras que usavam, mas não estavam protegidas por lei. Segundo Morissawa:

Por essa lei só poderia ter terras quem as comprasse ou legalizasse as áreas em uso nos cartórios, mediante o pagamento de uma taxa para Coroa. Portanto, **Lei de terras** significou o casamento do capital com a propriedade da terra. Com isso a terra foi transformada em uma mercadoria à qual somente os ricos poderiam ter acesso (MORISAWA, 2001, p. 71).

A lei da Terra 601 de 1850 pode ser considerada o primeiro *Lawfare* Jurídico em relação à expropriação dos bens públicos de uso comum. Até presente momento essa realidade continua vigente. Pobre não tem acesso, não tem educação para compreender a lei, não tem condições de eleger representantes suficientes para modificar a

lei, não resta alternativa a não ser viver às margens da lei. Assim vive os Guaranis nas áreas de reserva de Itaipu. São áreas consideradas de preservação ambiental, mas os Guarani tem mais condições de preservar a natureza que os não índios, mas essa realidade são desconsideradas pelos representantes do poder econômico e do poder judiciário.

Os Guaranis receberam o comunicado, mas eram analfabetos, não entenderam que isso impactaria suas vidas, nem sabiam o que se tratava. Numa narrativa de uma aluna indígena, recentemente em sala de aula ela contou que seu avô e suas comunidades estavam nas casas de aldeias no anoitecer e cachorros começara ganir e olhar ladeira a baixo. Olharam eram as águas que estava chegando a suas residências. Que fazer naquele momento? Só restava uma alternativa: subir a montanha acima carregando pertences e crianças. Perderam porcos, galinhas mandiocas, feijão, milho e Itaipu Binacional, a obra que é a maravilha para o mundo ver e apreciar, nem deu satisfação para esses indigentes.

Para os nativos, é absurdo exigir documentos de terra, porque a terra é a mãe de toda a vida: vida humana, vida vegetal, vida de todas as espécies. Com essa concepção o maior crime contra a vida é apropriação e documentação de terras. Da mesma forma, as etnias que continuam ainda em estado de natureza no Brasil consideram absurdo ser humano ter documentos. A chamada civilização estabeleceu relações sociais através da sociedade dos contratos, mas os nativos não participaram desse acordo. Mas as forças das armas se impõem sobre a natureza da vida dessas comunidades.

Realidade Atual no Extremo Oeste do Paraná

A situação dos Guaranis na região Oeste do Paraná e Sul do Mato Grosso do Sul continua a mesma. Essa comunidade tem lastros étnicos no Paraguai, na Argentina e no Brasil. Mas, por suas condições, maioria analfabeta, não são reconhecidas em nenhum desses países. Outro fator a ser considerado para entender as condições dos nativos. Para eles não existe pobreza ou riqueza. Pobreza ou riqueza é um absurdo, no comportamento original dos povos nativos, mas isto antes o aculturamento. A influência da cultura “civilizada” que tem como marco a ganância chega às comunidades nativas, além de se apropriar do espaço onde eles produzem sua existência, retiram também o legado histórico de suas culturas, influenciando decisivamente na cultura de consumo e mercado. Sem saber o que é o capital, sem condições de consumir o que o mercado oferece, parte desses nativos entram no consumo do álcool e, neste momento começam se degenerar como seres humanos, aumentando o preconceito dos ditos “civilizados” e, além de perder seu território, perdem também sua cultura, ficando, portanto, desterritorializado, destribilizados, desaldeiados e desaculturados, sendo obrigados a ceder a cultura do opressor.

Ouve uma situação de conflito no Estado de Mato Grosso do Sul, onde estavam reunidos autoridades e um secretário do Estado de Mato Grosso, estupidamente, referindo-se aos nativos de fronteira, disse: “Esses não são índios, não é problema do Brasil, esses são Paraguaios que chegam aqui, porque tem mais direito do que no Paraguai e dizem: “jo soi brasilênio”” (acompanhei esse evento, mas não registrei a data) Mato Grosso do Sul faz fronteira com a Região de Guaíra. Na fala do referido secretário, se pode constatar vários crimes contra a humanidade. Primeiro, o preconceito contra nossos vizinhos Paraguaios; segundo, preconceito contra as comunidades indígenas; por último, o abuso do poder político e a utilização do poder político do Estado para atender exclusivamente interesse do capita agrário.

Sobre o caso dos indígenas presos por cortar bambu, em nota do CDDHMP – Centro de Defesa dos Direitos Humanos e Memória Popular, diz que: “segundo informações preliminares, eles cortaram um bambu nativo, chamado popularmente de “taquara”, comum para confecção de artesanato e construção de moradias em aldeias” (CDDHMP, 15/03/2018). Embora trazendo informação correta sobre os fatos, mas confundindo bambu com taquara. O bambu e a taquara são da mesma espécie; ou seja, da espécie Gramíneae; porém, o bambu é mais resistente, e por isso toma mais altura, enquanto a taquara curva-se rapidamente, sem tomar altura. Ambos são encontrados na América Latina. Mas isto pouco importa, o que mais choca foi a ação do MPF - Ministério Público Federal contra os seres humanos, desconsiderando vidas e protegendo os vegetais, que garantem a vida desses nativos.

Curiosa é a ação realizada pelo Ministério Público Federal!... O Ministério, que deveria ser protetor do Público cumpre a tarefa de ser protetor dos pedaços de bambus. Ora, as comunidades indígenas têm exclusivamente a natureza como meio de proteger, produzir e reproduzir sua existência. Retirar dos nativos o direito de explorar o básico da natureza, significa retirar a essência dos Direitos Humanos, que é o direito de existir. No dia 27 de março de 2019 uma nota no Jornal H2-FOZ – Denise Paro, anuncia: “MPF Denuncia índios guaranis pelo corte de três pedaços de baú”. Segue a nota:

O Ministério Público Federal (MPF) denuncia cinco índios guaranis pelo corte de três pedaços de bambu em uma área chamada dois irmãos (Mokoi Joegua), situada nos limites do Refúgio Biológico da Itaipu Binacional, no município de Sana Helena, a 120 quilômetros de Foz do Iguaçu. Conforme decisão do procurador Alexandre Collares, proferida no último dia 14, o crime cometido pelos índios foi “cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente”, previsto no artigo 39 da Lei 9.605/1998 (JORNAL H2-FOZ – Jornalista Denise Paro, 27 de março de 2019).

Acusação: “Crime ambiental, previsto no Art. 38 da Lei 9.605”, diz a nota do CDDHMP. Curioso acusar nativos de crime ambiental, sendo que estes são parte integrante do meio ambiente, e, mais que ninguém, eles sabem preservar a natureza, porque têm

consciência que precisam dela. Ao retirar uma taquara, um bambu, ou uma madeira para fazer artesanato, ou arco de flecha eles sabem em quanto tempo essa natureza se recompõe. Mas a chamada civilização ignora essa sabedoria, que é milenar, nas não está sistematizada e não faz parte da educação dos chamados humanos “civilizados”.

Os crimes contra as comunidades indígenas não se limitam aos princípios da negação do Direito de retirar um bambu ou uma taquara da natureza. Infelizmente está consolidada uma concepção moral, que as comunidades indígenas não são sujeitos de direito. Numa lanchonete em na Rodoviária de Cascavel “proibido vender bebidas alcoólicas para índio, Lei... N.º da lei”... Um indígena que estava em minha companhia, por dizer respeito a eles me chamou atenção, coisa que eu enquanto negro não havia percebido. Mas não são apenas as instituições de Estado que cometem abusos. A degeneração e aculturamento nas comunidades indígenas chega ao ponto de cometerem crime entre seus próprios pares, como foi anunciando no mês de agosto o Jornal O Globo-1:

Foram presos cinco homens que confessaram ter matado e estuprado uma criança indígena, de 11 anos, que foi encontrada morta na segunda-feira (9), em uma pedreira de Dourado (MS). Com a investigação do caso, a Polícia Civil de Dourado conseguiu identificar os cinco suspeitos confessos, sendo três adolescentes e dois adultos. Um deles era tio da vítima. Os homens foram presos por estupros de vulnerável, feminicídio qualificados (JORNAL, Globo-1, 10/08/2021, Dourado MS).

Esses episódios não são apenas em comunidades indígenas que acontece. Infelizmente existem vários casos dessa natureza, que indicam o estágio de subdesenvolvimento da humanidade. Em relação aos Direitos Humanos, ao que parece, por ocasião do evento promovido pela ONU – Organização das Nações Unidas, curiosamente parece que as comunidades nativas não eram consideradas humanas. Isto porque, somente depois do ano de 1993 a ONU começou a pensar na Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas. Se a ONU precisou formalizar uma Declaração Universal dos Povos Indígenas é porque eles estavam excluídos dos Direitos Humanos. No último parágrafo do Preambulo da DUDH afirmam que:

Agora portando a Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, como objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade tendo sempre em mente esta Declaração, esforce-se, por meio do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar, tanto entre os povos dos próprios Países-Membros quanto entre outros povos dos territórios sob sua jurisdição (Resolução 217, 10 de dezembro 1948).

Essa declaração não levou em consideração comunidades nativas. A burguesia brasileira, praticamente nunca respeitou comunidades indígenas com seres humanos de direito

pleno. Seus habitats naturais sempre foram invadidos, destruídos, inúmeros massacres são registrados por capangas de fazendeiros para limpar as terras para agricultura e pecuária. A ONU Declarou o ano de 1993 como ano universal dos direitos dos povos indígenas. O que é curioso é que até então as comunidades indígenas não eram consideradas como seres humanos de direitos. Mas a declaração da ONU preocupou alguns governos, segundo notas explicitadas em vários jornais do Brasil.

Em nota publicada na Câmara dos Deputados (baixada em 20/09/2021) referindo-se ao projeto em questão naquele momento, afirma em alguns trechos da nota: “alguns governos já se preparam para se opor ao projeto da Declaração”, encerra o parágrafo dizendo que “os indígenas passaram ser reconhecidos pela comunidade internacional como objeto e provavelmente como sujeitos do Direito Internacional”. É muito curioso saber que em pleno século XX ainda havia e, no século XXI ainda há governos que entendem as comunidades indígenas como problemas.

Se já existia a Declaração Universal dos Direitos Humanos, porque precisou uma Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas? Fica evidente, que a Organização das Nações Unidas não reconhece as comunidades nativas com seres humanos. No primeiro artigo da Declaração dos Direitos Humanos diz que: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. Se as comunidades indígenas estão excluídas desses entendimentos, significa dizer não são seres dotados de razão, que não nascem livres e que não têm o espírito da fraternidade. Isso justificaria ações dos representantes do capital contra essas comunidades. O primeiro artigo da Declaração Universal dos Direitos Humanos trata da capacidade de gozar os direitos, das liberdades, do tratamento igual independente a raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política e outras coisas a mais, como seguem:

Inciso 1 – Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Inciso 2 – Não será também feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertence uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania.

No caso das comunidades indígenas, a sobrevivência por quinhentos e vinte um anos, trata-se de uma heroica resistência, pode-se considerar ainda, pelo domínio das florestas, das águas, razão pela qual o trituradores da floresta não conseguiram ainda chegar em várias regiões do Brasil. Os indígenas que sobrevivem próximos das cidades enfrentam várias batalhas. Perderam seus territórios, perderam suas culturas, parte vive em condições de mendicâncias nas pequenas e médias cidades, enfrentando todo o tipo de

preconceitos. Para esses indigentes, praticamente não existe Estado. Até as Câmeras de Vereadores exigem retiradas, considerando, coma a retirada desses infelizes que as cidades ficariam limpas.

É comum deparar-se em cidades como Cascavel, Foz do Iguaçu, Medianeira famílias indígenas vivendo temporariamente debaixo de árvores tentando vender seus artesanatos de taquara, bambu ou madeiras. Entre os objetos artesanais têm vários eu são utilitários, outros são apenas ornamentais, há quem compre os objetos utilitários, outros compram objetos ornamentais. Utilitários são os sextos, que se guardam alguns objetos, os ornamentais são o cocar, os arcos de flechas, as miniaturas de animais confeccionados artesanalmente de madeiras. A venda desses objetos é simplesmente para comprar alimentos. Entre aqueles que compram os objetos há quem compre por compaixão, outros compram por afinidade antropológica com a causa indígena.

Já houve tentativa de construir casa de passagem para essa comunidade na cidade de Cascavel, mas vereadores conservadores, com zero princípio de humanidade evitaram. Portanto, eles continuam tratados como marginais nessas cidades. Para esses infelizes não existe Estado de Direito. Seus inimigos históricos são tratados como "homens brancos". Talvez porque sabem que os brancos também se utilizaram dos negros como escravos. Outro conflito que está presente nessas comunidades é a linguagem. No Paraná são duas etnias predominantes: Kaingang e Guaranís. Próximo aos Kaingang ainda tem os Xokleng, que ancestralmente são da mesma etnia. Mas esses estão mais concentrados no Estado de Santa Catarina.

Os índios Xokleng da TI Ibirama em Santa Catarina, são os sobreviventes de um processo brutal de colonização do sul do Brasil iniciado em meados do século passado, que quase os exterminou em sua totalidade. Apesar do extermínio de alguns subgrupos os Xokleng no Estado, e do confinamento dos sobreviventes em área determinada, em 1914, o que garantiu a "paz" para os colonos e a conseqüentemente expansão e processo do vale do rio Itajaí, os Xokleng continuaram lutando para sobreviver a esta invasão, mesmo após a extinção quase total dos recursos naturais de sua terra, agravada pela construção da Barragem Norte (<https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Xokleng>) (baixado em 21/09/2021).

Essa região foi colonizada por europeus e origem alemães. Para limpar as áreas eles contratavam caboclos⁽¹⁾ miseráveis para matar índios, que preconceitosamente eram chamados de bugres. Esses jagunços tinham alcunha de bugreiros. Esses caboclos contratados usavam como táticas pegar os índios despreparados, preferencialmente quando estavam dormindo. Houve relato de matar toda uma comunidade. Quando ma-

(1) Caboclos: normalmente filho de um branco dono de escravo, com uma negra escrava, não assumido a paternidade. Essa mistura gerou o caboclo, que também são pessoas abandonadas pelo Estado de Direito.

tavam uma família, o restante da comunidade fugia mato adentro. Essa foi uma das formas de resistência e sobrevivência.

A interferência dos brancos nas vidas e nas comunidades indígenas provocou cisura entre os próprios nativos. Os brancos usaram também a tática de cooptação, isso provocou indignação com alguns indígenas que aceitaram cargos para que os brancos adentrassem aos territórios ocupados por nativos. Por essa razão não existe harmonia entre Kaingang e Xokleng, nem entre os Guaranis. Exemplo típico é do Índio Kondá, região de Chapecó Santa Catarina. Vários indígenas têm o, como traidor da comunidade nativa. Atualmente ele é venerado, empresta o nome para vários empreendimentos, inclusive a Arena do Time de Chapecó.

O contato com os Kaingang com a sociedade evolvente teve início no final do século XVIII e efetivou-se em meados do século XIX, quando os primeiros chefes políticos tradicionais (Póí ou Rekekê) aceitaram aliar-se aos conquistadores brancos (Fóg), transformando-se em capitães. Esses capitães foram fundamentais na pacificação de dezenas de grupos arredios que foram vencidos entre 1840 e 1930. Entre os desdobramentos dessa história, destacam-se o processo de expropriação e acirramento de conflitos, não apenas com invasores de seus territórios, mas intragrupos Kaingang, uma vez que o faccionalismo característico dos grupos jê foi potencializado pelo contato. Os Kaingang vivem em mais de 30 Terras Indígenas que representam uma pequena parcela de seus territórios tradicionais. Por estarem distribuídas em quatro estados, a situação das comunidades apresenta as mais variadas condições. Em todos os casos, contudo, sua estrutura social e princípios cosmológicos continuam vigorando, sempre atualizados pelas diferentes conjunturas pelas quais vêm passando (<https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Kaingang>) (baixado em 21/09/2021).

A ocupação dos territórios indígenas, primeiro provocou a desintegração entre os próprios nativos, colocando autoridades entre os próprios nativos para controlar e conter essa população. Com isso ficava mais fácil adentrar nos territórios e tomar suas terras. Colocando capitães não era preciso dizimar a comunidade. Os próprios capitães agiam em consonância com interesse dos colonizadores. Era o mesmo caso dos capitães do mato no tempo da escravidão. Havia os negros escravos que tinham a tarefa de procurar os negros refugiados e trazer amarrado e arrastados em cavalo de volta para a senzala. O caso dos indígenas era semelhante e, atualmente ainda existem caciques que arrendam, alugam terras para fazendeiros para produzir nas aldeias e distribuir venenos e inseticidas produzindo doenças que, até então eram desconhecida das comunidades nativas.

O caso dos Guaranis não é diferente. No Oeste do Paraná há existem os Avá Guaranis, que tem uma relação amistosa e quase orgânica com os da etnia Tupi que vivem parte no Paraguai. Mas há o conflito de linguagem, muitas vezes até de preconceitos entre guaranis brasileiros e guaranis paraguaios. Guarani brasileiro ajusta a linguagem à realidade brasileira. Mas quanto à educação, o Paraguai avançou mais que o Brasil porque

difficilmente se vê um Guarani analfabeto. Já o Brasil, somente a partir do começo deste século começou com educação indígena nesta região, mas com a luta dos próprios guaranis.

Como todo o começo tem problema, o início das escolas guaranis começou com professores não indígenas. Novamente veio o conflito de linguagem porque os professores que não eram indígenas tentavam impor sua língua portuguesa na alfabetização. Para tentar dirimir esses problemas foi criado em Curitiba O Magistério Indígena. Mas o problema ainda continua, porque uma Escola, um Magistério para todas as etnias, o que se observa na prática, pelo menos os Guaranis não saem preparados, porque, no Brasil ainda não existe um Alfabeto AVA – Guarani.

Sem acesso à linguagem oficial do poder essa comunidade fica despreparada para enfrentar o próprio poder. O curioso que na própria Declaração dos Direitos Humanos não continha nada sobre as comunidades indígenas. Os trinta artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos nada indica sobre as comunidades nativas como seres humanos. Por esta razão nem um país da América Latina se sentia na obrigação de cumprir o mínimo para garantia de direito e dignidade humana dos povos nativos. Somente em 1996 a ONU organizou a Declaração Universal dos Povos Indígenas.

Em 1993 foi declarado ano internacional das nações indígenas e 1996 foi aprovado, começando com estes princípios no primeiro parágrafo do Preâmbulo: “o Projeto da Declaração foi proposto pelo Grupo de Trabalho Sobre populações Indígenas da Subcomissão para a Previdência da Discriminação e Proteção das Minorias da ONU” (Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas, 1996). Ao que parece que as comunidades indígenas não eram consideradas humanas. O Artigo 17 da Declaração Universal dos Direitos Humanos trata do direito de propriedade. O conceito de propriedade privada, na concepção do ser humano “civilizado” tem relação orgânica com a riqueza. Mas para as comunidades indígenas, especialmente as comunidade naturais não existe o conceito de riqueza ou pobreza. O que existe é a vida, que eles lutam a quinhentos anos para ser preservada. Veja-se o que diz o inciso 1 e 2 do referido artigo.

1. Todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros.
2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.

Pelo conceito do liberalismo especialmente em John Locke é terra é um direito natural, conquistada pela própria natureza, cultivada através da força de trabalho. O cultivo das terras pelos nativos é milenar, mas foram literalmente roubados. O roubo é um conceito dos próprios civilizados. Para as comunidades indígenas é absurdo pensar a terra como propriedade privada. Se o inciso 1 afirma o direito de propriedade “só ou

em sociedade com outros”, para os indígenas essa sociedade é natural e milenarmente a terra é apenas para uso coletivo, cujo significado é o mesmo “com outros”. Qual a diferença? Para os nativos não existe a figura do “Contrato Social”. O que existe é a cultura das atividades coletivas. Mas, vejamos o que diz um dos patronos do liberalismo moderno, John Locke:

Sendo agora, contudo, a principal matéria da propriedade não os frutos da terra e os animais que sobre ela subsistem, mas a própria terra, como aquilo que abrange e consigo leva tudo o mais, penso ser evidente que aí também a propriedade se adquire como nos outros casos. A extensão da terra que um homem lavras, planta, melhora, cultiva, cujos produtos usa, constitui a sua propriedade. Pelo trabalho, por assim dizer, separa-a do comum. Nem lhe invalidaria o direito dizer que qualquer outro terá igual direito a essa extensão de terra, não sendo possível, portanto, àquele apropriar-se ou fechá-la sem o consentimento de todos os membros da comunidade (LOCKE, 1978. 47).

Esse é o fundamento básico que sustenta o liberalismo econômico. Não serve, portanto, para as comunidades nativas. Primeiro porque essas comunidades nunca tiveram noção da agressão proporcionada pelos europeus. Somente depois do sofrimento que começou a resistência. Todavia, muitas comunidades foram expulsas de seus locais onde residiam e produziam sua existência. O caso dos Guaranis, que ainda residem nesta região, pode-se considerar que são sobreviventes da agressão dos bandeirantes, que recebiam dos portugueses para “caçar índios” para ser escravizados nas grandes lavouras de café e cana de açúcar.

É possível deduzir que as Sete Quedas de Guaira – Brasil, Guairá – Paraguai foi a grande aliada para resistência. Os bandeirantes chegavam de navio até Guaira, mas não conseguiam ultrapassar as quedas para continuar a empreitada da busca aos Guaranis. Esses abaixo das Sete Quedas, até Foz do Iguaçu conseguiram sobreviver até a construção da Usina Hidroelétrica de Itaipu. Com construção dessa obra eles foram: *DESTRIBALIZADO*, *DESTERRITORIALIZADO*, *DESALDEADOS* e *DESACULTURADO*, jogado às margens da sociedade de tal forma que é visto como normal esses seres andantes nas grandes cidades tentando vender seus objetos e muitas vezes sendo agredidos pelos chamados homens “civilizados”. Se eles reivindicam os direitos contidos na constituição brasileira, alguns técnicos da Itaipu os acusam de serem Paraguaiois, se ficam do lado do Paraguai, são acusados de serem brasileiros. Portanto, são povos com uma nacionalidade, mas sem proteção do Estado.

Para demonstrar sua existência tiveram de fazer algumas ocupações em áreas de reservas, Parque Nacional do Iguaçu, por exemplo, onde tiveram conflitos com a Política Federal. Após vários conflitos a Itaipu comprou uma área, mas não abrigou todos os Guaranis oriundos da região do lado. Por essa e outras razões muitos continuam ocupando áreas de reserva da própria Itaipu nas regiões de Foz do Iguaçu à Guaira. É quase que uma rotina os noticiários de agressões de fazendeiros com essas comunidades.

Mas isso acontece de tal forma, que agressão aos povos indígenas, nativos e originários dessa terra é interpretada como normal, e pior, muitas vezes, até como necessária pelos representantes pela burguesia brasileira que representam o poder do capital. Érika M. Yamada explica porque isso acontece:

Na verdade, o Direito Internacional, desde sua fundação, sempre esteve voltado à normatização das relações entre diferentes povos. Inicialmente com viés colonialista, para legitimar a tomada de terras dos habitantes originais pelos colonizadores, o Direito Internacional evoluiu e hoje atende também às demandas dos povos indígenas. Essa evolução se deu principalmente a partir do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do princípio da não-discriminação. Assim, a proteção aos indivíduos, suas culturas e modo de vida, assim como a proteção às terras indígenas tradicionais e o auto-governo indígena, dentro do modelo político dos Estados soberanos, foram incorporadas como proteção de direitos humanos (YAMADA Instituto Sócio Ambiental baixado em 20/09/2021).

Antes da aprovação dos Direitos Universal dos Povos Indígenas, pode-se dizer que ninguém respeitava essas comunidades como seres humanos. Um ano depois da aprovação desses direitos, um dia depois do Dia Nacional do Índio, um grupo de cinco jovens, entre eles o filho de um juiz atearam fogo no corpo do Índio Pataxó Hã-hã-Hãe Gaudino de Jesus dos Santos. Gaudino veio a Brasília Participar das comemorações e dormia num ponto de ônibus, quando chegaram cinco jovens com álcool e fósforos e atearam fogo queimando 95% de seu corpo. Gaudino foi socorrido por populares, mas faleceu, horas depois no Hospital. Um dos jovens estudou Direito, fez concurso na Polícia Federal, na sindicância de vida pregressa foi reprovado, mas entrou com recurso e conquistou a vaga, porque no Brasil não existe condenação perpétua. Segundo o Jornal Brasil de Fato:

O governo do presidente Jair Bolsonaro designou um dos cinco condenados por matar o índio pataxó Galdino Jesus dos Santos, em Brasília, em 1997 para um cargo comissionado na Polícia Rodoviária Federal. Gutemberg Nader de Almeida Junior, servidor que ingressou na corporação por concurso público em 2016, foi agraciado em janeiro de 2020 com o posto na PRF e permaneceu na função até dezembro (MOTORVN, Brasil de Fato, 30/08/2021).

O crime hediondo contra o Pataxó Gaudino aconteceu depois da Declaração Universal do Direito dos Povos Indígenas. Esses fatos se repetem no Brasil, como uma forma de retaliação e afronto à lei, na maioria das vezes na certeza da impunidade. Sobre a concepção de trabalho há um permanente conflito. Nas comunidades nativas, especialmente as originárias que ainda se mantêm na cultura original, o conceito de trabalho é conflituoso com o conceito de trabalho da sociedade capitalista. Para os nativos o trabalho, produção e consumo tem uma relação quase que imediata. Se pesca, de manhã come qualquer hora do dia, se caça a noite, como quando vem a fome, se tem fruta na floresta, apanha-as e imediatamente se consome. Esse traba-

lho não tem relação com acumular riquezas, coisa que as comunidades indígenas desconhecem.

O Art. 231 da constituição brasileira trata dos direitos dos povos indígenas, da proteção das terras por eles ocupadas, mas os capitalistas: os madeireiros, os garimpeiros, os criadores de gados, os plantadores de sojas nunca respeitaram esses direitos, pelo fato de que a maioria das comunidades indígenas não teve acesso à lei, pela falta de estudo, eles sempre dependem de uma entidade que os proteja. Esse artigo trata do reconhecimento dos povos, do respeito à cultura, do direito às terras ocupadas por eles, tendo a União a tarefa da demarcação das terras indígenas. Mas essa tarefa sempre foi impedida pelos representantes do capital. Vejamos o que diz o referido Artigo:

Art. 231 – São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens (CFB -1988).

O reconhecimento das comunidades indígenas só começou com organização e ação dos próprios indígenas. Quanto a demarcação das terras até o presente momento há uma luta constante para que a União reconheça os territórios ocupados. Mas nessa luta eles encontram o capital agrário como o grande inimigo das comunidades indígenas. Onde a burguesia agrária não conseguem retirar ou eliminar essas comunidades, o veneno com aviões agrícola é uma forma de massacrar essas populações. Portanto, estar na constituição pouco adianta se toda a estrutura do Estado, inclusive setores do judiciário estão para atender o capital agrário.

Apenas estar na lei não garante nada, somente a organização das próprias comunidades indígenas em aliança com setores da sociedade que tem representação legítima. O segundo parágrafo da referida lei diz que: “As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes”. Apenas com esse parágrafo os nativos teriam garantido os direitos humanos, mas nunca foram colocadas em prática. Quando o presidente Luiz Inácio Lula da Silva iniciou as demarcações ele enfrentou sérios problemas com os ditos ruralistas. O problema mais destacado foi na Serra Raposa do Sol, os latifundiários se intitularam Arrozeiros (produtores de arroz) para atrair a opinião pública de seu lado. Nesse momento os indígenas só tiveram uma alternativa: trancar a passagem de não índio, cobrar pedágio e sequestrar quem desobedecia. Nessa, eles foram vitoriosos, conquistaram a demarcação das terras da Raposa do Sol e nem um latifundiário poderá por os pés mais nessa área.

Mas ainda tem muitas lutas pela frente porque o latifúndio não respeita os Direitos Humanos. Para os latifundiários, a burguesia agrária só existe os direitos econômicos,

mas exclusivamente para eles ter o direito de expandir as áreas devastadas por eles. Ao mesmo tempo, se puder explorar as comunidades indígenas, se não puder explorar o real desejo é exterminar com essas comunidades, as quais a burguesia entende como empecilhos para a infinita acumulação de riquezas. Sobre a DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS POVOS INDÍGENAS são 15 artigos no Preâmbulo e mais trinta das questões operativas, que significa que o Estado deve operar no sentido de garantir o que está escrito na lei. Não sendo possível detalhar todos os artigos selecionei apenas os artigos os artigos 6, 7, 8 e 9, conforme segue:

Art. 6 – Reconhecendo a urgente necessidade de promover e respeitar os direitos e características dos povos indígenas, que se origina em sua história, filosofia, cultura, tradições e espirituais e outras, assim como em suas estruturas políticas, econômicas e sociais, especialmente seus direitos e terras, territórios e recursos;

Art. 7 – Reafirmando que os povos indígenas, no exercício de seus direitos, deveriam ver-se livres de discriminação adversa de todo tipo;

Art. 8 – Respalhando os esforços para consolidar e fortalecer as sociedades, culturas e tradições dos povos indígenas, através de seu controle sobre os processos de desenvolvimento que afetem a eles ou às suas terras, territórios e recursos;

Art. 9 – Enfatizando a necessidade da desmilitarização das terras e territórios dos povos indígenas, o que contribuirá para a paz, a compreensão e as relações amistosas entre os povos do mundo.

Como visto, na *DECLARAÇÃO UNIVERSAL DO DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS*, aprovada em 1996 pela Organização das Nações Unidas no Art. 6 está presente as necessidades de respeitar os direitos e características dos povos indígenas, tratando, inclusive como urgência, mas até o presente momento esses direitos estão sendo desrespeitados, inclusive por parte do Governo Federal. Quanto ao respeito à cultura, há exceções, mas a regra geral é que a comunidade descendente da europeia nunca respeitou as comunidades indígenas. No Art. 7, se livrar da discriminação? Será possível porque está na lei? Ou precisaria ação contra quem discrimina essas comunidades?

Proteger os territórios, as tradições e recursos? Como fazer isso? Se neste momento o próprio Estado é o agressor? Se a demarcação de territórios estava garantida pela Constituição e neste momento o Governo Federal está tento impor o “Marco Temporal” que significa dizer que nem um território pode ser considerado definitivo para as comunidades indígenas. Desmilitarizar para contribuir com a paz. Um governo que defende tratar os humildes com a força das armas jamais será capaz de implantar políticas de desmilitarização das aldeias.

Para concluir, Sem intensão de finalizar o debate e a pesquisa sobre o tem, entendendo que não seria possível fazer um trabalho conclusivo sobre a história das comunidades nativas que são violentadas há mais de quinhentos anos. Não apenas no Brasil,

mas por todo continente americano. Mas o Brasil está entre os países mais violento do mundo, principalmente em relação aos princípios normativos da legislação. Quem atua nos parlamentos fazendo e aperfeiçoando as leis são sempre os donos das terras, das indústrias, das grandes redes de mercados e do capital financeiros. O exemplo específico que atingiu e continua atingindo diretamente as comunidades indígenas foi a Lei 601 de setembro de 1850. Essa lei praticamente não foi suprimida, foi simplesmente aprimorada para proteger os coronéis da terra. A constituição de 1988, simplesmente aprimorou a lei da terra com a garantia da propriedade privada, sem a garantia dos direitos humanos sobre os povos nativos, que continuam lutando por demarcação de terras, que historicamente era deles.

A chegada dos europeus neste território coincidiu com a origem do capitalismo. Por isso, encontraram terreno fértil para exploração. Riquezas naturais, um povo que não conhecia o conceito de exploração, não conhecia o conceito de riqueza, por isso ficaram expostos aos maus tratos, torturas e até ao extermínio, no caso do Brasil de várias etnias, restando ainda mais de trezentas línguas ativas.

O caso dos Guaranis é bastante complexo, pois, nesta Região Oeste do Paraná sobrevive os Ava-Guaranis, os Tupi e no Mato Grosso do Sul que faz divisa com Paraguai e Oeste do Paraná ainda tem os Kaiowas, sem falar dos Kaingang e Xokleim na Região centro Oeste. Povo desprotegido pelo Estado até o começo deste século. Por esta razão maioria ainda são analfabetos, somente há duas décadas começaram construir escolas nas aldeias. O caso dos Guaranis na região do extremo Oeste é mais grave porque sofreram agressão de Itaipu Binacional, foram despejados pelas águas sem nem um tipo de assistência social, política e econômica. Somente a partir da segunda década deste século as universidades abriram espaço para os nativos, mas não foram nas aldeias planejar assistência para garantir a permanência na educação.

Não havendo planejamento em educação a desistência é quase certa. Maioria dos professores, principalmente nos chamados curso de elite não aceitam dialogar ao nível das dificuldades dos alunos nativos. Os vestibulares indígenas são espécie de "caridade e filantropia" para esses nativos, não existe teste de conhecimento, somente de capacidade intelectual. Mas tem uma explicação para isso. Para se testar conhecimento as universidades teriam que ter uma raiz nas aldeias, mas as raras visitas são feitas como objeto de pesquisa, apenas para produzir livros e artigos. Talvez esses que conseguem permanecer nas universidade e nas escolas comecem planejar o futuro de suas comunidades.

Referencias

Canese, R. & Schilling, P. Itaipu Geopolítica e Corrupção, Dívida Externa, Edições CEDI, São Paulo, SP. 1991.

Constituição Federal. Brasil 1988, Editora Ática 3ª edição São Paulo SP. 1989.

Yamada, Erik M. Advogada do Instituto Socioambiental (ISA)

Locke, John. Segundo Tratado Sobre o Governo, ed. Abril Cultural, São Paulo SP, 1979.

Morissawa, Mitsue. História das Lutas Pela Terra e o MST, editora Expressão Popular, São Paulo SP. 2001.

Motorvn, Paulo. Jornal Brasil de Fato 31 de agosto de 2021.

https://www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/perm/cdh/Tratados_e_Convencoes/Indios/declaracao_universal_direitos_povos_indigenas.htm (baixado em 20/09/2021).

<https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Xokleng> (baixado em 21/09/2021).

<https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Kaingang> (baixado em 21/09/2021).

ADALBERTO ANTONIO BATISTA ARCELO*

LUCAS DE ALVARENGA GONTIJO**

O *lawfare* no Brasil contemporâneo e a diferença colonial: da intransitividade dos processos justransicionais à sedimentação da bio-necro-política

Introdução

Este trabalho propõe uma abordagem da dinâmica político-jurídica reproduzida pelo Estado brasileiro atual. Sustenta-se, a partir das referências da filosofia social crítica e do pensamento decolonial latino-americano, que a tradição colonial brasileira foi forjada pelo paradoxo: o Brasil como um vasto e complexo empreendimento colonial.

Para o êxito de tal empreitada –um empreendimento colonial de dimensões continentais num contexto de grandes limitações tecnológicas– seria necessário uma massa incontável de mão-de-obra (trabalhadores/escravos), fundamentalmente porque toda essa mão-de-obra seria –potencialmente, ao menos– exaurida pela imensidão do projeto em questão.

Por tal perspectiva o Brasil, desde suas origens, se caracteriza como uma grande empresa que tem seu povo identificado com um corpo de extração, um povo material e existencialmente condicionado à transferência das riquezas para a metrópole. Daí a formação das elites coloniais brasileiras. Tratou-se, como ainda se trata, de uma exígua parcela da sociedade brasileira que, à medida em que mimetiza e reproduz o eurocentrismo, teve –e tem– acesso aos lugares de poder institucionalizado.

(*) Mestre e Doutor em Filosofia do Direito (UFMG). Professor da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas. adalbertoarcelo@gmail.com

(**) Mestre e Doutor em Filosofia do Direito (UFMG). Professor do programa de pós-graduação stricto sensu e da graduação da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas. Professor titular de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito Milton Campos. alvarengagontijo@gmail.com

Logo, sob a tradição colonial que delinea as instituições políticas e jurídicas que, por sua vez, conformam a sociedade e o Estado brasileiros atuais, percebe-se na dinâmica jurídica e, particularmente, nas instituições políticas e jurídicas que manipulam o complexo processo de produção, interpretação e aplicação do Direito no Brasil contemporâneo, a conversão do Direito em uma estratégia de discriminação, um dispositivo de hierarquização e de marginalização social, posto que garante direitos de alguns a partir da violação de direitos de muitos outros.

O uso estratégico, discriminatório e seletivo do Direito pelas instituições políticas e jurídicas, de modo a promover, simultaneamente, cidadania para uma certa parcela da sociedade, que assim tem concretizados direitos e garantias, mas também subcidadania para outros contingentes da mesma sociedade, vez que estes são tendencialmente contidos, punidos e excluídos pelo Direito, confirma que o discurso abstrato em torno de um Estado Democrático de Direito, no Brasil atual, tem adquirido a performatividade de um Estado de exceção permanente. Assim o discurso político-jurídico é deteriorado, em termos concretos, pela lógica e pela dinâmica do *lawfare*, que consiste na manipulação estratégica do Direito visando à subalternização, ao silenciamento e até à eliminação das parcelas mais vulneráveis da sociedade brasileira, parcelas artificialmente identificadas como potenciais ameaças à segurança e à ordem social.

A governamentalidade bio-necro-política, nestas reflexões, emerge como diagnóstico crítico da deterioração do Direito pelo *lawfare*. A centralidade da dinâmica jurídica no Brasil contemporâneo, para a determinação da cidadania e da subcidadania, e particularmente para o recrudescimento da precarização da vida das parcelas mais vulneráveis da sociedade, são claros indicativos de um parâmetro bio-necro-político de governamentalidade.

Daí a necessidade de se tratar cuidadosamente da questão da justiça de transição no Brasil. Considerando-se que a justiça de transição emerge como um complexo de dispositivos que objetivam conciliar sociedade e Estado, de modo que se supere toda uma tradição de graves e sistemáticas lesões aos direitos humanos e fundamentais a partir da responsabilização do Estado e de seus agentes pelas lesões aos direitos, e do reconhecimento e da reparação dos danos sofridos pelas vítimas.

Tais dispositivos assegurariam uma refundação do pacto entre sociedade e Estado, de modo que os elementos da memória, da verdade, mas também do perdão e do esquecimento, pudessem ser enfrentados, visando à reconciliação e à superação de uma história ou tradição marcada pela subalternização, pelo silenciamento e pela eliminação de contingentes sociais discrepantes do padrão de ordem imposto.

Contudo, o processo justransicional, no Brasil, foi represado e filtrado de acordo com as conveniências das tradicionais elites políticas e jurídicas. Logo, se não chegou a haver um genuíno processo de justiça de transição no Brasil, permanece, na sociedade e no

Estado brasileiros, o espectro da colonialidade do poder que, pela lógica da subalternização, do silenciamento e da eliminação das diferenças, esvazia o discurso do Estado Democrático de Direito à medida em que faz um uso discriminatório do Direito, ou seja, desconstitui direitos e garantias fundamentais com a concretização de um Estado de exceção permanente.

Tratar do processo justransicional brasileiro sob o filtro crítico e decolonial implica, inicialmente, o diagnóstico de continuidade, de manutenção da tradição colonial que, por sua vez, inviabiliza a transição para um Estado Democrático de Direito.

Atualmente, no Brasil, os impactos da naturalização do *lawfare* se materializam em uma estratégia bio-necro-política. Tem-se o paradoxo de um projeto de vida boa para certa parcela da sociedade, mas também um projeto de morte – física, social e existencial – para outros contingentes, um quadro de morte generalizada de populações, culturas e ecossistemas.

A filosofia social crítica e o pensamento decolonial

O Estado e a sociedade brasileiros têm, atualmente, viabilizado uma dinâmica política, jurídica e social altamente patriarcal, racializada e mercantilizada. Em significativa medida as instituições políticas e jurídicas são diretamente responsáveis por isso, posto que todo este aparato nunca se dispôs a uma releitura da nossa própria história pelas lentes da diferença colonial, reproduzindo atualmente posturas e discursos pautados pela subalternização das diferenças. (MIGNOLO, 2005).

Assim o Estado, historicamente apropriado pelas elites tradicionais, reprodutoras da colonialidade do poder, e a sociedade, refém de suas carências múltiplas desde a formação do Brasil como empreendimento colonial, mantêm-se reféns de uma dinâmica jurídica distópica, comprometida com a produção sistemática e maciça da morte – física, social e existencial – individual e coletiva de subjetividades, de culturas e de ecossistemas.

A ausência de um genuíno processo de justiça de transição encampado pelo Estado e pela sociedade nos remete a um contexto de estagnação em que, apesar de reformas legais, o complexo jurídico judicial atua diretamente em prol da subalternização e da eliminação das diferenças que, de alguma maneira, questionam os padrões estabelecidos pelo saber-poder moderno/colonial. (QUIJANO, 2020).

A acentuação das vulnerabilidades, considerando-se a fragilidade dos grupos identitários minoritários no Brasil atual, a desarticulação e o desmonte de políticas sociais públicas de proteção aos direitos fundamentais e humanos, bem como o empenho do próprio Estado brasileiro, respaldado por significativa parcela da sociedade, em des-

constituir direitos e garantias, como por exemplo o acesso a um meio ambiente equilibrado, a mobilidade e a segurança nas cidades e o quadro generalizado de violência de gênero, são indicativos de que as tradicionais elites brasileiras optaram pela reprodução da colonialidade do poder e, conseqüentemente, mantiveram um padrão de justiça e de ordem incompatíveis com a dinâmica hipercomplexa de um Estado Democrático de Direito.

A colonialidade se faz presente na retórica moderna dos discursos de justiça, direitos humanos, democracia, desenvolvimento e multiculturalismo. Trata-se de um “controle epistêmico”, que forja verdades e subjetividades, um poder-saber que objetifica subjetividades a partir de um padrão de racionalidade que, em grande medida, se materializa nos ordenamentos jurídicos monopolizados pelos Estados soberanos e até mesmo no Direito Internacional dos Direitos Humanos. (COLAÇO; DAMÁSIO, 2012, p. 187); (FOUCAULT, 2002)

Neste cenário os ordenamentos jurídicos internos, os ordenamentos regionais e até aquele pretensamente global se expõem ao risco de repercutirem como artifícios coloniais que impõem um certo padrão de estabilidade e de regularidade social, alcançando apenas subjetividades pretensamente tidas como aptas para a promoção da ordem e da razão de Estado moderno-coloniais.

Percebe-se em tal panorama que os direitos (subjetivos, fundamentais e humanos) tendem a ser extremamente fragilizados, determinados pelo Direito (ordenamento jurídico estatal). Por tal perspectiva o “direito oficial”, antes de garantir a complexificação e a performatividade do discurso dos direitos por meio da especificação/concretização dos sujeitos de direitos, garante a contenção e a neutralização das subjetividades individuais e coletivas com a reprodução de uma dinâmica jurídica identificada a uma tecnologia eficiente (FERRAZ JR., 2001).

A perspectiva decolonial subjacente ao projeto intercultural não descarta completamente as categorias e práticas discursivamente impostas como ocidentais. Contudo, tais saberes devem ser ressignificados a partir da referência a outros saberes historicamente subalternizados. Daí a emergência de “epistemologias de fronteira”. Assim “postulados disseminados a partir da lógica colonial podem assumir um sentido decolonial conforme o contexto em que estão inseridos” (MIGNOLO, 2013); (COLAÇO; DAMÁSIO, 2012, p. 191).

O pensamento decolonial possibilita uma profunda transformação do direito e do jurídico, posto que assume o direito como muito mais do que aquilo que está nas normas, sendo construído a partir das mais variadas e básicas formas de conhecimento: “perspectivas que surgem nas fronteiras, nas margens”, que retratam a emergência de saberes locais até então tidos como “lugares de não pensamento”, mas que atualmente se insurgem contra o histórico processo da colonialidade do saber-poder (COLAÇO; DAMÁSIO, 2012, P. 197-198).

Com a sobreposição de tecnologias disciplinares aplicadas aos corpos individuais e de tecnologias regulamentadoras da vida de populações, tem-se uma articulação que, para os propósitos deste trabalho, se materializa na gestão das cidades através de dispositivos de normalização. Segundo Foucault, o elemento que vai circular entre tecnologias disciplinares e tecnologias regulamentadoras, que possibilita um controle simultâneo da disciplina dos corpos e da regulamentação das populações, é a norma. (FOUCAULT, 1999).

A sociedade de normalização materializa o cruzamento e o acúmulo entre dispositivos de individualização e dispositivos de massificação, configurando um biopoder, uma governamentalidade biopolítica que incide sobre o corpo e sobre a vida. Mas Foucault acusa uma sutil inversão no âmago do biopoder normalizador: a biopolítica, inicialmente um poder de fazer viver – embora trate-se de processos de normalização da vida – tende a tornar-se um poder de fazer morrer. (FOUCAULT, 1999, p. 303-304).

A emergência do biopoder teria inserido o racismo nos mecanismos do Estado. Isso porque, no âmbito de uma sociedade de normalização, a norma não se identifica com as normas jurídicas. A normalização resulta do cruzamento entre dispositivos disciplinares e regulamentadores, dispositivos que atravessam e impactam determinado arranjo social através de relações microfísicas e assimétricas de poder.

Foucault aponta o vínculo que se estabeleceu entre a teoria biológica do século XIX e o discurso tradicional do poder soberano. O autor lembra que o discurso genérico do evolucionismo tornou-se, na Europa do século XIX, uma maneira de transcrever em termos biológicos o discurso político, uma maneira de ocultar um discurso político sob uma vestimenta científica e, principalmente, uma maneira de pensar as relações de colonização, a criminalidade, a loucura e até mesmo a história das sociedades com suas diferentes classes. (FOUCAULT, 1999, p. 306-307).

Trata-se da emergência e da afirmação de um paradigma evolucionista como parâmetro para as sociedades de normalização, em suas tecnologias de disciplinarização e de regulamentação: processos de individualização que veiculam o adestramento dos corpos e processos de massificação que induzem formas de vida para populações.

O discurso da análise científica da sociedade se situa no cruzamento da biopolítica e do racismo. Segundo Foucault, foi neste contexto que o racismo se inseriu como mecanismo fundamental das relações de poder exercidas nos e pelos Estados modernos. Com o racismo se tem uma fratura, um corte no tecido social entre o que deve viver e o que deve morrer: o racismo fragmenta, hierarquiza e discrimina populações que sofrem o impacto do biopoder. O racismo viabiliza um elo biológico entre a vida e a morte: a morte do outro, a morte da raça ruim, da raça inferior, é o que vai deixar a vida em geral mais sadia e mais pura (FOUCAULT, 1999, p. 304-305).

Oportuno se faz, neste momento, considerar que pela perspectiva decolonial o racismo é um elemento constitutivo do poder moderno-colonial, mostrando-se muito mais profundo e, até, enraizado na obsessão universalizante que conforma a razão moderna.

Foucault se indaga o que faz que a população seja percebida não a partir da noção jurídico-política de sujeito, mas como uma espécie de objeto técnico-político de uma gestão e de um governo. A resposta é que a população se caracterizaria pela manipulação do desejo e pela indução à produção de um interesse. A população emerge, no contexto da Europa em processo de industrialização, como um correlato de tecnologias de poder ou, mais especificamente, da governamentalidade biopolítica. (FOUCAULT, 2008)

Vem à tona o cenário do saber-poder moderno-colonial, o pano de fundo do fascismo materializado em dispositivos de subalternização da alteridade, embora muito anteriores aos totalitarismos do século XX. Foucault, Agamben e Mbembe sintetizam este panorama com os conceitos de sociedade de normalização, de biopolítica, de Estado de exceção e de necropolítica. E o Estado brasileiro contemporâneo atualiza esta síntese levando ao paroxismo a porosidade e a interconexão entre tais conceitos, posto que a seletividade das políticas da vida e da morte das populações atuam de forma a expandir o elemento da subalternização por meio de dispositivos de normalização que multiplicam as vidas nuas. (FOUCAULT, 2008); (AGAMBEN, 2004); (MBEMBE, 2018).

Subjetividades individuais e coletivas em situação de vulnerabilidade tendem a se fragilizar cada vez mais, transitando do status de minorias para o de mortos-vivos. Pelbart resgata o argumento de Mbembe, que converge com o conceito de sistema-mundo-moderno-colonial, ao demonstrar que a transnacionalização da condição negra, decorrente do então novo epicentro do sistema-mundo, ou seja, da posição nuclear e estratégica assumida pelo Atlântico Norte a partir de 1492, emerge como momento constitutivo da modernidade, caracterizada pela racialização que, no evoluir da modernidade, enfatiza elementos hora étnicos, hora biológicos: biopolítica, estado de exceção e necropolítica vão se perfilando na construção do conceito de raça, um dispositivo de normalização decorrente de uma estratégia de poder-saber que determina verdades e subjetividades. (PELBART, 2018); (MBEMBE, 2018).

Historicamente tem-se a construção social e cultural das identidades discrepantes do perfil hegemônico no norte global como raças degradadas por um déficit ontológico. Identidades artificialmente subalternizadas que se concretizam em populações e corpos de extração. Trata-se da sedimentação de uma engrenagem a partir das articulações entre capitalismo, colonialismo/colonialidade e racismo. (PELBART, 2018); (MBEMBE, 2018).

No seio dessa engrenagem as instituições políticas e jurídicas, historicamente apropriadas pelas elites coloniais subalternas e subalternizantes, negam, em termos práticos, a condição de cidadania e até mesmo a condição de humanidade das parcelas mais populares e vulneráveis da sociedade brasileira. Atualiza-se, assim, o passado colonial que permanece como horizonte de sentido para o aparato político e jurídico que, por sua vez, reproduz um Estado de exceção permanente.

A intransitividade da justiça de transição no Brasil

Atualmente a definição de justiça de transição se conforma a um conjunto de medidas judiciais, legislativas e administrativas que o Estado deve adotar para, além da indispensável responsabilização dos autores de graves violações aos direitos humanos, revelar a verdade, reparar as vítimas, recuperar e proteger a memória e implementar reformas institucionais, como modo de acelerar e facilitar a superação de um legado de graves violações aos direitos humanos durante regimes autoritários ou guerras civis e, simultaneamente, reforçar valores democráticos e promover a garantia de não recorrência. (WEICHERT, 2018).

A justiça de transição é tida como um conjunto de ações, dispositivos e estudos que surgem para enfrentar e superar momentos de conflitos internos, violação sistemática de direitos humanos e violência massiva contra grupos sociais ou indivíduos que ocorreram na história de um Estado. (WEICHERT, 2018).

De acordo com a Organização das Nações Unidas (ONU), justiça transicional é o conjunto completo de processos e mecanismos relacionados aos esforços de uma sociedade para superar um passado com diversos abusos contra os direitos humanos, com o objetivo de assegurar a responsabilização, a administração da justiça e a reconciliação. Essas medidas podem ser judiciais ou não judiciais, incluindo persecução criminal, reparações, busca da verdade, reformas institucionais, afastamento de funcionários ou a combinação delas.

Trata-se de um fenômeno jurídico e político que traz em si um alto potencial transformador, emancipador e, principalmente, conciliador de sociedades oprimidas e Estados opressores.

Contudo, as instituições políticas e jurídicas do Estado brasileiro, de forma hegemônica, reduziram o processo justransicional no Brasil à referência básica da Lei Nº 6.683/1979, conhecida como Lei da Anistia. A responsabilização civil e criminal do Estado brasileiro e de seus agentes se mostrou pífia, para não dizer nula, escancarando a histórica apropriação do Estado pelas tradicionais elites civis, judiciais e militares. Assim as instituições de poder político e jurídico não se democratizaram e, uma vez que tais instituições reproduziam e reproduzem tradições e narrativas coloniais, atuaram e continuam

atuando de forma a inviabilizar uma efetiva transição para um Estado Democrático de Direito, comprometido com os direitos e garantias fundamentais e humanos de todos, indistintamente.

Sob a forma de um Estado Democrático de Direito os fatos demonstram um Estado de exceção permanente, uma governamentalidade bio-necro-política em que as instituições de poder soberano definem as parcelas da sociedade que vão florescer e, também, aquelas que vão perecer. (SERRANO, 2020); (FOUCAULT, 2008); (MBEMBE, 2018).

A acentuação das vulnerabilidades, considerando-se a fragilidade dos grupos identitários minoritários no Brasil atual, a desarticulação e o desmonte de políticas sociais públicas de proteção aos direitos fundamentais e humanos, bem como o empenho do próprio Estado brasileiro, respaldado por significativa parcela da sociedade, em desconstituir direitos e garantias, como por exemplo o acesso a um meio ambiente equilibrado, a mobilidade e a segurança nas cidades e o quadro generalizado de violência de gênero, são indicativos de que as tradicionais elites brasileiras optaram pela reprodução da colonialidade do poder e, conseqüentemente, mantiveram um padrão de justiça e de ordem incompatíveis com a dinâmica hipercomplexa de um Estado Democrático de Direito.

Resta evidente que o sentido da justiça de transição no Brasil foi abortado e inviabilizado pelas tradicionais elites, que conduziram uma falsa transição democrática marcada pela Constituição brasileira de 1988. Tanto é que nos últimos anos o cenário político e jurídico brasileiro se caracteriza, basicamente, pela ampla desconstituição de direitos e garantias fundamentais e humanos, materializada no recrudescimento de posturas autoritárias e violentas típicas da governamentalidade bio-necro-política, ou seja, uma dinâmica de *lawfare*.

O protagonismo do Estado brasileiro no agenciamento do *lawfare*, considerando-se o marco distópico e sindêmico de morte física, social e existencial de subjetividades individuais e coletivas, mas também de culturas e de ecossistemas, evidencia um panorama de intransitividade, o que hoje é facilmente confirmado com a atuação dos poderes instituídos no cenário da Pandemia de COVID-19, mas também no âmbito da segurança pública, do meio ambiente, dos povos e comunidades tradicionais e de tantos outros que, no Brasil contemporâneo, degrada as parcelas mais vulneráveis da sociedade em mortos-vivos.

O alinhamento das instituições políticas e jurídicas brasileiras às diretrizes unilateralmente impostas do perdão e do esquecimento, como enfatiza a Lei Nº6.683/1979, tem neutralizado o impacto de um controle de constitucionalidade cruzado com um controle de convencionalidade das dinâmicas política e jurídica no Brasil.

O esvaziamento, a erosão, a desconstituição de direitos e garantias, fenômeno materializado na precarização da vida de expressiva parcela de brasileiros, indica a permanên-

cia de uma ruptura entre o Estado e a sociedade. Quer dizer que todo um legado de graves e sistemáticas lesões aos direitos – uma herança ou tradição colonial – permanece atualizado e ativado sob um Estado de exceção bio-necro-político.

Conclusão

O Estado brasileiro atual reproduz uma dinâmica bio-necro-política, um Estado de exceção que viabiliza ou inviabiliza o acesso a direitos e garantias a partir da utilidade econômica dos corpos e populações. Assim, pela subalternização, pelo silenciamento e pela total exclusão de parcelas vulneráveis assim degradadas em mortos-vivos, o Estado determina os corpos e histórias de vida que vão florescer, mas também aqueles que vão perecer.

O perfil elitista e corporativo das instituições políticas e jurídicas no Brasil indica que o entulho autoritário permanece dando a tônica, degradando o discurso do Estado Democrático de Direito em bio-necro-política.

A dinâmica de *lawfare* que repercute concretamente na sociedade brasileira, determinando a cidadania e a subcidadania – a vida e a morte – é uma consequência do predomínio da tradição colonial, o que confirma as extremas limitações de um processo justransicional no Brasil.

Atualmente no Brasil, os impactos da naturalização do *lawfare* se materializam em uma estratégia bio-necro-política. Tem-se o paradoxo de um projeto de vida boa para certa parcela da sociedade, mas também um projeto de morte – física, social e existencial – para outros contingentes, um quadro de morte generalizada de populações, culturas e ecossistemas.

Pelo fato de as instituições políticas e jurídicas não se mostrarem abertas e engajadas na transição democrática, tem-se testemunhado, no Brasil dos últimos anos e na nossa atualidade, um Estado de exceção que opera no nível da bio-necro-política, em que as instituições políticas e jurídicas protagonizam um sistemático processo de desconstituição de direitos e garantias, atualizando assim a mesma e velha história colonial, como bem demonstram o amplo genocídio da população preta, pobre e periférica através de “políticas sociais públicas” de segurança, de saúde, de trabalho e renda e de tantas outras que, objetivamente, precarizam, inferiorizam e até inviabilizam a vida das parcelas mais populares/vulneráveis da sociedade brasileira.

A acentuação das vulnerabilidades, considerando-se a fragilidade dos grupos identitários minoritários no Brasil atual, a desarticulação e o desmonte de políticas sociais públicas de proteção aos direitos fundamentais e humanos, bem como o empenho do próprio Estado brasileiro, respaldado por significativa parcela da sociedade, em des-

constituir direitos e garantias, como por exemplo o acesso a um meio ambiente equilibrado, a mobilidade e a segurança nas cidades e o quadro generalizado de violência de gênero, são indicativos de que as tradicionais elites brasileiras optaram pela reprodução da colonialidade do poder. Para tanto, apoiam-se na bio-necro-política para degradar o Estado Democrático de Direito em *lawfare*.

Referencias

- Agamben, Giorgio.** Estado de exceção. São Paulo: Boitempo, 2004.
- Agamben, Giorgio.** Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- Colaço, Thaís; Damásio, Eloise.** Novas perspectivas para a antropologia jurídica na América Latina: o direito e o pensamento decolonial. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.
- Dussel, Enrique.** A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005.
- Ferraz JR., Tercio Sampaio.** Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 3. ed. – São Paulo: Atlas, 2001.
- Foucault, Michel.** A verdade e as formas jurídicas. 3. ed. Rio de Janeiro: NAU, 2002.
- Foucault, Michel.** Em defesa da sociedade: curso no collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. – São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.
- Foucault, Michel.** Segurança, território, população: curso no Collège de France (1977-1978). Trad. Eduardo Brandão. – São Paulo: 2008.
- Foucault, Michel.** Nascimento da biopolítica: curso no Collège de France (1978-1979). Trad. Eduardo Brandão; rev. Claudia Berliner. – São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- Mignolo, Walter.** A colonialidade de cabo a rabo: o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da modernidade. In: LANDER, Edgardo (Org.). A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas. Tradução de Júlio César Casarin Barroso Silva. Buenos Aires: CLACSO, 2005.
- Pelbart, Peter Pál.** O devir-negro do mundo. In: Revista Cult. São Paulo, 2018.
- Quijano, Aníbal.** Cuestiones y horizontes. De la dependência histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder. Buenos Aires: CLACSO; Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2020.
- Ribeiro, Darcy.** O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das letras, 1995.
- Silva Filho, José Carlos Moreira.** Justiça de transição e usos políticos do poder judiciário no Brasil em 2016: um Golpe de Estado institucional? In: Revista Direito e Práxis. – Rio de Janeiro, V.9, N. 3, 2018.

Serrano, Pedro Estevam; MAGANE, Renata Rossi. A governabilidade de exceção permanente e a política neoliberal de gestão dos indesejáveis no Brasil. In: Revista de investigações constitucionais. V. 7, N. 2. Núcleo de investigações constitucionais da UFPR, 2020.

Serrano, Pedro Estevam. Estado de exceção e autoritarismo líquido na América Latina. In: Política. São Paulo, V. 8, N. 1, 2020.

Weichert, Marlon Alberto. Apontamentos sobre justiça de transição. In: Justiça de transição: direito à memória e à verdade: boas práticas. BRASIL: Ministério Público Federal, 2018.

Mesa 20

Convencionalidades y tipificaciones necesarias a nivel regional para impedir la guerra judicial en América Latina

María Virginia Cafferata

Paola Renata Gallo Peláez - Andrea Vlahusic

Aníbal Filippini

MARIA VIRGINIA CAFFERATA*

Constitución-Justicia-*Lawfare*

Una nueva construcción de sentido

***Lawfare* y Constitución: ¿una nueva construcción del sentido de justicia?**

La conformación de nuestro estado nacional a partir de la Constitución de 1853, postuló en el preámbulo, entre otras necesidades de esa época y replicando la constitución norteamericana, el “afianzar la justicia”. Ahora bien, afianzar la justicia para quienes lograron la hegemonía de ese momento histórico, léase la elite gobernante, no parecía contemplar justamente las necesidades de los sectores populares y desposeídos, sino más bien erguir una Justicia, que cual pilar, frene los potenciales desbordes y pasiones de las mayorías que pudiesen amenazar la propiedad y la libertad económica, de los bien pensantes. Esto es observable ya en palabras de la Corte de EEUU y concretamente en ocasión del fallo *Marbury v. Madison* (1803), reproducido en nuestras casas de estudio de derecho y en los primeros fallos de nuestra Corte, porque allí se auto-consagró como intérprete final y capaz de ejercer el control de constitucionalidad de todos los actos de quienes comparten las funciones del poder.

Así podemos referir que el uso del derecho como arma, no es novedad, ya Kafka (1914) nos ilustra de las perversidades de un proceso y la pesadilla que vivió Josef K, no parecen hoy diferir demasiado de las pesadillas a las contemporáneas víctimas de lo que actualmente se ha dado en categorizar como *lawfare*. Así denominamos al fenómeno

(*) María Virginia Cafferata, abogada miembro de la Asociación Americana de Juristas, rama Argentin. mvcafferata@gmail.com

que se ha agudizado en los últimos 20 años, y que básicamente traslada los conflictos de la escena política a la esfera judicial.

Si bien el Poder judicial, no se ha destacado por constituir un servicio de justicia a favor de las clases populares, venía manteniendo su posicionamiento ideológico bajo el cuidado de las formas, pero hoy se ha transformado sin pudor, en una herramienta de política cuasi partidaria, a favor de los intereses más reaccionarios. Cabe agregar que ello ha sido posible, por la creencia de imparcialidad y neutralidad que conforma el sentido común jurídico y que los medios de comunicación no han parado de reforzar. Por ello, por más injustas y extravagantes que se perciban las decisiones judiciales, no han perdido para el común de los habitantes, la idea de última ratio, y de guardián de la supremacía constitucional, –esperable de esta fase del poder– pero que devino en supremacía judicial.

Otro de los problemas, que operan a favor de esta transferencia al poder judicial, para sostener un orden económico-social injusto, es que la incorporación de los DDHH y nuevos derechos y garantías en la reforma de 1994 a nuestra carta fundamental, no modificó su matriz de 1853, ni cambio el sentido de la interpretación de las normas. Nos quedó su uso paradójal: por un lado, la posibilidad de más derechos, y por el otro la reproducción del sentido de justicia clasista, que sigue ligando lo popular o las mayorías a lo pasional, lo irracional.

Si le sumamos, la falta de sentido público, un estado demonizado, la deslegitimación de la política como constructo social, el avance del mercado, las prácticas monopólicas, frente a un individuo emprendedor de sí mismo, responsable de su propio fracaso ante una sociedad fragmentada, tenemos el terreno propicio, para que el derecho como práctica social que construye un sentido, sea el arma de la política y el poder judicial el artífice necesario, para una concentración sin precedentes.

En nuestro país, y en estas latitudes, abundan los ejemplos: acusación de corrupción, de delitos, demonización de todo lo que exceda lo individual, y de la más mínima regulación a una actividad económica sin límites. Imposibilidad de defensa, ante acusaciones que nacen en los medios, van a la justicia, y se retroalimentan de nuevo en los medios, haciendo pie en nuestro sentido común asentado sobre la propiedad inviolable, la libertad absoluta, y el individualismo sin responsabilidad social.

Ya no hay formas en el uso del *lawfare* = arma legal, porque la destrucción de la política como transformadora de realidades, queda gravemente herida de muerte, por más que la ley, el memorándum, la ex presidenta, llevados a un juez, sean finalmente declarados constitucionales, sobreseídos, absueltos. El daño ya dio sus frutos venenosos.

El discurso o intereses de las grandes mayorías, que cuando lograban representación en las clases dirigentes, todo lo que sus representantes hacían y que no condecía con los intereses de los grandes propietarios, si era una ley era declarada inconstitucional, si era un decreto lo mismo, y cuando no alcanza con deslegitimar las políticas, se avanza en lo personal. Este ataque personal, *lawfare*, sin ser novedad, se ha constituido como práctica sistemática, en países donde justamente lo popular ha tomado voz y voto. Es lo que venimos viendo a lo largo de nuestro continente. Para poner un ejemplo nuestro, el período de gobierno entre 2005-2015, tuvo la mayor cantidad de políticas públicas declaradas inconstitucionales, entre ellas la tan necesaria ley de medios, pero también en EEUU, el derecho como arma nos dejó atónitos ante ejecuciones sin juicio, invasiones sin reparos, ante una amenaza a supuestos valores, de dudosa razón y menor justificación.

La propuesta desde la mirada constitucional, es urgente contra la acumulación y a favor de la democracia, entendida como distribución del poder social, en todos los ámbitos sin excepción. Tenemos un poder judicial, que se gestó elitista por su desconfianza a la democracia, que no resiste ni al sistema republicano, debería como mínimo, compartir la periodicidad de sus funciones, estar más cerca del escrutinio público, compartir las cargas de los trabajadores. La nueva constitución debe enmarcarlo como Servicio de Administración de Justicia, no como un poder independiente, que conoce y decide. Además de cualquier connotación que excede este trabajo, una nueva constitución democrática, debe prescribir la función social de los derechos, como parámetro de su priorización, y recuperar la autoridad impositiva, para frenar una globalización sin reglas. Sin ello no hay realidad para los derechos que se inscriben en ella. De otro modo seguiremos como hace dos siglos, con todos los derechos que se van sumando, pero sin posibilidad de ejercerlos, como el campesino Ante la Ley, por culminar evocando al abogado Kafka.

Visibilizar esta guerra jurídica, hablar del *lawfare*, es desocultar lo que el relato constitucional del juez no expone, la desconfianza de este poder en lo popular y su incidencia en nuestras subjetividades y en la democracia. Es poner de manifiesto los intereses y disputas públicas de las sociedades. La reforma constitucional, debe plasmar dichos principios, para posibilitar revertir la matriz liberal individualista y de este modo sentaría otras bases para su interpretación, con sentido más emancipador. Construir un nuevo sentido jurídico, es fundamental, más allá de que los embates persistan. Es una manera de revertir las relaciones de fuerza que anidan en nuestra sociedad.

Cómo nos dice Cárcoba, la teoría crítica del derecho propone una perspectiva superadora al postular la idea de que el derecho cumple una función paradójica, a través de la cual cumple a la vez un rol formalizador y reproductor de las relaciones sociales establecidas

y al mismo tiempo un papel en la remoción y transformación progresiva de esas relaciones. Esta paradojalidad se entiende si se aprecian los aspectos que lo vinculan con la ideología y el poder.

PAOLA RENATA GALLO PELÁEZ* - ANDREA VLAHUSIC**

La violencia política de género y el *lawfare* en Nuestra América

Siempre se trató de nosotras

La caza de brujas fue una herramienta aterradora implementada para disciplinar a las mujeres desde antiguos tiempos. Cuando el capitalismo estaba surgiendo y con él, la privatización de las tierras comunes propias del feudalismo, las mujeres fueron las principales precursoras de resistencias a esa privatización. Perder las tierras comunes implicaba perder el sustento para la vida de la familia, de sus hijos e hijas. Esas mujeres fueron llamadas brujas, herejes, pecadoras. Se buscó impregnar de miedo ejemplificador a toda aquella que osara resistir las nuevas formas de organización, de apropiación de la tierra y otras desposesiones. Con la conquista de América y la necesidad de los conquistadores europeos de apropiarse de nuestras riquezas se implementó también esa cacería de brujas. Cuando se impuso la esclavitud de personas en África también se usó la cacería de brujas como instrumento contra cualquier rebeldía, como forma de transformar a las personas en mercancías, es decir, en cosas .

En estos procesos siempre se trasladó la culpa del disciplinamiento a las víctimas: por tu culpa te torturo, por tu culpa te incinero, por tu culpa de encierro. Ya sabemos lo que dice el hombre violento a su víctima: vos me haces ser así, vos me provocás esta violencia, vos me obligas a golpearte.

(*) Paola Renata Gallo Peláez. Abogada colombiana y argentina. Maestranda en Defensa de la Escuela de Defensa Nacional. Integrante de la Asociación Americana de Juristas y de la Asociación de Abogadas y Abogados de Buenos Aires. paola@gpvabogadas.com

(**) Andrea vlahusic. Abogada argentina. Profesora de Derecho Internacional Público de la Universidad de Buenos Aires. Integrante de la Asociación Americana de Juristas y de la Asociación de Abogadas y Abogados de Buenos Aires. andrea@gpvabogadas.com

Este mecanismo disciplinador también se ha aplicado en las relaciones internacionales de nuestra América. La osadía de resistir las formas de acumulación de la riqueza para pocos del capitalismo para Cuba y Venezuela implicó una cacería de brujas en su contra. Un bloqueo integral (no sólo económico y financiero, lo que ya sería mucho) es el mecanismo que pretende escarmentar a quienes osen rebelarse. Es una forma de disciplinamiento ejemplificador, pero por otro lado es también una forma de aniquilamiento.

Y para quienes en otros países de Nuestra América se oponen a las formas de acumulación de la riqueza para pocos o desarrollan luchas que pueden poner en peligro la hegemonía o al menos los intereses de Estados Unidos se dirigió una forma de la guerra conocida como *lawfare* que comparte características de la cacería de brujas. El patriarcado no se sostiene sin la cacería de brujas; de ella vive. El imperialismo tampoco.

Estas jornadas se proponen reflexionar sobre esta nueva forma de guerra dirigida contra Nuestra América. Es nuestro interés aportar un análisis y reflexión sobre la violencia política de género como parte del *lawfare*.

Los elementos característicos de la violencia política de género son diversos, pues está conformada por muchos tipos de violencia: sexual, racial, de clase. Pero tiene según nuestra hipótesis un objetivo: la aniquilación de la presencia en la vida pública de las mujeres y quienes se perciben como tales que son rebeldes, resistentes al sistema contra el que luchan. Es por ello que planteamos como objeto de este trabajo identificar la violencia política machista como elemento común del *lawfare* que sufren o han sufrido varios de los países de Nuestra América y en una próxima etapa de esta investigación entrevistar a varias mujeres que han sido víctimas de este mecanismo.

Consideramos que todo lo que ha pasado en Argentina y en la región nos pasa como nuestroamericanas pero también nos pasa y nos ha pasado como mujeres desde siempre, porque como lo dice tan claramente la destacada lideresa Manuela D'Ávila desde Brasil "Siempre se trato de nosotras".

En la Edad Media se nos construyó como enemigas de la religión y por eso sufrimos los rigores de la inquisición; se nos declaró la guerra y se justificó nuestra persecución y nuestra muerte en manos de la hoguera y la tortura. La cacería de brujas se implementó avanzada la Edad Media cuando las mujeres en tiempos de epidemias e inflación salíamos a luchar por el derecho al pan en la mesa de nuestros hijos. Éramos la fuerza que curaba y que daba aliento al espíritu en los tiempos de oscuridad más terrible que ha conocido la humanidad. Esa cacería de brujas llegó a América con la conquista y la sufrieron nuestras mujeres originarias que luchaban contra el conquistador español, portugués e inglés.

Esa cacería de brujas está hoy instalada en la guerra que sufre Nuestra América. Una guerra no convencional pero eficaz en sus objetivos.

¿Qué tiene que ver esta guerra con las luchas feministas en Nuestra América? Creemos que esta guerra es, entre otras cosas, el techo de cristal de la liberación de las mujeres y disidencias en nuestra región.

El *lawfare* como guerra judicial y mediática del imperialismo

Fue a partir del 2005 en la cumbre de Mar del Plata, del NO AL ALCA que nuestros pueblos construyeron sedimento histórico en la defensa de la soberanía, en una conciencia de emancipación para todes. Nunca en nuestra historia después de nuestras primeras independencias habíamos tenido ese nivel de intensidad en la construcción de unidad emancipadora. Por eso, a partir de ese 2005 EEUU entendió que estaba perdiendo hegemonía en su patio trasero y comenzó a actuar: desplegó la cuarta flota del Comando Sur en 2008 y para 2009 ya contábamos con 76 bases militares en toda la región. En Miami ya habían creado para ese momento el Centro de Cultura Estratégica para América Latina y el Caribe, a través del cual se dedicaron a publicar informes de cada país construyendo al enemigo, dirigiendo la propaganda contra nuestros líderes y lideresas. Se construyó al “Castrochavismo” como enemigo de los pueblos libres del mundo. También se estableció en El Salvador una ILEA (Academia Internacional para la Aplicación de la Ley) a fin de formar a lxs funcionarios y funcionarias judiciales que luego llevarían adelante el *lawfare*. “La idea de *lawfare* que se ha ido asentando es la de herramienta legal para la guerra, que la sustituye con métodos como el uso de la ley porque tiene menores costos que la guerra cinética y puede ser, incluso, más efectiva, integrándose como parte de la estrategia militar” (Tirado Sánchez, 2021: 50), es por ello que lo enmarcamos dentro de las estrategias militares de amplio espectro para garantizar la hegemonía imperialista en la región.

“El término *lawfare* está compuesto por una suerte de contracción de dos palabras en inglés: *law* y *warfare*: ley y guerra. Y tanto en su surgimiento como en su desarrollo la guerra es un aspecto no menor. No obstante, este detalle suele eludirse en los análisis, hasta el punto de difuminar la naturaleza eminentemente militar del *lawfare*.” (Tirado Sánchez, 2021: 40)

Es importante mencionar que es la actual conformación mayoritaria de nuestros poderes judiciales la que posibilitó la implementación del *lawfare*. “Uno de los motivos principales por los que se han podido dar los casos de *lawfare* contra distintos líderes de la izquierda latinoamericana es la injerencia de EEUU en los sistemas judiciales de los países de América Latina y el Caribe. A través de programas de cooperación de larga data, así como de intercambios formativos y cursos específicos para jueces y fiscales lati-

noamericanos, EEUU ha ido penetrando con sus principios, valores e intereses [en nuestros poderes judiciales]. Además, EEUU también ha firmado con varios países del área acuerdos llamados de cooperación eficaz, con los que ha introducido prácticas, como la delación premiada que han sido útiles para armar la estrategia de *lawfare* mediante la figura de los arrepentidos que se convierten en fuente de acusación” (Tirado Sánchez, 2021: 53). En Argentina, el gobierno de Macri utilizó esta herramienta del arrepentido para intentar darle sustento a las principales causas contra Cristina Fernández de Kirchner y otros dirigentes kirchneristas, siendo la “causa cuadernos” la más resonante por la desmedida presencia que tuvo en los medios hegemónicos, la flagrante falta de respeto a las normas del debido proceso y las terribles consecuencias que tuvo sobre la libertad de dirigentes políticos y empresarios que se negaron a involucrarse en estos mecanismos mafiosos y en los negociados que desarrolló el macrismo en el poder. No es nada aleatorio que el embajador estadounidense durante esos años haya sido un ex juez que según sus propias declaraciones vino a ayudarnos en el desarrollo de buenas prácticas y modernización de nuestro poder judicial. “No es casual que muchos de los jueces que tomaron la iniciativa en los casos mas resonantes de *lawfare* de la región hayan sido becarios de la USAID (Agencia de los EEUU para el Desarrollo Internacional), como el juez Moro o la fiscal general de Ecuador. En el caso del juez Moro, fue alumno del Proyecto Puentes que el Departamento de Justicia de EEUU desplegó en 2009 para capacitar en la lucha contra la corrupción, el lavado de dinero y el terrorismo. El juez Moro es un ejemplo paradigmático de un sistema judicial colonizado y que pretende un papel político desde el ámbito judicial. Es también ejemplo de lo que Carol Proner denomina el “activismo mediático del poder judicial” (Tirado Sánchez, 2021: 59)

“El *lawfare*, sin embargo, no es producto único y original de los intereses foráneos. Las derechas y las minorías privilegiadas de América Latina son el eslabón fundamental para que pueda operar con éxito.” (Romano, 2020: 205)

La cacería de brujas estaba diseñada y los métodos ya se venían articulando desde hace años. En Venezuela, donde no pudieron con guerra judicial ni golpes duros ni blandos ni invasión extranjera, le impusieron un brutal bloqueo como el que sufre Cuba hace 60 años, condenándolos a un sufrimiento inhumano. Los pueblos cubano y venezolano son arrojados a la hoguera todos los días y se los responsabiliza de todo lo que nos pasa.

El *lawfare* como violencia contra las mujeres que se atrevieron

“Como los delitos de odio, la violencia contra las mujeres en política es un ‘delito mensaje’, porque tiene como objetivo negar el acceso igualitario a los derechos, al tiempo que crea un efecto dominó que aumenta la sensación de vulnerabilidad entre otros miembros de ese grupo” (Buendía, 2020: 80)

En Argentina con el poder judicial artillado avanzaron con el *lawfare* contra varios militantes políticos, siendo muchas mujeres, comenzando por Cristina Fernández de Kirchner, la mayor exponente política, siguiendo con Milagro Sala y sus compañeras y compañeras de la Tupac Amaru, víctimas de todo tipo de violencias, habiendo sido su agrupación y ellas mismas demonizadas. Otro caso a destacar es el de la entonces Procuradora General Alejandra Gils Carbó, quien se había transformado en un importante escollo ocupando un cargo fundamental para la implementación del *lawfare*. Por lo tanto, apuntaron contra ella y sus hijas los ataques y amenazas de la “mesa judicial” en complicidad con los operadores mediáticos, hasta lograr su renuncia y dejar en el cargo un procurador interino (que paradójicamente aún continúa en el cargo) que permitiera todas las operaciones que luego se observaron.

En Brasil, la Presidenta Dilma Ruseff sufrió un golpe y el ex Presidente Lula fue secuestrado, porque ya sabemos que toda su guerra judicial fue eso, una guerra que de derecho y debido proceso no tenía nada. Todo eso para lograr que Bolsonaro llegara a la presidencia del país más importante de la región. Manuela D’Ávila -candidata a vicepresidenta de dicho país junto a Hadad una vez proscrito Lula- fue a partir de ese momento y lo sigue siendo víctima de una violencia política de género feroz contra ella y contra su pequeña hija de 6 años. También es más que pertinente recordar a Marielle Franco en este momento, y abrazar su memoria y su lucha. Marielle está sembrada en las luchas por la liberación de Nuestra América.

En Bolivia hubo un golpe con militares y policías que se encarnizaron contra la wiphala y las polleras. Las torturaron, las metieron presas, las obligaron al exilio. Recibieron todo tipo de violencias y todo esto es político. Porque todo lo que se trata de nosotras es político.

Recordemos el tweet de Elon Reeve Musk director general de Tesla Motors, diciendo que darían todos los golpes necesarios. Fue un golpe al indígena, a la wiphala, a la pollera para quedarse con el litio.

En Ecuador hoy nuestras lideresas están en el exilio o son presas políticas y están con pulseras de seguridad en sus tobillos en una enorme soledad. La magnitud del *lawfare* implementado en este país nos debe ocupar especial atención, ya que “la guerra contra el correísmo justificada con el relato de batalla anticorrupción, tiene varias características propias que lo transforman en un “*lawfare* recargado”: persecución política por la vía judicial, por la vía administrativa, quiebra económica del implicado y familiares, proscrición o inhabilitación del partido político e incluso reforma de la constitución para facilitar la persecución política del correísmo. El objetivo de eliminar al adversario político es de tal grado, que obligó a pedir asilo a México a varios de los y las funcionarias que son considerados aliados de Correa” (Romano, 2020: 219), una triste remembranza de los tantos militantes e intelectuales a quienes tan generosamente México les

dio refugio para ponerlos a salvo de las sangrientas dictaduras de los años setenta del siglo pasado.

“En el caso particular de Ecuador la violencia política contra las mujeres fue parte de la persecución para eliminar una propuesta política, los rostros más visibles de la revolución ciudadana fueron el objetivo. Todas las mujeres con representación dentro del grupo político de la Revolución Ciudadana fueron atacadas, se incluyen legisladoras, parlamentarias y autoridades locales” (Buendía, 2020:79)

“No es casual que los ataques sistemáticos y el acoso judicial se centraran en las figuras femeninas del llamado “correísmo”. Su posición política y su defensa del proceso fueron banalizados al denominarlas “las viudas de Correa”, se usaron contra ellas descalificaciones y estereotipos de género en diversos medios de comunicación. Gabriela Rivadeneira, Marcela Aguiñaga, Doris Soliz, Soledad Buendía, Paola Pabón, Sofía Espín, Marcela Holguín, Pamela Aguirre, Liliana Duran, todas fueron atacadas en medios de comunicación por su condición de mujeres políticas de izquierda, y hostigadas judicialmente con denuncias penales, que nunca pudieron ser sustentadas. Se utilizaron a las instituciones como la contraloría y la fiscalía para ejercer contra ellas presión permanente y acoso judicial. Titulares de prensa semanales las sentenciaron por el hecho de ser mujeres, por atreverse a pensar y contradecir al poder desde sus curules en la Asamblea Nacional o desde sus espacios de acción política.” (Buendía, 2020: 80)

“El sistema patriarcal de dominación sigue vigente e influye en la particular aplicación del *Lawfare* contra las mujeres. Se violenta la libertad política de mujeres que se atrevieron a ejercer un cargo público. Contra las mujeres de la Revolución Ciudadana, la persecución ha sido permanente, utilizando estereotipos de género se han violentado sus espacios de gestión, se las ha descalificado, invisibilizando sus ideas, aportes y liderazgo, ataques sexistas y misóginos menoscabaron su imagen, se han ensañado con sus familias, han sido humilladas por el hecho de ser mujeres militantes de un proyecto político. La judicialización de la política o guerra judicial es evidente en las denuncias presentadas. El uso indebido de instrumentos jurídicos forzando figuras penales para fines de persecución política, la destrucción de imagen pública e inhabilitación de las mujeres políticas combinó acciones de hostigamiento y acoso con amplia cobertura de prensa y redes sociales. La imagen de las mujeres políticas fue estigmatizada y denigrada, aseverando que no tendrían las condiciones ni morales, ni éticas para hacer su trabajo, difundiendo un mensaje soterrado que las mujeres no pueden y no deben participar en espacios de hombres. Cabe mencionar que el menoscabo de la imagen pública de una mujer es la forma más recurrente de violencia política y es el elemento central” (Buendía, 2020: 82) en los casos que se repiten en nuestra región con mayor o menor intensidad, pero con ese elemento distintivo en común.

Las mujeres somos sujetas históricas que sabemos de persecución, de todo tipo de violencias que conforman la llamada violencia política de género: es psicológica, económica, sexual, es física, es simbólica, que a su vez es racial, sexista, una violencia política contra la mujer que es violencia política de género. Nos inundan de falsas noticias, nos amenazan públicamente con violarnos, amenazan a nuestros hijos, nos descalifican como lideresas, minan nuestra confianza y llenan de odio todos los escenarios en los que participamos. Recordemos a nuestras lideresas asesinadas: Marielle Franco, Berta Cáceres, Carmen Ofelia Cumbalaza, y aquellas que han sido presas y/o perseguidas: Milagro Sala, Cristina, Dilma, Manuela D'Ávila, Piedad Córdoba, Francia Marquez y todas aquellas mujeres que nacen a la vida pública en las calles rebeldes y que son perseguidas, ultrajadas, demonizadas.

¿Cuánto nos ha costado a las mujeres esta guerra no convencional que tiene forma de bloqueo económico, de golpe de estado, de *lawfare*, de guerra digital? Nos costó vidas, nos costó ultrajes, violencias de todo tipo, pero también nos costó pobreza, aquella que trae el endeudamiento, un "endeudicidio" que nos deja sin recursos para la justa economía de los cuidados en nuestros países que tanto anhelamos. Esta guerra es la causante principal de la crisis migratoria que vemos agravarse día a día en las fronteras de nuestros países. Miles de mujeres de Nuestra América que al migrar indocumentadas o en la mas extrema pobreza, son atrapadas en las redes de la trata de personas, de la esclavización. La espada y la deuda siguen siendo nuestros techos de cristal.

Construyendo una salida: el feminismo emancipador

Hay una agenda de lucha feminista nuestroamericana urgente, la lucha por la paz. Pensamos el feminismo nuestroamericano como colombianas y como argentinas. Dos países con realidades y agendas feministas muy distintas en una primera aproximación. En Colombia de los 8 millones de desplazados por el conflicto interno, 4 millones son mujeres y niñas. Las lideresas afrodescendientes son asesinadas y quienes luchan sufren amenazas a sus vidas y la de sus hijxs todo el tiempo. Las mujeres lideresas indígenas sufren esa misma violencia. Las mujeres campesinas son las madres de Soacha, de los falsos positivos: 6402 personas asesinadas a manos del ejército, civiles hechos pasar por combatientes abatidos. La guerra en Colombia es muy explícita. En Argentina esa guerra no es explícita, pero logró endeudarnos y poner en serio riesgo de existencia el proyecto feminista de un estado social de derecho. De un estado feminista y social de derecho, inspirado por la ética del cuidado de las personas pero sobretudoo de la tierra. El *lawfare* tiene un costo altísimo para nuestros feminismos, quizás no tengamos dimensión aún de su capacidad de destrucción.

Una de las imágenes más conmovedoras fue la de las mujeres madres colombianas en la primera línea luchando con amor de madres, protegiendo a sus hijos, con ollas populares y escudos de lata. Con dolor, con fuerza arrolladora, con amor de madre, que sabemos es inconmensurable.

Esa es nuestra suerte como pueblo, luchar como mujeres que queremos cambiar el mundo y estamos convencidas de que pueden lograrlo, luchar como madres, luchar como hermanas.

Para eso nos es urgente la "juntanza", una palabra de las mujeres indígenas colombianas. Es encuentro para la comunión de amor con potencia y vocación transformadora.

Cuando pensamos en definiciones como una manera útil de reducir las ambigüedades de los conceptos como los que entraña el feminismo, pensamos en el tipo de libertad que entrañan o inspiran. El feminismo que nos esperanza, que nos inspira en la militancia es el que lucha por una libertad de toda la humanidad. Una libertad que no es bandera de ninguna opresión. No queremos la libertad de quien se apropia de la riqueza colectiva, de quien despoja de la naturaleza a su pueblo; no queremos la libertad del patriarca para hacer uso y desuso de su poder. No queremos la libertad sobre la que se han construido los privilegios del sistema. Queremos libertad para todes, derechos para todes, aun para aquellas formas de ser humano que no conocemos, pues si tenemos la sabiduría de sobrevivir como especie, seguiremos transformándonos. Luchamos por un feminismo para el 99% de la población, luchamos por que volvamos a repartir los bienes y riquezas, porque quien repartió fue una ínfima minoría que cada vez que se perfecciona el capitalismo se convierte en una minoría más pequeña. El 99% merece volver a repartir lo que el 1% se apropió. Porque el capitalismo es apropiación y esa libertad de los apropiadores no nos representa, no debería representar al 99% porque nos está llevando al fin de la especie humana. A un sufrimiento cada vez más extendido en toda la población.

Ese feminismo emancipador está en construcción. Tiene de feminismo popular las uñas, las manos campesinas. Hay que ir a su abrazo para encontrarlo. Está en la mesa vacía sobre un piso de tierra, debemos ir a sentarnos en ella para encontrarlo. Está en las salas de un hospital con personal de la salud mal remunerado y exhausto. Está en la empresa de miles de operarios que no llegan a fin de mes, está en la escuela pública de la ciudad más rica de Argentina, que es sostenida por su personal docente en absoluta soledad. Está en la cocina de una madre alienada de tareas, con dos jornadas de tra-

bajo, uno mal pago y el otro invisibilizado. Está en la migrante llena de esperanza pero en la soledad más absoluta. Está en Malvinas y el derecho soberano de nuestro pueblo expoliado por el colonialismo que persiste. Está en el desarrollo de la industria nacional, en el cooperativismo, en la defensa de los recursos de los ríos y del Atlántico Sur. Está en el Acuífero Guaraní. Está en Jujuy. Está en la Plaza de Mayo, en nuestras Madres de la plaza. En ellas está la semilla de todo lo que brota en beneficio del pueblo. Está en los días más felices que he tenido este pueblo argentino. En las jubilaciones de amas de casa, en las tareas de cuidado reconocido como años de servicios para la jubilación de las madres. En el derecho al aborto legal, seguro y gratuito. Ahí está el feminismo popular argentino. Es su producto histórico, no puede ni debe trasladarse caprichosa y soberbiamente a otras latitudes. Porque está construido a imagen y semejanza de cada pueblo, por eso es popular, de su pueblo.

Referencias

- Bodelón, Encarna** 2014. Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales. (Buenos Aires: Didot)
- Buendía, Soledad** 2020. *Lawfare* y violencia política contra las mujeres. Nullius, 1(1), 74-84. Recuperado de: <https://revistas.utm.edu.ec/index.php/Nulluis/article/view/1684>
- D'Ávila, Manuela** 2020. ¿Por qué luchamos? Un libro sobre amor y libertad. (Buenos Aires: CLACSO)
- Dujovne Ortiz, Alicia** 2017. Milagro (Buenos Aires: Marea)
- Federici, Silvia; Gago, Verónica y Cavallero, Luci** (editoras) 2021 ¿Quién le debe a quién? Ensayos transnacionales de desobediencia financiera. (Buenos Aires: Tinta Limón)
- Federici, Silvia** 2018. Revolución en punto cero. Trabajo doméstico, reproducción y luchas feministas. (Buenos Aires: Tinta Limón)
- Federici, Silvia** 2015. Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria. (Buenos Aires: Tinta Limón)
- Romano, Silvina M.** 2020 "El *lawfare* en las relaciones de EEUU con América Latina" en Romano, Silvina M. (comp.) Trumperialismo. La guerra permanente contra América Latina (Buenos Aires: Mármol Izquierdo Editores)
- Segato, Rita** 2018. La guerra contra las mujeres (Buenos Aires: Prometeo Libros)
- Solnit, Rebecca** 2019. Los hombres me explican cosas (Buenos Aires: Fiordo)

Tirado Sánchez, Arantxa 2021. *El Lawfare. Golpes de Estado en nombre de la ley*. (Buenos Aires: Ediciones Akal)

Zaffaroni, Raúl; Caamaño, Cristina; Vegh Weis, Valeria 2020 *¡Bienvenidos al lawfare!: manual de pasos básicos para demoler el derecho penal* (Buenos Aires: Capital Intelectual)

ANÍBAL FILIPPINI

Los medios como confabulación

Hace muchos años (1995) publiqué una monografía, en la cual entre otros aspectos:

- Señalé que los juicios por la prensa no eran neutros a los procesos judiciales: las noticias sensacionalistas, los prejuizgamientos anticipados, y las condenas periodísticas previas a la sentencia suelen provocar efectos muy perniciosos para el imputado en cuanto pueden influir negativamente, tanto en el propio juzgador cuanto en la opinión pública (Baricco, 2006:186), en desmedro de la garantía constitucional que consagra el principio de inocencia.
- Mencioné que la limpieza del proceso (*fair trial*) podía “resultar perjudicada si los medios de comunicación, directamente con sus informes o indirectamente predisponiendo a la opinión pública” interferían “en el desarrollo del juicio” (Muñoz Machado, 1998: 122).

Luego (2017) en “Jueces y Medios” me ocupé de la injerencia de la prensa en los procesos judiciales, y denuncié hasta qué punto los medios habían dejado de ser testigos para pasar a ser protagonistas de la maquinaria judicial, pero me referí solamente a la presión sobre los jueces y a la manipulación de la opinión pública. Señalé la gravedad de todo ello, particularmente en el caso de la flagrante violación periodística al principio de inocencia que, como se sabe, tiene dimensión constitucional.

Pues bien, de lo que no me ocupé allí fue de la confabulación. Me refiero al verbo *confabular* en su tercera acepción en el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española: “Dicho de dos o más personas: ponerse de acuerdo para emprender algún plan, generalmente ilícito”.

Si bien planteé la sincronización de la agenda judicial con la agenda del poder, escapó a mi mirada la actuación de periodistas en forma articulada con agentes de inteligencia, fiscales y jueces en la consecución de la detención y la condena de personas determinadas, básicamente de los líderes populares.

¿Eso es periodismo?

Cuando el cronista ingresa en la sala de máquinas de la Justicia, no para fisgonear, sino para coordinar sus notas con la actuación de jueces y fiscales, con débito a la verdad y con un propósito político –o, cuanto menos, extra periodístico– ¿estamos frente a la prensa? ¿es ésta una actividad que merezca la tutela de la libertad de expresión? Decididamente no.

Las causas “D’Alessio” o “Cuadernos”, aún en trámite, permitieron vislumbrar una dinámica que se pudo apreciar también en las revelaciones sobre el caso “Lava jato” en Brasil⁽¹⁾, y con mucha claridad en el caso “Las cloacas del Estado”⁽²⁾ o en la reciente “Operación Kitchen”⁽³⁾, ambas en España, entre muchos otros (Serrano, 2012: 33, 36, 37, 44, 47, 51, 58 y 73)⁽⁴⁾.

(1) El documental de Petra Costa “Al filo de la democracia” (Netflix) es particularmente revelador. Las investigaciones de The Intercept (Brasil) son contundentes: <https://theintercept.com/2019/09/10/moro-devassa-filha-investigado/>; <https://theintercept.com/2019/06/09/editorial-chats-telegram-lava-jato-moro/>; <https://mondiplo.com/los-arcanos-de-un-golpe-de-estado-judicial-en>

(2) <https://www.youtube.com/watch?v=XFafqCTLgZU>; ver también: <https://www.youtube.com/watch?v=nK5b1W9OPok>

En el caso “Las Cloacas del Estado” se describe la mecánica (utilizada en ese caso contra Pablo Iglesias, líder de Podemos): el Ministerio del Interior ordena investigarlo, la fuerza policial inicia el espionaje y la falsificación de pruebas. Las pruebas falsas son “filtradas” a medios quienes las reproducen para intoxicar a la ciudadanía. La campaña incluye un informe supuestamente oficial (informe “PISA” -Pablo Iglesias Sociedad Anónima-), que acusaba a Podemos de financiamiento ilegal (de Irán y Venezuela) y la difusión pública del supuesto informe (que no tenía sello de ninguna dependencia oficial ni firma de responsable). Esa repercusión mediática da sentido a la operación de inteligencia: una ONG querrela a Pablo Iglesias a partir de aquella información apócrifa; la mentira ha sido contrabandeada del plano de la ficción al plano de la realidad. A pesar de ello, la Justicia desestima de la denuncia, pero el tándem político-mediático-judicial ya tiene preparada una nueva calumnia: el caso “Granadinas”, según el cual Iglesias habría recibido dineros venezolanos a través de un paraíso fiscal. El Banco lo niega. Toda la operación está sincronizada con los procesos electorales.

(3) <https://www.rtve.es/noticias/20200929/claves-del-caso-kitchen-se-sabe-quien-quien-cual-papel-del-gobierno-rajoy/2041675.shtml>

(4) Evo Morales enfrentó -en medio de una instancia de referéndum- una denuncia mediática sobre un supuesto hijo suyo. El polémico periodista (Carlos Valverde), habría sido Jefe de Inteligencia del gobierno de Jaime Paz Zamora en Bolivia (1989-1993). La denuncia -otra vez- derivó en una causa judicial contra el Presidente Morales -por supuesto tráfico de influencias-. Luego de los comicios el propio Valverde reveló su “error” y aseguró que el niño imputado al Presidente no existía, ver: <https://www.politicargentina.com/notas/201605/14274-el-periodista-que-invento-el-falso-hijo-de-evo-morales-esta-en-argentina.html>

Tanto Cristina Fernández de Kirchner como Rafael Correa tienen causas judiciales por supuesta corrupción de sus gobiernos basadas en cuadernos o fotocopias de cuadernos, con sospechosas anotaciones sobre las que se construyen procesos en su contra. Nada de ello hubiera tenido sentido si no fuera por la masiva difusión de dichas maniobras; v. <https://www.agenciapacorondo.com.ar/patria-grande/el-mismo-guion-en-ecuador-tambien-aparecieron-cuadernos-de-la-corrupcion>

Para un repaso del *lawfare* en la región ver:

Romano, Silvina y Tirado, Arantxa, en <http://motoreconomico.com.ar/opinion/lawfare-y-guerra-hbrida-la-disputa-geopolitica-en-amrica-latina>

Laborde, Oscar, en <https://www.pagina12.com.ar/86842-la-guerra-juridica-o-lawfare>

Vemos una narrativa que enhebra con cuidado columnas de opinión, actuaciones judiciales y espionaje. Eso no es periodismo.

El Dr. Eduardo De Lázari, Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Pcia. de Buenos Aires declaró (2019): “Estoy hablando de causas armadas artificialmente, estoy hablando de abusos de testigos de identidad reservada, de arrepentidos, de factores de presión que inducen, fomentados y fogoneados por ciertos medios de prensa, a dictar condenas mediáticas y que llevan a un panorama sinceramente deplorable, en donde influyentes de todo tipo, espías, traficantes de escuchas telefónicas, con ciertas complicidades de algunos magistrados y miembros del Ministerio Público, terminan por generar un panorama que es absolutamente preocupante”⁽⁵⁾.

El Dr. Alejo Ramos Padilla determinó la existencia de un “mecanismo” que produce “una legitimación autorreferencial, al hacer que la causa judicial legitime la nota de prensa mientras la nota de prensa legitima, al mismo tiempo, la causa judicial, y produce, paradójicamente, el propio desgaste de las estructuras democráticas que dichas instituciones protegen”⁽⁶⁾. El propio periodista involucrado en la investigación –como señala el referido magistrado– ha explicado alguno de estos métodos de judicialización de investigaciones en sus propias publicaciones. Así, por ejemplo, ha dicho que “[...] un pedido habitual de las empresas periodísticas es que antes de publicar una investigación se cuente con un respaldo judicial. Para lograrlo se puede recurrir a un abogado o a un legislador que conozcamos: le facilitamos parte de la información y le pedimos extraoficialmente que haga una denuncia, de modo tal que la justicia empiece a investigar [...] También podemos mandar los documentos por correo y en forma anónima a un fiscal, para que abra una causa” (Santoro, 2004:36).

Cuando pienso en la actividad del periodista devenido eslabón de una cadena de complicidades con fiscales y jueces y agentes de inteligencia en el “armado” de causas⁽⁷⁾, en la persecución selectiva de quienes inquietan o molestan al poder económico, me siento obligado a decir que no hay –ni puede haber– amparo judicial de ninguna especie para aquella actividad. No se trata del ejercicio de la libertad de expresión.

(5) <https://www.perfil.com/noticias/politica/eduardo-de-lazzari-titular-corte-bonaerense-dijo-hay-causas-armadas-abusos-fuero-federal.phtml>

(6) <https://www.tiempoar.com.ar/nota/caso-dalessio-el-juez-confirmando-que-bonadio-carrizo-oliveto-y-zubic-están-imputados>

(7) El “armado de causas” no es una novedad (la gente más vulnerable conoce muy bien lo que es el *armado de causas*, conf. CELS, *Hostigados violencia y arbitrariedad policial en los barrios populares* y <http://cels.org.ar/hostigados.pdf>); en todo caso, lo que irrumpe hoy es el armado de causas a los líderes populares y, acaso, la novedad consiste en (i) intervención promiscua de servicios de inteligencia que a su vez traen consigo viejos vicios y nuevos y sofisticados dispositivos de adulteración y manipulación y (ii) el despliegue de los medios como parte de esas operaciones y completamente por fuera del noble territorio del periodismo.

Ésta, diversamente, podrá estar presente en la prédica encendida, en la opinión o palabra filosa, incluso disfrazada de noticia; lo otro, en cambio, es el artificio, es la “creación” de imputaciones, la estigmatización directa u oblicua de personas, todo sobre la base de mentiras o invenciones o medias verdades. No hay peor ofensa para el periodismo que esta perversión. No hay peor riesgo para la democracia que la deriva de estas prácticas.

La Ley de Inteligencia Nacional (25.520) establece en su artículo 4º (que integra el título II, Protección de los Derechos y Garantía de los habitantes de la Nación), que ningún organismo de inteligencia podrá “influir de cualquier modo en la situación institucional, política, militar, policial, social y económica del país [...] en la vida interna de los partidos políticos legalmente constituidos, en la opinión pública, en personas, en medios de difusión o en asociaciones o agrupaciones legales de cualquier tipo”. De modo que la actividad “periodística” ensamblada o coordinada con tareas de inteligencia es, nítidamente, una actividad ilegal. Y también lo es en la medida en que dichas maniobras involucran personal estatal inteligencia y, se sabe, no es lícito que el Poder Ejecutivo, mediante cualquiera de sus agencias, se inmiscuya en el quehacer judicial: “En ningún caso el Presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas” (art. 109, Constitución Nacional).

La búsqueda de fuentes en medio de la opacidad no es censurable, claro. Pero no se trata de eso. En cambio, consiste en la participación activa en una causa judicial, ya mediante la fabricación de pseudo evidencias⁽⁸⁾, ya como amplificador de una trama subterránea y persecutoria. Los medios brindan a la guerra judicial una fachada de supuesta “independencia”, cuando en rigor ellos son parte de la ofensiva, y una pátina de “legalidad” basada en la “libertad de expresión”, cuando en rigor se trata de una actividad ilícita en sentido estricto o, como mínimo, de un abuso de derecho. Precisamente, el Código Civil y Comercial de la Nación, en su art. 53, inc. c) alude al ejercicio regular del derecho de informar (art. 53, inc. c), lo cual asume que pudiera haber un ejercicio antifuncional (abusivo) de aquel derecho. La C.I.D.H. también admite la categoría del “ejercicio abusivo de la libertad de expresión”, a la hora de proteger la honra y la reputación de los individuos (*Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 27 de enero de 2009, Serie C, N° 193).

(8) <https://www.elcohetelaluna.com/todo-servicio/>

Es frecuente leer titulares tales como “procesarán”⁽⁹⁾, “procesarían”⁽¹⁰⁾, “acelerarán” el juicio⁽¹¹⁾, “imputarían”⁽¹²⁾, quedará “cerca del procesamiento”⁽¹³⁾, “irá preso”⁽¹⁴⁾, dictarían la prisión preventiva⁽¹⁵⁾, un testimonio “clave” compromete a fulano⁽¹⁶⁾, o lo “complica”⁽¹⁷⁾, “confirmarán el procesamiento”⁽¹⁸⁾, o “sería sobreseído”⁽¹⁹⁾, o sería absuelto⁽²⁰⁾. Como ha sido sostenido: “La construcción de la sospecha y la culpabilidad se refuerza con la publicación de los nombres y las imágenes de personas que la policía relaciona con los hechos, lo cual afecta a su derecho a la intimidad y devalúa sus garantías procesales [...] Se dice a la sociedad que ya fueron detenidos los culpables cuando jurídicamente queda por demostrar su relación con los hechos” (Barata, 2009).

Si las campañas de la prensa que se ha confesado deliberadamente parcial⁽²¹⁾ –tienen aptitud para definir y legitimar persecuciones selectivas por parte de la Justicia, y si a su vez la dirigencia política es artificialmente empujada a los estrados judiciales, permitir la interferencia mediática en los procesos equivale a entregar los destinos de un país a la maquinaria mediática dominante⁽²²⁾. Que los medios se hayan “adueñado” de la historia

(9) <http://www.politicargentina.com/notas/201603/12193-para-morales-sola-bonadio-procesara-por-corrupcion-a-cristina-en-un-mes.html>; http://www.diariojornada.com.ar/147834/policiales/Procesaran_a_trabajadores_por_cortar_una_ruta

(10) http://www.clarin.com/politica/Multas-consultoras-procesarian-Moreno_0_S1jNVN8jwme.html; <http://www.lanacion.com.ar/708093-procesarian-a-callejeros-por-homicidio-culposo>; <http://www.la-gaceta.com.ar/nota/496841/politica/once-procesarian-todos-imputados.html>

(11) <http://www.ultimahora.com/el-gobierno-temer-quiere-acelerar-el-juicio-contra-dilma-n996695.html>; <http://www.ambito.com/532893-escuchas-macri-busca-acelerar-el-juicio-oral-y-nego-tomar-una-licencia>; http://www.clarin.com/politica/gobierno-quiere-velocidad-milagro-sala_0_r1pLNhe4e.html

(12) <http://www.lanacion.com.ar/1977464-imputarian-a-cristina-por-las-denuncias-contra-stiuso>; <http://www.infoallen.com.ar/2016/09/neuquen-imputaran-los-gremialistas-de.html>

(13) http://www.perfil.com/politica/un-avion-compromete-a-baez-en-la-causa-de-lavado-0411-0018.phtml?utm_source=redir_url_legacy

(14) <http://www.lanacion.com.ar/1894956-cristina-va-a-terminar-presa-por-corrupcion-anticipo-luis-barrionuevo>

(15) <http://www.losandes.com.ar/noticia/politica-10495>

(16) <http://www.mdzol.com/nota/700933-un-testigo-clave-compromete-a-cfk-por-la-obra-publica/>; <http://www.lanacion.com.ar/1965542-la-violencia-de-milagro-sala-los-duros-testimonios-de-las-victimas>

(17) http://www.clarin.com/politica/Complican-Menem-juicio-trafico-armas_0_Byo8b30pDXx.html

(18) <http://www.lanacion.com.ar/1738220-decide-la-justicia-el-futuro-de-boudou>

(19) <http://www.elancasti.com.ar/nacionales/2015/12/3/mauricio-macri-seria-sobreseido-causa-escuchas-281275.html>

(20) http://www.prensa.com/mundo/Rua-absuelto-juicio-supuesto-sobornos_0_3827617226.html

(21) <http://www.perfil.com/politica/la-autocritica-de-blancck-sobre-clarin-en-la-era-k-hicimos-periodismo-de-guerra-0051.phtml>; <https://latinta.com.ar/2017/10/tapas-clarin-fueron-favor-gobierno-latinta/>

(22) No lo desmiente, sino más bien lo confirma, el papel de la Red Globo en la destitución de la Presidente de Brasil Dilma Rousseff, v. <https://www.ptnacamara.org.br/index.php/outras-noticias/item/29449-para-zaffaroni-decisao-que-arquivou-acusacao-contra-moro-e-um-escandalo-juridico>

ya de por sí es grave, pero que se adueñen del futuro es algo inadmisibles (De Fontcuberta Balaguer, 1993:18).

Esto último adquiere particular relevancia ante la escalada del *lawfare*, definible como el uso indebido de instrumentos jurídicos para la persecución política, la destrucción de imagen pública e inhabilitación de un adversario político, todo lo cual –aunque la prensa y el poder judicial lo nieguen– es motivo de honda preocupación en la región⁽²³⁾.

El Papa Francisco habló de las operaciones judiciales y mediáticas que ponen en riesgo las democracias⁽²⁴⁾ y rechazó el uso de la justicia para minar “procesos políticos emergentes” y cerró la Cumbre Panamericana de jueces en el Vaticano señalando: “Aprovecho para manifestarles mi preocupación por una nueva forma de intervención exógena en los escenarios políticos, a través del uso indebido de procedimientos legales”. El *lawfare* –prosiguió– es usado para violar los derechos humanos y sociales: “El *lawfare*, además de poner en serio riesgo la democracia de los países, generalmente es utilizado para minar los procesos políticos emergentes y propender a la violación sistemática de los Derechos sociales”. Llamó a terminar con “injusticias, abusos y violencia” en el mundo y advirtió a los jueces: “en no pocos casos, la defensa o priorización de los Derechos sociales sobre otros tipos de intereses, los llevará a ustedes a enfrentarse no sólo con un sistema injusto sino también con un poderoso sistema comunicacional del poder, que distorsionará frecuentemente el alcance de sus decisiones, pondrá en duda su honestidad y también su probidad, incluso pueden hacerle juicio”. Francisco incluso fue más allá: “Para garantizar la calidad institucional de los Estados es fundamental detectar y neutralizar este tipo de prácticas que resultan de la impropia actividad judicial en combinación con operaciones multimediáticas paralelas [...] el juicio previo mediático lo conocemos todos”. Y culminó: “es una batalla asimétrica y erosiva en la que para vencer hay que mantener no sólo la fortaleza sino también la creatividad y una adecuada elasticidad. ¡Cuántas veces los jueces y juezas se enfrentan en soledad a las murallas de la difamación y del oprobio, cuando no de la calumnia!”.

Es que es ilegal destruir pruebas (art. 277, Cód. Penal), aunque sea bajo el pretexto de preservar el secreto de la fuente. Es ilegal “construir” supuestas evidencias (art. 276bis, Cód. Penal, Ley 27304). Es ilegal manipular o presionar o extorsionar (arts. 168 y 169, Cód. Penal) a un supuesto “arrepentido”, para obtener una declaración direccionada.

Estamos en el imperio de la mentira, pero también en el de la ilegalidad.

(23) <http://www.infobae.com/2013/11/02/1520855-las-10-mayores-preocupaciones-loslatinoamericanos/>

(24) <https://www.perfil.com/noticias/politica/papa-francisco-preocupado-por-uso-justicia-para-minar-procesos-politicos%20.phtml>

Para colmo, hoy se cuenta con servicios de inteligencia privados⁽²⁵⁾, que ofrecen operaciones psicológicas a gran escala⁽²⁶⁾ y cuentan con tecnología avasallante⁽²⁷⁾. Métodos de dominación que antes estaban confinados al ambiente militar⁽²⁸⁾, campean por doquier⁽²⁹⁾.

Podemos cruzarnos de brazos o comenzar a pensar en criterios y medidas, que impidan o dificulten el fenómeno⁽³⁰⁾. Por ejemplo, es urgente quitar a los medios la protección jurisdiccional (la doble protección del estándar “Campillay” y la doctrina de la “real malicia”) cuando se trate de manifestaciones alcanzadas por el “discurso del odio”. El Art. 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce que el derecho a la libertad de expresión puede entrañar deberes y responsabilidades especiales. Asimismo, señala que este derecho puede estar sujeto a ciertas restricciones expresamente

(25) <https://www.newyorker.com/magazine/2019/02/18/private-mossad-for-hire>

(26) Denominadas “PSYOP”: <http://pajarorojo.com.ar/?p=43514>. A título de ejemplo, SCL Group (“Strategic Communication Laboratories”), una firma británica que adquirió fama a través de su subsidiaria “Cambridge Analytica”, experta en Big Data y manipulación electoral, ofrece operaciones de influencia y manipulación de la opinión pública: <https://www.politico.eu/article/cambridge-analytica-facebook-data-boss-nigel-oakes-alexander-nix-went-from-aromatics-to-psyops-to-donald-trumps-campaign/>; ver Carole Cadwalladr, periodista en The Guardian:

https://www.ted.com/talks/carole_cadwalladr_facebook_s_role_in_brexit_and_the_threat_to_democracy
Sabemos, por boca de su CEO Alexander Nix, que Cambridge Analytica trabajó en una campaña “antikirchnerista” en 2015. Ver: <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmucmeds/363/36304.htm>

Pocos saben, sin embargo, que esa misma compañía trabajó en la República Argentina desde mucho antes, en las elecciones que llevaron a Fernando De la Rúa a la presidencia. Ver: <http://pajarorojo.com.ar/?p=43514>

o que otra empresa del grupo, Aggregate IQ, trabajó para Rodríguez Larreta. Ver: <https://www.newyorker.com/news/letter-from-the-uk/life-inside-scl-cambridge-analyticas-parent-company>

(27) Hoy, a propósito de Pegasus, un programa israelí de la empresa NSO, que permite intervenir cualquier teléfono inteligente sin que su dueño tenga que hacer nada (“cero click”), ver <https://www.bbc.com/mundo/noticias-57923663>, o <https://www.valigiablu.it/progetto-pegasus-spionaggio/> está alarmando al mundo entero, porque está claro que está siendo utilizado para espiar a políticos como López Obrador, a periodistas, líderes sociales o activistas por los derechos humanos, v. <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2021/07/the-pegasus-project/>

(28) <http://www.intrepidreport.com/archives/24763>

(29) Un informe de Samantha Bradshaw y Philip Howard, investigadores de la Universidad de Oxford confirma que la manipulación de la opinión pública sobre las plataformas de medios sociales se ha convertido en una amenaza a la vida pública, a la democracia. Se hizo en 2017 el primer inventario de las tropas de ocupación cibernéticas globales y una quinta parte de 48 países se hallaron pruebas de campañas de desinformación operando sobre las aplicaciones de chat como WhatsApp, Telegram y WeChat. En la guerra de quinta generación no interesa ganar o perder, sino demoler la fuerza intelectual del enemigo, obligándolo a buscar un compromiso, valiéndose de cualquier medio, incluso sin uso de las armas. Generar desestabilización en la población a través de operaciones de carácter psicológico prolongado; se busca afectar la psiquis colectiva, afectar la racionalidad y la emocionalidad. Ver: <https://comprop.oii.ox.ac.uk/research/troops-trolls-and-trouble-makers-a-global-inventory-of-organized-social-media-manipulation/>

(30) <https://edmo.eu/>; <http://www.aikaeducacion.com/actualidad/nace-el-observatorio-europeo-de-medios-digitales-para-hacer-frente-a-la-desinformacion/>

fijadas por la ley y necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas, mientras que el Art. 20 2 establece que “Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”. Por su lado, la Convención Americana autoriza las “responsabilidades ulteriores, que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas” y el Art. 13.5 manda a prohibir por “la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”. Además:

1. **Alfabetización mediática.** ¿No habrá llegado la hora de dejar de andar en puntas de pie en materia de prensa, y comenzar a impartir educación -como política pública-, contra la desinformación, una suerte de “alfabetización mediática” que brinde al pueblo herramientas contra la manipulación? ¿Saber detectar fake news, qué preguntas hacerse ante titulares que conmocionan o imágenes descalificatorias, cómo utilizar fact checkers?⁽³¹⁾.
2. **Intangibilidad de los procesos judiciales.** ¿No habrá que volver a la normativa que alguna vez sirvió para preservar la intangibilidad del proceso judicial y desalentar el fisgoneo de la prensa en las causas en trámite?

El Reglamento para la Justicia Nacional (art. 63) establece: “Los periodistas pueden revisar el expediente, con motivo del fallo definitivo de la causa”

El Reglamento para la Jurisdicción en lo Criminal y Correccional de la Capital (art. 92) dice: “Los periodistas pueden examinar el libro de copias de resoluciones de las causas definitivamente resueltas”.

La Resolución 26/91 de la Procuración General de la Nación instruyó a los fiscales a “abstenerse de divulgar en los medios de difusión los pedidos de procesamiento que realicen y demás medidas que pudieran afectar el honor y la reputación de las personas, hasta tanto sean dispuestas por el tribunal de actuación”.

La ley 26.856 (2013) establece que las sentencias deban ser “publicadas una vez notificadas a todas las partes” (art. 1º), y que las publicaciones de los procesos judiciales deban realizarse “resguardando el derecho a la intimidad, a la dignidad y al honor de

(31) Finlandia lo hace a partir de la escuela primaria, como parte de su política pública desde 2016, un programa, piloteado por una comisión de 30 miembros de alto perfil que representan a 20 organizaciones diferentes (ministerios, organizaciones públicas, policía, servicios de inteligencia y seguridad) ha capacitado a miles de funcionarios, periodistas y maestros en los últimos años, v. <https://www.valigiablu.it/finlandia-scuola-primaria-disinformazione/> y por si interesa, Filippini, Aníbal, en <https://radiocut.fm/audiocut/finlandia-incluye-defensa-contra-desinformacion-desde-escuela-primaria/>

las personas, y en especial los derechos de los trabajadores y los derechos de los niños, niñas y adolescentes”.

La ley 26.856 (2013) establece que las sentencias deban ser “publicadas una vez notificadas a todas las partes” (art. 1º), y que las publicaciones de los procesos judiciales deban realizarse “resguardando el derecho a la intimidad, a la dignidad y al honor de las personas, y en especial los derechos de los trabajadores y los derechos de los niños, niñas y adolescentes”.

Existen otras normas o medidas⁽³²⁾ parecidas, tanto del país⁽³³⁾ como del exterior⁽³⁴⁾. Incluso la “*Contempt of Court Act*” inglesa de 1981⁽³⁵⁾, “mantiene formas de prohibición anticipadas a la publicación de noticias que puedan afectar el proceso”, y a nadie se le ocurre que en dicha sociedad se menoscabe por ello la libertad de expresión.

La publicidad de los juicios en trámite no es un derecho de la prensa sino del ciudadano bajo proceso. Él debería ser quien pudiera solicitar el escrutinio de los medios (Zannoni-Bísvaro, 1993: 174)⁽³⁶⁾. Ningún interés es superior a la necesidad de preservar el debido proceso.

(32) La Acordada 181, del 27 de setiembre de 1994 de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario restringió el acceso de los medios a los edificios de los Tribunales Federales, salvo autorización expresa de los magistrados.

(33) La Constitución de la Provincia del Chaco (art. 165) manda a publicar periódicamente “la nómina de las causa resueltas y de las pendientes de sentencia definitiva”; la Constitución de la Provincia de Jujuy (art. 151) establece que “Los procedimientos y actuaciones ante los tribunales y organismos del Poder Judicial serán públicos, excepto que ello fuere inconveniente para la investigación de los hechos o afectare las buenas costumbres”; la Constitución de la Provincia de San Luis (art. 217) manda a “hacer conocer las causas que han sido sentenciadas”; el Art. 146. Cód. Procesal Penal, con relación a la interceptación y secuestro de correspondencia postal, telegráfica, electrónica o cualquier otra forma de comunicación dispone que “La grabación será entregada o conservada por el representante del Ministerio Público Fiscal, quien dispondrá las medidas de seguridad correspondientes, aplicándose los recaudos previstos para el secuestro y la cadena de custodia. El representante del Ministerio Público Fiscal deberá guardar secreto de su contenido y asegurará que no sea conocido por terceros; el Art. 254 del mismo Código Procesal (Medios de comunicación) establece que “los medios de comunicación podrán acceder a la sala de audiencias en las mismas condiciones que el público en general” pudiendo transmitir en directo la audiencia, pero “Si la víctima, un testigo o el imputado solicitaran que no se difundan ni su voz ni su imagen en resguardo de su pudor o seguridad, el tribunal, luego de oír a las partes, examinará los motivos y resolverá fundadamente teniendo en cuenta los diversos intereses comprometidos”.

(34) La ley de Transparencia y Acceso a la Información Gubernamental de México (art. 14) considera “información reservada: (...) iv. Los expedientes judiciales o de los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio *en tanto no hayan causado estado*”.

(35) <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/49>

(36) En los Estados Unidos, la publicidad de los procesos es una garantía establecida en la sexta enmienda en favor de las personas sometidas a juicio. Según el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, toda persona tiene “derecho a ser oída públicamente” (art. 14): Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad

- 3. Principio de inocencia.** Funcionarios y medios deben respetar la presunción de inocencia. Puede haber llegado la hora de dar status normativo a directivas tales como:

la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo del 9 de marzo de 2016, establece en su Art. 4º: Referencias públicas a la culpabilidad. 1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, mientras no se haya probado la culpabilidad de un sospechoso o acusado con arreglo a la ley, las declaraciones públicas efectuadas por las autoridades públicas y las resoluciones judiciales que no sean de condena no se refieran a esa persona como culpable [...]"

la Observación General nº 32 del Comité de Derechos Humanos referida al art. 14 del PIDCP: "Los medios de comunicación deberán evitar expresar opiniones perjudiciales a la presunción de inocencia"⁽³⁷⁾.

- 4. Responsabilidad civil.** El *lawfare* no existiría, al menos en su dimensión actual, sin la participación principalísima de los medios de información, parapetados en la intocable libertad de expresión, e impunes. Sin embargo, la libertad de expresión no puede volverse contra la sociedad, ni puede ser una licencia para perseguir ciudadanos. Menos aún en favor de mega corporaciones que tienen designios no periodísticos y participan de actividades ilícitas (en el estricto sentido de los arts. 1717 y 1774 y ccs., Código Civil y Comercial de la Nación), atropellando todo cuanto se interpone a su paso. Sin perjuicio de las consecuencias penales de la conducta descrita, la respuesta del Derecho debería incluir la condena resarcitoria a la empresa mediática –que usualmente queda impune⁽³⁸⁾– antes bien que al periodista individual (Filippini, 2016:79), en montos proporcionados a la magnitud empresaria. En efecto, corresponde aplicar estándares resarcitorios muy severos a la mega empresa de medios; las condenas indemnizatorias no pueden ser semejantes a las aplicadas a personas físicas periodistas, los pequeños diarios, pymes mediáticas, medios comunitarios, barriales, digitales o no, etc. De no ser así, el riesgo es que los colosos de la información consideren las sanciones como una "tarifa" para seguir delinquiendo (sobre el

democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en alusión al proceso penal, dispone (art. 8) que: (...) "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.". Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre también establece que "Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas."

(37) <http://www.catalogoderechoshumanos.com/?p=3119>

(38) La Corte Suprema decidió que lo que diga un columnista no genera la responsabilidad de la empresa propietaria del diario ni la de los editores ("García, Stella Marys y Otro c/Reyes, Juan José y Otros s/ daños y perjuicios", CSJN – 03/12/2019).

análisis de la conducta de los poderosos frente a las multas, ver Sandel, 2021:70), con base en la violación de derechos humanos, que hoy son centrales en el derecho privado argentino; en efecto, el Código Civil y Comercial de la Nación, establece su artículo 1º que los casos allí previstos deben ser resueltos “conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos” y en su artículo 2º dispone que la ley deba ser interpretada teniendo en cuenta, entre otros vectores, “las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos”.

El problema ha adquirido una dimensión tal que está poniendo en crisis el Estado de Derecho y la democracia misma.

Navegamos en tiempos de la “posverdad”⁽³⁹⁾: “los límites entre información y comunicación, entre periodismo y espectáculo, entre verdad y mentira, tienden a borrarse” (Tubau, 1993:99). Para peor, el advenimiento de las redes sociales ha creado una explosión mundial que amenaza con reescribir las reglas de cómo se toman decisiones en política [...] Basta con un tweet, una foto adulterada, una afirmación en Facebook, o un documento falso que circule en las redes, para que los inventos se conviertan en hechos. Ya no sabemos qué creer, ni a quién.

Más aún, como se afirma “el poder ya no impone el silencio. Al contrario, el poder es el amo del ruido (Berardi, 2021:76). El ejercicio del poder se basa en la simulación” y en el uso de su nueva arma discursiva, la denominada *shitstorm*, propia de “la cultura de la falta de respeto y la discreción” (Berardi, 2021:77), apta para derrumbar en un minuto la reputación más sólida y encumbrada, facilitado ello por la impunidad de los medios en materia de responsabilidad civil (Filippini, 2016).

Como se afirma “vivimos la triste realidad de procesamientos y prisiones preventivas arbitrarias impuestas a personas de la oposición, como resultado del ahora mundialmente llamado “*lawfare*” o “guerra judicial”, es decir, de persecución y producción de presos políticos como fabricación del enemigo al mejor estilo de lo peor de Carl Schmitt, con Milagro Sala como caso más paradigmático y aberrante a la cabeza. Esto nos pone de cara a dos sentidos del uso del derecho: uno, el sano, como medio de coexistencia democrática y pacífica, es decir, racional, en el marco de un Estado más o menos de derecho; el otro, el perverso, como medio de ejercicio del poder arbitrario hegemónico, irracional, como pulsión de un Estado de policía” (Zaffaroni, 2019), en definitiva, es la nueva cara de los poderes fácticos⁽⁴⁰⁾ contra mayoritarios⁽⁴¹⁾.

(39) <http://www.ralphkeyes.com/the-post-truth-era/>: “Es la era de la posverdad, se difuminan las fronteras entre la verdad y la mentira, la honestidad y la deshonestidad, la ficción y la no ficción. Engañar a otros se convierte en un desafío, un juego y, en última instancia, un hábito.” La palabra posverdad fue designada la palabra del año en 2016 por el Oxford English Dictionary.

(40) Bancos y empresas privadas tienen una gran cantidad de acciones en los medios hegemónicos, con potestad suficiente para intervenir en sus contenidos. Ver: <https://esmola.wordpress.com/2012/07/09/los-duenos-de-la-informacion-ii/>

(41) La Acordada n° 6/07 (Expte. N° 2078/06) del 11.04.2007 consagró de alguna manera un vínculo institucional entre los medios dominantes y la Justicia. La Corte y ADEPA firmaron un convenio de “cola-

Una “cacería judicial” de líderes políticos o sociales perpetrada mediante corporaciones mediáticas, magistrados y servicios de inteligencia, con el pretexto de combatir la corrupción y con el objetivo último de quitar del medio a quienes constituyen un obstáculo al neoliberalismo que, a esta altura, claramente no es una alternativa dentro de la democracia, sino más bien una contra la democracia (Brown, 2016 y 2022; Berardi, 2021:94), en riesgo.

Referencias

- Barata, Francesc**, “La devaluación de la presunción de inocencia en el periodismo”, en: <http://www.raco.cat/index.php/analisi/article/viewFile/184497/237765>
- Baricco, Alessandro** (2006) *Los bárbaros*, (Barcelona:Anagrama)
- Berardi, Franco** “Bifo” (2021) *La segunda venida. Neorreaccionarios, guerra civil global y el día después del apocalipsis* (Buenos Aires: Caja Negra).
- Brown, Wendy** (2016) *Un pueblo sin atributos (Undoing the Demos: Neoliberalism’s Stealth Revolution)* trad. Víctor Altamirano, (Barcelona: Malpaso Ediciones).
- Brown, Wendy** (2020) *En las ruinas del neoliberalismo. El ascenso de las políticas antidemocráticas en Occidente* (Buenos Aires: eds. Tinta Limón, Futuro Anterior y Traficantes de Sueños).
- De Fontcuberta Balaguer, María del Mar** (1993), *La noticia* (Barcelona:Paidós Ibérica)
- Desojo, Emanuel** (Coordinador) (2020) *Justicia a la carta. El Poder Judicial en la era macrista*, (Buenos Aires: CLACSO – Universidad Nacional de La Plata).
- Filippini, Aníbal** (1995) “Responsabilidad por la difusión de constancias judiciales”, en Alterini, A.A. y López Cabana, R.M. (Directores) *La Responsabilidad. Homenaje al Prof. Isidoro H. Goldenberg*, (Buenos Aires: Abeledo Perrot).
- Filippini, Aníbal** (2016) *¿Hay un derecho a la mentira?* (Buenos Aires: Ad-Hoc).
- Filippini, Aníbal** (2017) *Jueces y medios* (Buenos Aires: Ad Hoc).

boración recíproca” que “regulará las diferentes actividades que ambas instituciones, en el ámbito propio de sus competencias”, para “Promover y desarrollar actividades conjuntas de capacitación, seminarios de análisis de la problemática comunicacional, del quehacer de la justicia y otras acciones cuya ejecución sea acordada”. Incluso, se instituyó “el Premio ADEPA-Corte Suprema de Justicia de la Nación al periodismo judicial, que será otorgado al periodista que a través de sus notas, artículos y diversos textos periodísticos publicados en medios gráficos, contribuya a la difusión de temas relacionados con la actividad del Poder Judicial de todo el país, en todas sus instancias, impulsando una mayor comprensión de sus funciones y promoviendo así, el derecho a la información de los ciudadanos”. El convenio nació con “duración indefinida”. En la entrega del premio 2019, el Presidente de ADEPA “hizo hincapié en los elementos en común que tienen el Poder Judicial y la prensa” predicando que “Forman parte del sistema de frenos y contrapesos de una democracia republicana; para funcionar bien, necesitan ser independientes, no colonizados por otros actores del sistema. Por ello no es casual que los autoritarismos siempre tengan a ambas instituciones en la mira”.

- Filippini, Anibal**, en <https://radiocut.fm/audiocut/finlandia-incluye-defensa-contradesinformacion-desde-escuela-primaria/>
- Laborde, Oscar** (2018), "*Lawfare* o guerra jurídica", en <https://www.pagina12.com.ar/86842-la-guerra-juridica-o-lawfare>
- Muñoz Machado, Santiago** (1988) *Libertad de prensa y difamación* (Barcelona:Ariel).
- Papa Francisco** (2020) Carta Encíclica Fratelli tutti, en https://www.vatican.va/content/francesco/es/encyclicals/documents/papa-francesco_20201003_enciclica-fratelli-tutti.html
- Romano, Silvina y Tirado, Arantxa** (2018) "*Lawfare* y guerra híbrida: La disputa geopolítica en América Latina" en: <https://www.celag.org/lawfare-guerra-hibrida-disputa-geopolitica-america-latina/>
- Romero, Enrique S.** (2018) "El '*lawfare*': guerra jurídica contra la democracia", en: <https://www.telesurtv.net/opinion/El-lawfare-guerra-juridica-contra-la-democracia-20180822-0010.html>
- Salvo, Natalia** (2018), "El gobierno de los jueces" <https://www.elcoheteealuna.com/el-gobierno-de-los-jueces/>
- Sandel, Michael J.** (2021) *Lo que es dinero no puede comprar. Límites morales del mercado* (Buenos Aires:Penguin Random House).
- Serrano, Pascual** (2012) *Periodismo canalla* (Barcelona: Icaria-Asaco).
- Tubau, Iván** (1993) *Periodismo oral*, (Barcelona:Paidós).
- Zaffaroni, E.R., Caamaño, C. y Vegh Weis, V.** (2020), *¡Bienvenidos al Lawfare!* (Buenos Aires: Capital Intelectual).
- Zaffaroni, Eugenio Raúl** (2019) "La asociación ilícita como método de clonación de procesos" en *La Tecl@ Eñe*, v. en <http://www.elcorreo.eu.org/Lawfare-o-guerra-judicial-en-America-Latina-La-asociacion-ilicita-como-metodo-de-clonacion-de-procesos?lang=es>
- Zannoni, Eduardo A. – Bíscaro, Beatriz R.** (1993) *Responsabilidad de los medios de prensa* (Buenos Aires:Astrea).

Mesa 21
La criminalización
de la protesta como medio
para la persecución
y prisionización
de opositores: el caso Jujuy

Jorge García Orgales

D'arcy Martin

JORGE GARCIA ORGALES

Red Internacional por la Libertad de Milagro Sala

Respuesta internacional al *lawfare* en Jujuy⁽¹⁾

La detención y posterior persecución jurídica de Milagro Sala en la provincia de Jujuy, Argentina abrió un nuevo escenario no solo en la Argentina sino, también, en el terreno internacional.

Milagro Sala, era conocida internacionalmente por la obra llevada adelante por la organización Tupac Amaru. Debemos aclarar que ese conocimiento no era masivo. Algunos grupos interesados en el desarrollo social y comunitario, en alternativas económicas o modelos de construcción de vivienda social seguían la trayectoria de Milagro al igual que personas ligadas a la realidad argentina.

La detención de Milagro Sala y la campaña de difamación en su contra preocuparon a los sectores que conocían a Milagro y seguían su trabajo. Lo que contaban los medios no cuadraba con lo que se conocía. Milagro lideresa popular, indígena Kolla, mujer de piel oscura, lenguaje no refinado y actitudes confrontativas a las figuras señeras de la política tradicional; no respondía a la imagen aceptada internacionalmente del “político corrupto” o a la de “vulgar delincuente.” Por el contrario, su trayectoria y su personalidad la alineaba mas hacia la imagen de los representantes de las naciones originarias perseguidos en toda América.

Además, existió una maraña de causas judiciales abiertas en su contra por un aparato judicial diseñado, controlado y que responde a Gerardo Morales, el gobernador de la provincia de Jujuy. Muchas de esas causas con poco o ningún asidero racional, inclusive dejando de lado el aspecto judicial que las pudieran justificar, abrieron el convencimien-

(1) Esta ponencia ha sido escrita en el territorio de las naciones originarias Haudenosaunee, Anishnabewaki, Mississauga and Wendake-Nionwentsio; hoy conocido como Toronto, Canadá. El proceso de Verdad y Reconciliación en Canadá empieza abrir las puertas a voces silenciadas e historias escondidas.

to de que estas acusaciones no tenían el objetivo de aplicar justicia sino el de disciplinar a una líder y un movimiento rebelde.

El reconocimiento abrió curiosidad que, a posteriori, llevó a plantear la necesidad de actuar para rectificar lo que, a las claras, se veía como un manejo judicial, mediático y político con el único propósito de castigar y silenciar a una persona que no aceptaba las reglas del juego que se le imponían, a ella y a su gente.

Al igual que en Argentina, las respuestas internacionales no se hicieron esperar. Se iniciaron en distintas ciudades y países de forma aislada. Esas acciones fueron siendo conocidas y llevaron a la decisión de actuar de forma coordinada para incrementar la capacidad de informar, educar e incidir en la situación judicial de Milagro Sala.

Revisaremos primero las actividades en Italia, Francia y Canadá como ejemplo de lo que se llevó a cabo desde el inicio de la detención de Milagro Sala. Queremos aclarar que también se dieron acciones en otros países como España, Suecia, Finlandia y Brasil, pero consideramos que con los países arriba mencionados será suficiente para mostrar la magnitud de la respuesta internacional. A principios de 2021 los comités por la libertad de Milagro Sala en los distintos países comenzaron a actuar como red. Sobre el final también revisaremos las actividades de la red.

Queremos especificar que las acciones aquí listadas no son las únicas realizadas en los distintos países o por la Red y, además, no están presentadas necesariamente por orden cronológico.

Por último, queremos aclarar que tanto comités como la red internacional, al igual que la mayoría de las actividades, llevan el nombre de Milagro Sala, pero la lucha y el pedido de libertad se extienden a Patricia Cabana (Pachila), Mirta Alzama, Gladys Diaz, Ivan Altamirano, Mirta Guerrero (Shakira), Javier Nievas, Cacho Sibila, Andrea Condori, Maria Condori y Graciela Lopez. Todas y todos detenidos por el gobernador Gerardo Morales utilizando la guerra jurídica como forma de amedrentar y silenciar a la oposición.

Construyendo futuro

A finales de los años 90 el futuro se había desmoronado para miles de millares de familias argentinas. El gobierno de Carlos Menem, elegido con el apoyo de las mayorías humildes y los trabajadores, había traicionado a su electorado. En lugar de la revolución productiva que había prometido, implementó un profundo plan económico neoliberal. El gobierno de Menem abrió la importación, privatizó empresas públicas, reorganizó los servicios sociales reduciendo el papel del estado, disminuyó la protección legal a los trabajadores y garantizó la libre circulación de capitales. Los resultados fueron semejantes a los de todos los países que impusieron políticas económicas similares.

La apertura de las importaciones sin restricciones llevó al desmoronamiento de la industria nacional con pérdida de empleos bien pagados. Las empresas públicas privatizadas se reorganizaron de acuerdo a planes multinacionales reordenando la producción de forma "mas eficaz (o dicho de otra manera—con menos trabajadores) o simplemente cerraron porque les era mas conveniente importar desde otras de sus plantas instaladas en otras partes del mundo. La reducción del papel estado fue una forma neutra de decir que habrían menos trabajadores estatales para prestar servicios a la comunidad. Y, por último, la eliminación o transformación de los mecanismos legales para garantizar las fuentes de trabajo hizo mas sencillo el despido y la reducción de personal. Todas las medidas que conducían a una economía libre de mercado actuaron como un embudo llevando en todos los casos a un punto en común, el desempleo de miles y miles de empleados y trabajadores sin que hubiera otras oportunidades para recuperar la estabilidad económica personal, familiar y de la comunidad.

En la provincia de Jujuy, en el noroeste argentino, el estado, directamente o a través de empresas públicas, era el mayor empleador de la provincia. Los cambios económicos significaron lo mismo que en el resto del país, desempleo. Con el agravante que Jujuy era una provincia con pobreza acumulada. El sindicato de los trabajadores públicos, la Asociación de Trabajadores del Estado (ATE), decidió seguir atendiendo a sus afiliados que habían perdido el empleo. La secretaria gremial del sindicato, Milagro Sala, tomó la responsabilidad de buscar forma de ayudar a los trabajadores desempleados.

La primera necesidad era combatir el hambre. En los barrios, con la ayuda física de las madres y económica del sindicato, empezaron a abrir cocinas comunitarias, llamadas Copa de Leche. El nombre se debe a que lo primero que se hacía era garantizarle algo de leche a los niños y las niñas del barrio. Junto con eso empezaron los hornos que, con harina donada por el sindicato o por alguien de la zona, fabricaba pan, tortas y todo lo posible para ir completando la alimentación. Las copas de leche fueron creciendo y ligándose en los barrios, ya no solo atendiendo a los nuevos desempleados sino abrazando a los necesitados de mucho tiempo atrás, y enseñando que la solución, aunque fuera incipiente, estaba en las manos de la gente.

Con la llegada al gobierno de Néstor Kirchner se abrió la posibilidad de conseguir recursos para construir viviendas, necesidad histórica de la población humilde de Jujuy. De allí nació la organización barrial Tupac Amaru liderada por Milagro Sala. Milagro ya había dejado al sindicato para dedicarse a la organización de esos humildes, de los nadies de la historia. La alianza entre el sindicato y la organización barrial continuó, pero como organizaciones independientes, unidas por el valor común de trabajar para mejorar la vida de los trabajadores, su familia y su comunidad.

Milagro Sala y la Tupac vieron que construir viviendas era también crear trabajos. En lugar de utilizar los servicios de las empresas tradicionales de la construcción se propusieron construir ellos y ellas las casas. Crearon las cooperativas. Con las cooperativas

llegó el espíritu ancestral de “la minga” de las naciones Kolla y Aymará, hacer trabajo en conjunto para el bien de todos. Con la ayuda de algunos capataces aprendieron y vieron que las mujeres, la mayoría de los trabajadores, eran tan hábiles y capaces como cualquier hombre. Aprendieron, fueron albañiles, carpinteras, plomeras, pintores; haciendo todos los trabajos del rubro de la construcción. Las casas y los trabajos crecían, pero se podía hacer más.

Para levantar las paredes hacían falta bloques. ¿Por qué comprarlos afuera? Hicieron sus fábricas de bloque. Puertas y ventanas de metal también fueron hechas en las fábricas de la Tupac como los uniformes para las y los trabajadores y las mesas y sillas que llevaban para amueblar las nuevas casas. La Tupac, con el liderazgo de Milagro, reinvertía en la comunidad.

Siempre se dice que la construcción deja mucho dinero, pero no se puede probar porque ese dinero queda en las manos de los dueños de la empresa. La organización Tupac Amaru mostró en los hechos cuanto dinero dejaba la construcción. Con el excedente luego de construir las viviendas pudieron construir las fábricas que luego, a su vez, empezaron a producir su propio excedente. Pero el excedente fue más.

En los 12 barrios construidos por la Tupac entre el 2004 y 2014 se construyeron más de 8000 viviendas con escuelas primarias, secundarias y terciarias, clínicas de salud, guarderías infantiles, centros de recuperación para personas con diferentes habilidades y centros recreativos que incluían piscinas. Todos esos servicios sociales que no estaban en los planes originales también salieron del excedente económico que, en otros casos, quedan en manos de los privados.

Y el crecimiento no paró en lo material. Creció en lo espiritual y lo político. Rescatando el carácter indígena de la mayoría de los jujeños, en el centro del barrio más importante de la Tupac, Alto Comedero, levantaron un templo similar a Tiahuanaco donde se celebran las ceremonias ancestrales y se agradece a la Pachamama lo que entrega para la vida y la felicidad de sus hombres y mujeres. Además, se formó un partido político que obtuvo puestos en las municipalidades y diputados en el congreso provincial, entre ellos Milagro Sala que luego renunció por haber sido elegida como diputada al Parlasur, congreso del Mercosur, la comunidad económica del sur de las Américas.

Y lo hicieron colectivamente. Con discusiones en asamblea, conversaciones en las calles, charlas en las obras fueron detectando las necesidades y diseñando las soluciones. Algunas llegaron a su meta, como las viviendas. Otras todavía esperan, como la declaración de la república plurinacional. Pero el camino quedó marcado.

La felicidad es un derecho de nacimiento dice la cantante mexicana Natalia Lafourcade. Milagro Sala y la Tupac demostraron que ese derecho se puede ejercer. Que la felicidad no es un sueño que les llega a los otros. O algo que encontraremos en el paraíso cuando

no nos queden fuerzas. La felicidad es hoy y ahora, juntos todos y todas en construirla, con el trabajo y el apoyo mutuo, con la posibilidad de tener un techo y comida para toda la familia, de tomar sol en una pileta, de dejar a los niños en una buena guardería, de que las enfermeras vengan a visitar a los viejitos del barrio a ver como andan. En pocos años Milagro Sala y la organización barrial Tupac Amaru mostraron que la felicidad también es posible para los mas humildes.

La revancha feroz

La Tupac volvió a sus ancestros con el cuidado de la Pachamama y el trabajo en conjunto para el bien de todos. Sus enemigos también volvieron a sus ancestros. Los poderosos, hombres blancos, de Jujuy reencontraron el odio al indio y a la mujer que llevaban disimulando por mucho tiempo. Con saña y sin piedad esos, los verdaderos salvajes, se dedicaron a destruir a Milagro y la Tupac para garantizar que sus beneficios no fueran tocados ni su cultura cuestionada.

En Jujuy existe mucha pobreza. Y de eso se benefician unos pocos. En el libro de Carlos Aramayo, "Jujuy en el Bicentenario", está descripto el proceso de formación económico-social de Jujuy. Dice allí: "...después de casi dos siglos de República, es una de las provincias con mayor atraso económico y mayores índices de pobreza y es la de mayor concentración latifundista del país. Las causas más profundas de esta situación hay que rastrearlas en el periodo colonial y en las características de la estructura económica, política y social que se fue conformando después de la independencia" [...] "... En este contexto, la provincia de Jujuy fue un territorio en el que el capital imperialista de distintas potencias inició su penetración y control monopólico de la economía. Con el avance de la agro-industria azucarera y la minería se fueron imponiendo relaciones de producción capitalista." [...] "En esta parte de la historia reciente se puede comprobar tanto la hegemonía política de la burguesía agraria-industrial azucarera, monopólica, latifundista, como la del imperialismo sobre el Estado provincial."

Para asegurar que el término "imperialismo" no suena fuera de lugar, queremos recordar que el gobierno de Mauricio Macri aprobó la instalación de una base militar estadounidense en La Quiaca, Jujuy.

La industria azucarera es la mas antigua industria de la provincia. El ingenio Ledesma, el mas antiguo, se abre en 1830 y todavía hoy es el segundo empleador de la provincia, luego del estado. Hay aspectos muy importantes a destacar sobre la relación de la industria azucarera y el estado, pero no es tema de esta ponencia. Lo que si queremos destacar es que, desde sus inicios, los ingenios, Ledesma en particular, se destacaron por usar la violencia del estado, a través del ejército y la policía, para mantener el orden entre sus trabajadores. En un inicio el ejército realizaba expediciones para traer indígenas del

Chaco a trabajar en la zafra y se montaban destacamentos para garantizar que los trabajadores forzados no se escaparan nuevamente a sus bosques. Luego la represión a los sindicatos y el silenciamiento de las demandas de los trabajadores se convirtió en un modo operandi de la empresa (no hubo una huelga en el ingenio Ledesma desde 1949 hasta 1972). Finalmente, la participación directa del dueño del ingenio Ledesma, Pedro Carlos Blaquier, en la represión de la dictadura de 1976, en el secuestro masivo de trabajadores llamado "la noche del apagón" se está despejando en este momento en un juzgado en Jujuy por orden de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina.

Olga Aredes, Esposa del Dr. Aredes, intendente de Ledesma, desaparecido durante "la noche del apagón" dice "El poder y las vinculaciones políticas de los ingenios jujeños se mantuvo, con altibajos, durante décadas hasta la actualidad, trascendiendo gobiernos democráticos y dictatoriales. En la última y genocida dictadura argentina (1976-1983), el ingenio Ledesma participó activamente, prestando sus vehículos y galpones para perseguir, detener, torturar y desaparecer a dirigentes sindicales y activistas políticos por parte de las fuerzas armadas que habían tomado el poder por asalto".

El orden necesario entre los trabajadores es aquel que refrenda la explotación de esos trabajadores. El neoliberalismo promueve un estado débil excepto para garantizar ese orden. El neoliberalismo exige a los gobiernos mantener una situación social que no entorpezca los negocios ni la vida económica. Se considera alteradores del orden público y subversivos a todos aquellos que exijan cosas que estén en contra de los que más tienen. El orden exige un fortalecimiento del estado: más policías, ejércitos eficaces -profesionales-, control de los medios, limitación de derechos, endurecimiento de las leyes, etc. Friedrich Hayek, ideólogo del neoliberalismo en su libro "Camino de la Servidumbre"(1944) dice "La democracia en si misma jamás ha sido un valor central del neoliberalismo." Es mas, acepta que es preferible un gobierno autoritario que asegure los negocios que una democracia que intente la redistribución de la riqueza.

En este marco no es sorpresa como se comporta el ingenio Ledesma y los gobiernos de turno que lo respaldan para garantizar el orden en Jujuy. Orden que se vio intensamente subvertido con la aparición de Milagro Sala y la organización Tupac Amaru. No vamos a repetir como se subvirtió el orden porque ya lo hemos dicho anteriormente. Si queremos brevemente relatar como actuó el gobierno del gobernador Gerardo Morales para reimponer el orden en la provincia de Jujuy.

El odio de Morales a Milagro Sala era público al momento de ser elegido gobernador en 2015. En la campaña de 2015, al igual que en cada campaña desde ese momento, utilizó a Milagro y a la Tupac como el enemigo que solo él podía combatir trayendo paz, ley y orden a la provincia. Afilando las herramientas de propaganda que luego usaría durante la guerra jurídica contra Milagro acusó a la Tupac de ser organismo paraestatal y mafioso. Poco antes de que comenzara la campaña, el 8 de agosto, Jorge Ariel Velázquez, un joven de veintiún años y militante radical, fue baleado por la espalda en

la puerta de su casa y falleció once días más tarde. La investigación policial mantuvo la hipótesis de que se trataba de un intento de robo fallido, pero Morales acusó a la organización Túpac Amaru de haber cometido el atentado. Como en la creación de causas posteriores, la verdad y la justicia no eran importante, si lo era la propaganda para mostrar a Milagro como violenta. Morales denunció posteriormente otra serie de hechos violentos como posibles atentados de la Túpac Amaru: el ataque al candidato radical a intendente de Libertador con gas pimienta, la destrucción del frente de la casa de una militante y la agresión contra el Auditor General de la Nación, Alejandro Nieva. Desde luego, nada comprobado. Morales se comprometió a fortalecer la justicia y con esa mantra fue elegido.

Prontamente fortaleció la justicia – a su manera. El 10 de diciembre asumió la gobernatura, el 15 de diciembre el congreso provincial, con la mayoría de sus miembros respondiendo al gobernador aumentó el número de jueces del Superior Tribunal de Justicia de 5 a 9. El 18 de diciembre los nuevos jueces juraron sus cargos siendo 2 de ellos hasta 3 días atrás diputados de la legislatura y como tal haber votado a favor de nombrar nuevos jueces. Los otros 2 jueces también respondían al gobernador Morales. A partir de allí, sin duda, la corte suprema de Jujuy pasó a responder al gobernador.

Para continuar con su tarea fortificadora el gobernador Morales utilizó otros alfiles. Clara De Langhe de Falcone era la presidenta del Tribunal Superior, ex diputada radical, el partido de Morales, y fue nominada para integrar el tribunal por Morales cuando era jefe de la oposición y designada para presidirlo en cuanto se conoció el resultado electoral de 2015. Como presidente del tribunal, Falcone designó a su yerno Gastón Mercau como juez ad hoc para las causas contra Milagro Sala. El “fortalecimiento” tenía una clara destinataria, Milagro Sala.

A posteriori De Langhe de Falcone tuvo que renunciar porque públicamente dijo que Milagro Sala no sale en libertad porque no se podría gobernar la provincia. La reemplazó Pablo Baca al frente del tribunal, uno de los diputados convertidos en jueces en 72 horas. También tuvo que renunciar por decir privadamente, que luego se hizo público, que Milagro no podía quedar en libertad. El diseño del poder judicial implementado por el gobernador Gerardo Morales aseguró que la imparcialidad jurídica no existiría en el tribunal mas importante de la provincia de Jujuy y la destrucción de Milagro Sala y la Tupac Amaru sería el eje del accionar judicial.

Desde el Tribunal Superior se estableció una línea de trabajo donde fiscal o juez que no se alineara en perseguir a Milagro sería disciplinado. La ex fiscal Liliana Fernández de Montiel, la primer fiscal que encarceló Milagro y la acusó en la causa “pibes villeros” cambió su opinión legal por la forma que fue tratada Milagro durante el juicio. Inmediatamente empezó a ser perseguida por sus superiores, trasladada, su oficina violentada, hasta que renunció.

No nos queremos extender sobre hechos conocidos como el nombramiento de un fiscal especial para perseguir solamente a Milagro a través de la Oficina Anticorrupción en enero del 2016; la apertura de 16 causas judiciales con testigos comprados y acusaciones falsas; el desconocimiento de la obligación de prisión domiciliaria en el domicilio del acusado; la custodia en el domicilio de Milagro a pesar de la prohibición legal y el circo mediático cada vez que deben trasladar a Milagro a algún tribunal.

La guerra jurídica que desató el gobernador Morales, con la complicidad del presidente Macri y el mutismo del presidente Fernández, es la herramienta para garantizar el orden neoliberal en la provincia de Jujuy. La alternativa económica y cultural encabezada por Milagro Sala y llevada a cabo por la organización barrial Tupac Amaru no podía ser permitida. Había que destruirla y los valores democráticos no son el eje central del neoliberalismo, por lo tanto no hubo pruritos legales ni de ningún tipo para llevar adelante una campaña de destrucción de personas y organizaciones.

Respuesta Internacional

Si bien el gobierno de Morales obtuvo apoyo mediático y llevó adelante un blitzkrieg de causas jurídicas contra Milagro y otros y otras dirigentes de la Tupac, eso no fue suficiente para ocultar los verdaderos motivos detrás de esas maniobras. La respuesta a nivel internacional se lanzó de forma casi inmediata. Lo que sigue es una síntesis de esa respuesta. Como hemos mencionado las acciones listadas no son las únicas realizadas en los distintos países o por la Red y, además, no están presentadas necesariamente por orden cronológico.

Italia

Acciones realizadas por el Comité por la Libertad de Milagro Sala - Italia

- Las actividades se inician con una conferencia de prensa de la diputada Giovanna Martelli el 13 de mayo de 2016 en el edificio del Congreso denunciando la detención de Milagro Sala y pidiendo por su libertad.
- Al año de la detención de Milagro Sala la diputada Martelli preguntó al gobierno italiano que estaba haciendo por la libertad de Sala en la sesión del congreso
- En 2017 se organizó una campaña de “selfies” con la cara de Milagro en la que participaron, además de organizaciones sociales, periodistas de medios tradicionales ayudando a la difusión de la problemática detención de Sala.
- Se apoyó la filmación y difusión del documental “Tupac Amaru – Algo está cambiando” de Magali Buj y Federico Palumbo (pareja argentina-italiana viviendo en Italia). El documental fue estrenado en Italia con una exhibición en la Cámara de Diputados del congreso Italiano con la presencia de diputados, Amnistía Internacional y otras organizaciones sociales

- Creación de un blog <https://comitatoliberacionemilagrosala.wordpress.com/> y acebook.com/comitatoperlaliberacionediMilagroSala/
- Se consiguió la publicación de artículos en *Prezzenza*, *Il Manifesto* y *RAI*

Francia

Acciones realizadas por la Asamblea de Ciudadanos Argentinos en Francia (ACAF)

- La primera actividad se organiza en febrero de 2016, pocos días luego de la detención de Milagro Sala, en Trocadero, París. En junio del mismo año se lanza oficialmente la campaña por la libertad de Milagro en Francia.
- En mas de una oportunidad, durante la exposición de "L'Humanité", el evento mas importante de la izquierda francesa, se juntaron firmas y dieron explicaciones sobre la situación de los presos políticos en Argentina. El evento lo organiza el Partido Comunista y están presentes todos los partidos de izquierda y organizaciones progresistas.
- Se organizaron diversas manifestaciones frente a la embajada de Argentina en Paris en repudio por la represión policial a los militantes en general y la Tupac en particular.
- Se realizó una conferencia en los locales de Amnistía Internacional en Paris con la presencia de su secretaria por América Latina, Sra. Garrigos y de la abogada, experta en derechos humanos, Sophie Thonon.
- Hubo manifestaciones durante las visitas del expresidente Macri a Paris. Se realizaron cerca del hotel donde se hospedaba porque la policía no dejaba acercarse al establecimiento. Una en particular se llevó adelante en enero de 2018 en la Place de Chatelet, a 500 m. de la municipalidad de Paris donde el expresidente Macri tenía una reunión con la alcaldesa, Anne Hidalgo, la cual canceló el expresidente a último momento
- La ACAF facilitó la investigación "in situ" de la escritora Alicia Dujovne Ortiz, lo que permitió a la publicación en francés del libro *Milagro Sala, l'étincelle d'un peuple* (Milagro Sala, la chispa de un pueblo) publicado por Des Femmes-Antoinette Fouque, París. ACAF también ha presentado una petición a la alcaldesa de París, la Sra. Anne Hidalgo, solicitando que Milagro Sala sea declarada ciudadana honoraria de la ciudad.
- En febrero de 2020 se realizó un encuentro con el presidente Alberto Fernández en la Embajada en su primera visita a Francia como presidente. Se le reclamó la libertad de Milagro Sala y otras y otros presos políticos.
- Envío de fondos y delegaciones a Jujuy
- Carta a todos los senadores argentinos en apoyo al proyecto de intervención al poder judicial de Jujuy presentado por el senador Snopek.
- Dia Internacional de los DDHH - 2020, se organizó una Conferencia Internacional con Milagro Sala, Eugenio Zaffaroni (juez retirado de la Corte Suprema argentina) y Matías Duarte (abogado elegido por Milagro) como panelistas y con Amado Boudou (ex

vicepresidente de la Argentina) como invitado de honor. La conferencia fue abierta a la participación de veinte participantes de 10 países que pudieron preguntar y opinar sobre las persecuciones políticas. Fue seguido online por cientos de participantes y entre las adhesiones se pueden contar M A Estrella, Andres Arauz (Ecuador), JL Melençon (Francia), Varoufakis (Grecia)

- A cinco años de detención de Milagro Sala, se publicó una solicitada de media página en el periódico Pagina 12 de Argentina, con más de 200 firmas de personalidades de diferentes países. Entre ellos diputados y senadores de Francia, Suecia, Suiza, España, Alemania, Bolivia, Brasil, Comunidad Europea y Parlasur entre muchos otros
- Contacto y cartas a la embajadora francesa en Argentina, Sra. Claudia Scherer Efosse sobre la situación de derechos humanos y represión en Jujuy

Canadá

Realizadas por el Comité por la Libertad de Milagro Sala – Toronto y el Comité por la Libertad de Milagro Sala – Montreal

- Presión sobre el primer ministro Justin Trudeau para discutir la detención de Milagro Sala con el expresidente Mauricio Macri en la visita a Argentina por la judicialización de la protesta y la violación de los derechos humanos. El primer ministro Trudeau lo discutió en privado y lo mencionó en la conferencia de prensa de cierre de la visita - <https://www.saladeprensa.net/macri-recibio-este-jueves-al-primer-ministro-canadiense-justin-trudeau-hablaron-de-milagro-sala/>
- Organización de reuniones informativas y campaña de carteles diciendo "liberen a Milagro" en las estaciones de subte de Montreal
- Participación pidiendo la libertad de Milagro en las marchas por las mujeres el 8 de marzo
- Organización de la delegación de abogados a Jujuy para conocer la situación jurídica de Milagro y las otras detenidas. Hicieron parte de la delegación Barbara Jackman y Frederika Rotter, provenientes de Canadá, de Colombia, Francisco Ramírez Cuellar y Meyerly Garzon, y Thomas Egan, de los Estados Unidos.
- Producción y distribución del informe de la delegación de abogados titulado "Nos tienen presos porque nos atrevimos a enfrentar al poder"
- A los cinco años de detención de Milagro se organizó un Conversatorio Internacional con la presencia de Milagro. Más de 500 personas siguieron el conversatorio en YouTube y Facebook. Skyler Williams, líder indígena canadiense perseguido por defender el derecho de su nación a la tierra expropiada por los colonizadores también participó en el conversatorio.
- Artículos y entrevistas en medios de comunicación

Enero 2021 – Creación de la Red Internacional por la Libertad de Milagro Sala

Luego de una serie de conversaciones vía Zoom los diferentes comités, incluido el de Argentina, deciden la creación de la Red Internacional por la Libertad de Milagro Sala. La Red se unifica alrededor de cuatro demandas presentadas en febrero de 2021 en el Reclamo global por la libertad de Milagro Sala, Patricia Cabana (Pachila), Mirta Alzama, Gladys Diaz, Ivan Altamirano, Mirta Guerrero (Shakira), Javier Nieves, Cacho Sibila, Andrea Condori, Maria Condori y Graciela Lopez. Esas demandas son:

1. A la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina: que examinando la evidente y nefasta intervención del Poder Ejecutivo de la provincia de Jujuy en las acusaciones a Milagro Sala y las otras personas detenidas, reconociendo las irregularidades existentes en las causas y guiándose por los principios internacionales para la ejecución de un juicio eficaz y justo; declare la nulidad de las sentencias arriba mencionadas.
2. Al Congreso de la Nación Argentina: que registrando la total dependencia de los tribunales jujeños al poder político provincial declare la intervención federal del Poder Judicial de la Provincia de Jujuy “a fin de garantizar la forma republicana de gobierno y evitar incurrir en responsabilidad internacional del Estado argentino” como sostiene el proyecto presentado al Senado de la Nación.
3. Al Sr. Gerardo Morales, gobernador de la Provincia de Jujuy: que entendiendo la importancia del reconocimiento y la inversión internacional en el desarrollo económico de la provincia, sabiendo que juicios amañados y sentencias injustas promueven el desprestigio nacional e internacional; que actué sin demoras para establecer las condiciones de un funcionamiento imparcial e independiente del poder judicial y restituir las condiciones para la libertad de actuación política y económica en Jujuy.
4. Al Dr. Alberto Fernández, presidente de la Nación Argentina: siguiendo sus pronunciamientos públicos sobre las detenciones injustas de Milagro Sala y otros prisioneros arbitrarios y el mal funcionamiento de algunos jueces y fiscales, lleve adelante las acciones posibles y pertinentes para la liberación de los arriba mencionados e inicie la transformación de la legislación que rige el accionar del poder judicial.

A partir de su conformación, la Red ha realizado las siguientes acciones:

- Peticiones desde Canadá, Estados Unidos y Francia a la Corte Suprema de Justicia pidiendo la apertura del proceso de “amicus curae” para poder intervenir en la causa de “los pibes villeros.” La petición desde Francia ha sido firmada por ACAF con el apoyo de más de 200 personalidades francesas. Desde Estados Unidos la petición fue firmada por el National Lawyers Guild (Gremial Nacional de Abogados) en nombre de todos sus afiliados en el país. La petición de Canadá fue firmada por 13 juristas de renombre nacional, entre ellos un ex Procurador General, un Oficial de la Orden de Canadá, tres miembros de la Orden de Canadá y dos miembros de la Orden de Ontario. Abogados de los tres países están interesados en compartir sus posturas con la Corte Suprema de Argentina porque opinan que existen violaciones a los derechos humanos, a

la libertad de expresión, criminalización de protesta, manipulación de testigos y otra serie de irregularidades que conducirían, sin duda, a la anulación de las acusaciones, levantamiento de las causas y, potencialmente, apertura de procesos disciplinarios a los abogados, fiscales y jueces que permitieron estos procesos.

- El 12 de marzo de 2021 se realizó un tuitazo internacional. El tuitazo llegó ser tercera tendencia en Argentina. Más de 10.000 tuits alrededor del globo se hicieron eco del reclamo internacional
- El 22 de marzo se le escribió una carta de felicitaciones por su nombramiento al ministro de Justicia Martín Soria, recordándole su compromiso con acabar con el "lawfare" en Argentina
- El 18 de mayo, día en que se cumplían 240 años de la ejecución del inca TÚPAC AMARU II, jefe del levantamiento indígena más grande contra el imperio español en Latinoamérica, se efectuó el festival virtual internacional "Una canción para Milagro" con la conducción de la periodista Liliana López Foresi y la participación solidaria de artistas argentinos, españoles, franceses, canadienses, suecos, brasileños e italianos.
- Para los 2000 días de detención de Milagro Sala, y en apoyo al acampe en Plaza de Mayo, Buenos Aires, Argentina se levantaron carpas en París y Toronto y se pintó un mural en Copenhague.
- En la misma fecha se le enviaron cartas a embajadores argentinos en los países donde funciona la Red y, también, cartas a embajadores en Argentina de los mismos países
- El 4 de octubre se escribió al Juez de Ejecución Penal, Dr. Emilio Carlos Cattán pidiendo la libertad condicional de María Graciela López. Patricia Margarita Cabana, Mirta Guerrero, Adriana Condori y María Condori
- En la misma fecha la Red escribió al Consejo de la Magistratura para adherir a la denuncia presentada por los Dres. Marcos Aldazabal, Luis Paz y Eduardo Tavani contra los jueces del TOF de Jujuy, Mario Héctor Juárez Almaráz, María Alejandra Cataldi y Marta Liliana Snopek por mal desempeño en sus funciones
- El 11 de octubre la Red adhirió a la visita de la delegación de organizaciones sociales y de derechos humanos a Jujuy a llevar solidaridad y apoyo a Milagro Sala y las otras personas detenidas pertenecientes a la organización Tupac Amaru.
- Preparación y difusión de videos mostrando el apoyo internacional a Milagro Sala.
- Apertura de hoja Facebook, grupos de WhatsApp y Telegram.

Acciones de las organizaciones internacionales para la liberación de Milagro Sala

Además de las acciones enumeradas realizadas por comités en los distintos países y por la Red se deben mencionar otras actividades de organizaciones internacionales e individuos en apoyo a Milagro Sala.

- El Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria examinó el caso de la Sra. Sala y determinó que su detención era arbitraria y abusiva, obligando al gobierno nacional de Mauricio Macri a liberar inmediatamente a la Sra. Sala de acuerdo con los tratados ratificados por Argentina. El gobierno argentino nunca le dio respuesta.
<https://www.ohchr.org/documents/issues/detention/opinions/session76/31-2016.pdf>
- La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): Humanos https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/sala_se_01.pdf
- Amnesty Internacional:
<https://www.amnesty.org/fr/documents/amr13/5152/2016/en/>
- En enero de 2016 27 miembros del Parlamento Europeo pidieron la libertad de Sala al presidente Mauricio Macri y al gobernador Gerardo Morales sin recibir respuesta.
<http://www.elcorreo.eu.org/Des-Eurodeputes-demandent-a-Macri-de-s-expliquer-sur-la-detention-de-Milagro-Sala>
- La Organización de Estados Americanos (OEA) ha pedido la liberación de la Sra. Sala, elogiando su labor social y señalando que sólo ha utilizado su derecho a manifestarse.
<https://www.cels.org.ar/web/2016/11/el-secretario-general-de-la-oea-afirma-que-milagro-sala-debe-ser-liberada-de-inmediato/>

Aprendizajes

Lo que antecede es una lista de algunas de las actividades realizadas en distintos países y como Red. Esas actividades han permitido un activo intercambio y frecuentes muestras de solidaridad y apoyo a Milagro Sala y las y los otros detenidos de la organización Tupac Amaru. Queremos agregar lo que consideramos pueden llamarse aprendizajes del trabajo realizado independientemente por país y como red.

La mentira tiene patas cortas

El gobernador Gerardo Morales, con el beneplácito y apoyo del expresidente Mauricio Macri, utilizó el método conocido como “guerra jurídica” para obtener la detención de Milagro Sala y otros dirigentes de la organización barrial Tupac Amaru. Como en todas las guerras, la guerra jurídica tiene su componente propagandístico. Desde “El arte de la guerra” de Sun Tzu y donde enseña como usar los timbales para atemorizar al enemigo anunciando la presencia de sus tropas, se ha sistematizado la propaganda como herramienta fundamental en la guerra.

La principal función de la propaganda en la guerra moderna es satanizar al enemigo. Si la guerra es violenta esa satanización alienta a la destrucción del enemigo cuando es

posible y a la morigeración de las pérdidas. Las películas estadounidenses durante la segunda guerra mundial garantizaban que las innumerables muertes fueran aceptables. Las muertes del “enemigo” porque debía ser destruido. Las muertes de los propios soldados porque eran héroes.

Cuando las guerras se pelean en otros campos, no en el de batalla, la satanización garantiza que el enemigo no penetre en nuestras filas y permite aumentar el número de aliados por temor al Satán. Todavía hoy el “oso comunista comiéndose a los niños” resuena en las percepciones que muchos tienen sobre Rusia y otros países de Europa Oriental. Eso no cambia en la guerra jurídica, la satanización cumple la función de justificar acciones legales amañadas y fallos manipulados porque el acusado “seguro se lo merece.”

La propaganda tiene la función de influir a un número significativo de personas para que piensen o actúen de alguna manera. La propaganda en la guerra jurídica influye en la creencia mayoritaria de que el acusado es culpable, aun antes de que se lleve adelante ningún juicio o se presente ninguna evidencia. Para poder acceder a la masividad necesaria para cumplir su función, la propaganda en la guerra jurídica se difunde a través de los medios de comunicación masivos.

En el caso de Milagro Sala las operaciones de propaganda fueron muchas y diversas basadas en la ficcionalización de hechos reales y el rescate de imágenes culturales justificadoras de la opresión en una sociedad capitalista, colonial y patriarcal.

Si bien, la propaganda contra Milagro acalló su situación en la mayoría de los medios de comunicación fuera de Argentina, para un grupo muy importante de personas fue un llamado de atención. Las personas que iniciaron, conformaron y apoyaron las campañas internacionales en favor de Milagro rápidamente olieron las mentiras subyacentes en la propaganda.

Ese grupo importante de personas reconocieron las mentiras a partir de:

- la falta de originalidad en las acusaciones. Muchas veces anteriormente se utilizaron argumentos similares en situaciones en las cuales el sistema de opresión capitalista, colonial y patriarcal se vio amenazado en su hegemonía cultural y económica,
- la doble condición de mujer e indígena. En la sociedad opresora esa doble condición convierte en enemigo a toda mujer que se rebela,
- el ocultar la construcción de alternativas palpables. La sociedad opresora no puede aceptar que alguien demuestre que otra realidad es posible, sobre todo cuando esa realidad invita a otros a repetir el ejemplo,
- acciones jurídicas y decretos para silenciar la protesta y el alto nivel de movilización, y
- la presencia de la minería, principalmente litio, con la innata violencia que lleva aparejada la industria extractiva internacionalmente.
- Y con ese entendimiento, casi inmediatamente de la detención de Milagro, empezaron a actuar.

El tiempo no silencio

Han pasado casi 6 años de la detención de Milagro Sala y, contrario a lo supuesto por muchos, la campaña mundial por su libertad se ha incrementado con la creación de la Red Internacional por la Libertad de Milagro Sala.

El inicio de las actividades por la libertad de Milagro se hilvanó con el principio del gobierno de Mauricio Macri. La pronta y desvergonzada implementación de políticas económicas neoliberales por parte del presidente Macri, desmantelando muchos de los beneficios obtenidos por las clases populares durante los 12 años de los gobiernos de Néstor Kirchner y Cristina Fernández de Kirchner, despertaron preocupación en un número importante de personas fuera de Argentina.

Naomi Klein en su libro "La doctrina del shock" demuestra la necesidad de la violencia para implementar políticas de libre mercado. Puede ser violencia originada en desastres naturales, pero, mas común, es la violencia generada por acciones premeditadas y preconcebidas por seres humanos. Como mencionamos anteriormente "la democracia no es un valor central del neoliberalismo." Con esa comprensión, las acciones llevadas adelante por el gobierno de Mauricio Macri empezaron a ser seguidas con mayor atención.

Pronto se conocieron dos situaciones, la detención de Milagro Sala y la aprobación por el Consejo de Seguridad Interior del "Protocolo de actuación de las fuerzas de seguridad del estado en manifestaciones públicas." Ambas medidas indicaban un retroceso a tiempos en que el autoritarismo del gobierno garantizaba el enriquecimiento de unos pocos.

Rápidamente Amnistía Internacional reaccionó llamando a esas acciones "criminalización de la protesta" y pidiendo al gobierno argentino que retrotrajera sus políticas y comportamientos para garantizar el derecho a la libre expresión y a la actividad política en una democracia.

La figura de Milagro Sala no era ajena internacionalmente. La creación de cooperativas que generaron miles de viviendas, crearon trabajos, rescataron la espiritualidad indígena y permitieron una verdadera democracia participativa ya había hecho que Milagro Sala y la organización barrial Tupac Amaru tuvieran repercusiones a nivel internacional. Por ejemplo, el documental "Tupac Amaru – Algo está cambiando" filmado en 2012 con la dirección de Palumbo y Buj fue difundido internacionalmente (el documental fue lanzado con subtítulo en varios idiomas) años antes de la elección de Macri. Lo mismo que en varias universidades se revisaba la experiencia de construcción de vivienda social en cooperativas autogestionadas de la Tupac en cursos de arquitectura, urbanismo y ciencias sociales.

Ante la evidencia y con la preocupación de que la violencia bajo el manto de “poner orden” volvía a la Argentina empezaron algunas acciones. Al principio llevadas adelante casi exclusivamente por argentinos viviendo fuera del país como resultado del exilio de los años 70 y algunos no argentinos que habían participado en los movimientos de solidaridad durante la dictadura.

Con los reflejos adquiridos durante la lucha contra la dictadura esos grupos primigenios además de exigencias al gobierno argentino empezaron a realizar tareas de difusión y educación sobre las violaciones a la libertad de expresión en Argentina. En el listado anterior se pueden identificar algunas de estas actividades.

Pronto empezaron a tener resultados. El primer ministro de Canadá expresó públicamente y en territorio argentino su preocupación. Diputados en diferentes países de Europa comenzaron a pedir por la libertad de Milagro. Medios de comunicación empezaron a ser mas receptivos a los pedidos de publicación de informaciones.

El empuje inicial no trajo aparejado el desenlace esperado. Las acciones tanto en Argentina como en el extranjero continuaban, pero no solo Milagro permanecía detenida, sino que el número de causas legales en su contra se aumentaba. Si bien nunca se detuvieron las acciones podemos decir que el entusiasmo disminuyó, sobre todo entre los no argentinos.

La elección de Alberto Fernández abrió un nuevo marco de esperanza. El nuevo presidente siempre había reconocido la detención de Milagro como injusta. Inclusive la había visitado durante su detención, antes de ser candidato. El nuevo presidente anunció cambios en la justicia y reconoció en su discurso de asunción que la presunción de culpabilidad era una violación a la constitución y a los derechos humanos. Todo indicaba que finalmente Milagro y los demás dirigentes de la Tupac serían liberados. Pero no.

El nuevo gobierno se enzarzó en una distinción teórica entre “presos políticos” y “presos arbitrarios.” Utilizando esa diferencia dejó en manos de esa justicia que había llamado los “sótanos de la democracia” la resolución de la situación de Milagro.

La desilusión por la falta de accionar del nuevo gobierno no acalló las demandas. Por el contrario, si lo que se podía esperar de un gobierno reaccionario y neoliberal se repetía en un gobierno de corte popular eso indicaba que había que aumentar los esfuerzos porque la solución no estaba en esperar la buena voluntad de los gobernantes sino en presionar y movilizar hasta conseguir los resultados esperados.

Como se dice por allí, ¡ha redoblar la apuesta! Poco después del primer año de gobierno de Alberto Fernández nació oficialmente la Red Internacional por la Libertad de Milagro Sala con dos hechos contundentes, un tuitazo tercera tendencia en Argentina y un festival musical y poético virtual que acumula mas de 10.000 visitas en YouTube.

El accionar colectivo es posible a pesar de la distancia

Adelante trataremos de las herramientas tecnológicas que hicieron posible el accionar colectivo, pero no hay herramienta eficaz sin la voluntad de usarlas.

Desde un inicio, y ya se lo ha mencionado, grupos e individuos, en la Argentina y en otros países iniciaron actividades para detener la injusticia contra Milagro. También hemos señalado que ni el tiempo, ni los cambios gubernamentales consiguieron que se callaran esos reclamos. Queremos brevemente tratar el tema de la distancia como elemento a superar en la acción colectiva.

Dos elementos se concordaron para facilitar la superación de la distancia en el accionar colectivo: la experiencia histórica y la distancia existente entre Jujuy y cualquier centro de poder.

La experiencia histórica enriqueció el accionar actual. Durante la dictadura cívico militar que azotó la Argentina entre 1976 y 1983 las posibilidades de actuar, denunciar, reclamar fueron muy limitadas dentro de Argentina. Cualquier acción individual o colectiva contra dictadura podía significar la desaparición o la muerte. Las Madres de Plaza de Mayo, seguidas por las Abuelas, fueron rompiendo esa barrera del miedo. Junto con ellas una campaña internacional denunciando los crímenes de la dictadura fue carcomiendo el discurso de "somos derechos y humanos" de las Juntas.

Esa experiencia no pasó desapercibida en la campaña por Milagro. Si bien hubo nuevos participantes, muchos de los que activaron en la campaña o estuvieron detenidos, perseguidos, exiliados por la dictadura o fueron partes de los comités de solidaridad internacional durante el tiempo de las Juntas. En otras palabras, en los comités fuera de Argentina existía la experiencia del accionar colectivo internacional dirigido a cambiar acciones gubernamentales antipopulares.

Hubo una gran diferencia con la experiencia histórica que debemos rescatar y es la existencia de una democracia formal en Argentina. Durante la dictadura el funcionamiento político y militante dentro del país era casi imposible. Por lo tanto, las demandas y los momentos de acción se definían y venían del accionar internacional. Con una democracia formal activa eso pudo revertirse. Los momentos en donde actuar, sobre que o quienes actuar, como actuar se generaban en Argentina. Ya sea formalmente desde el Comité por la Liberación de Milagro Sala en Buenos Aires o el Frente Milagro Sala, o por la creatividad de grupos militantes o el directo llamado de Milagro, el accionar internacional se ha ido intercalando con los pasos dados en la Argentina.

Jujuy no solo está distante de Toronto o Estocolmo, está lejos también de Buenos Aires. El accionar por la libertad de Milagro debió superar también ese aspecto de la distancia. Se conocía y se rescataba el trabajo de la organización Tupac Amaru y el liderazgo de

Milagro, pero era algo que pasaba en algún lugar remoto, allá lejos. La detención de Milagro obligó a acortar distancias, no geográficas, pero sí políticas. Como resultado de la necesidad de superar la distancia física no solo se crearon comités en diferentes países del mundo, sino también en diferentes ciudades de Argentina.

Con el inmenso deseo de desandar una injusticia y la voluntad de hacer lo posible para alcanzarlo se inició un camino dentro y fuera del país que demuestra que la distancia no es el olvido, a pesar de lo que diga el bolero.

Nuevas herramientas de coordinación y resistencia

Concurrentemente con la voluntad de continuar con la lucha por la libertad de Milagro Sala y los otros hubo un desarrollo tecnológico que permitió un funcionamiento más afianzado de la cadena de solidaridad en Argentina y el exterior.

Al inicio de las actividades por país la forma más eficiente de comunicación y para compartir experiencias era el correo electrónico, herramienta que en los casi 6 años de detención de Milagro ha perdido parte de la efectividad que tenía.

Igual queremos rescatar la facilidad que la internet, inclusive en su infancia, permitió cuando se la compara con la forma de transmitir informaciones, coordinar acciones y llevar solidaridad durante la dictadura cívico militar de 1976-1983.

A fines de los 70, una carta con informaciones o proyectos podía tardar entre una y dos semanas para llegar al destinatario. Mas o menos el mismo tiempo llevaba recibir respuesta, Un mes para un intercambio que, en muchos casos, necesitaba de varios más para llegar a una conclusión. Con el correo electrónico ese intercambio se redujo a 24-36 horas.

Recibir un periódico o una revista desde la Argentina en los 80 también llevaba casi una semana. Debían llegar por avión y luego distribuirse. La detención de Milagro Sala fue seguida en tiempo real a través de la computadora en videos, audios y artículos escritos

Esas herramientas permitieron a los comités en los distintos países conocer rápidamente lo que estaba pasando en la Argentina y compartir sus experiencias con otros comités,

Luego llegaron Facebook, WhatsApp/Telegram y la pandemia.

Facebook vino a reemplazar las hojas Web que, con muchas posibilidades también traían muchos desafíos tecnológicos y la necesidad de tener conocimientos que no eran tan fáciles de acceder. Con Facebook muchos de los comités crearon rápidamente una página donde difundir los que estaba ocurriendo con Milagro y lo que el comité estaba haciendo. Textos, artículos periodísticos, fotos, música empezaron a colaborar y apuntalar el trabajo de los comités.

WhatsApp y Telegram abrieron 2 puertas. La formación de grupos para comunicarse rápidamente y, mas importante, colectivamente y las llamadas telefónicas internacionales gratuitas. Volviendo a las comparaciones desde la llamada telefónica como lujo financiero de los 80, a las tarjetas de finales de los 90, terminando en las llamadas gratuitas de las aplicaciones en los teléfonos celulares actuales, el avance en las posibilidades de comunicarse con el uso de nuevas herramientas tecnológicas multiplicaron la efectividad del trabajo entre los comités.

Y, finalmente, llegó la pandemia y con ella Zoom.

Zoom trajo la posibilidad de realizar eventos masivos y reuniones de trabajo virtualmente y, lo mas importante para neófitos tecnológicos, es fácil de usar. El primer evento masivo, que en alguna medida dio el puntapié inicial para la formación de la Red, se realizó por Zoom, fue el conversatorio del 16 de enero de 2021, lanzado desde Canadá, pero que tuvo la participación de mas de 500 personas de distintas partes del mundo. Siguieron reuniones entre los representantes de los comités alrededor del mundo para conocernos mejor y organizar actividades en conjunto.

Queremos aclarar que no presentamos a las aplicaciones y programas nombrados como los mejores o lo que se deben usar. Estamos seguros que deben existir otras aplicaciones talvez de mejor calidad o que no son propiedad de grandes empresas digitales multinacionales o no hay que lidiar con avisos. Probablemente estén disponibles, no las conocemos o usamos. Este es solo un resumen de las herramientas que a nosotros nos han servido para llevar adelante una campaña internacional y coordinada por la libertad de Milagro Sala y las y los otros presos en Jujuy.

Conclusión

La detención de Milagro Sala y otros y otras dirigentes de organizaciones sociales en Jujuy despertaron consternación en diferentes ámbitos, nacionales e internacionales. Esas detenciones fueron el descarnado aviso que se iba a utilizar toda la violencia necesaria para imponer el programa económico neoliberal representado por el presidente Macri y el gobernador Morales. La respuesta no tardó en presentarse, nacional e internacionalmente. Esta ponencia hace un somero recuento de algunas de las acciones desarrolladas en el intento aun inconcluso de obtener la libertad de Milagro y los otros.

La intensidad de la respuesta se cimienta en:

- la inconsistencia de la narrativa justificando la detención de Milagro y los otros dirigentes cuando se la contraponen con lo hecho por los mas humildes en los barrios de Jujuy,

- el tiempo que ha pasado desde esa detención y la existencia de dos gobiernos de tintes opuestos que no han utilizado los instrumentos a su disposición para garantizar una solución justa,
- la experiencia histórica del valor del trabajo internacional durante la dictadura cívico militar
- la aparición de nuevas tecnologías que, acortando distancias, facilitan el accionar colectivo.

Lamentablemente, al cerrar esta ponencia, y a pesar de los esfuerzos en Argentina e internacionalmente la libertad definitiva de Milagro Sala y los otros dirigentes de la Tupac detenidos no se ha concretado. Eso implica un llamado a continuar con fuerza y creatividad el trabajo nacional e internacional hasta que veamos a Milagro y a los otros caminando por la calles de Jujuy, con la cara en alto y re emprendiendo la obra que quisieron destruir.

JORGE GARCIA ORGALES

Red Internacional por la Libertad de Milagro Sala

Porque Milagro Sala es importante para mí⁽¹⁾

El término “guerra jurídica” parece indicar un solo campo de batalla, el terreno judicial. En toda guerra la propaganda es una herramienta fundamental de los contendientes. En algunos casos, inclusive mas importante que las armas. En el caso del *lawfare* los medios de comunicación comprados o manejados por los que utilizan la guerra jurídica como forma de atacar y tratar de destruir al oponente político cumplen la función de propagandistas. Estos propagandistas, en su mayoría periodistas reconocidos de los medios de comunicación masivos, mientras ocultan y distorsionan las acciones e ideas de los “acusados” fabulan una narrativa que justifica y ensalza la “persecución jurídica.”

Sin los medios de comunicación violentando, criminalizando y vilipendiando al “acusado” los artilugios jurídicos quedarían encerrados en un grupo de ciudadanos muy pequeño; compuesto de jueces, fiscales, abogados y pocos mas. En el caso de Milagro Sala los medios de comunicación dominantes presentaron la narrativa de una persona violenta, corrupta, irrespetuosa de las leyes, ladrona y asesina abriendo el camino para que las acusaciones tuvieran alguna base en la imaginiería, principalmente, de las clases medias.

Es importante aclarar que las clases altas, acomodadas, no necesitan ser confundidas o mal informadas por los medios de comunicación. Conocen históricamente quienes son los que son como ellos, de su nivel. El resto está por debajo. Desde luego cualquier intentona por subvertir ese orden será culturalmente rechazada sin mayores necesidades de explicaciones o justificaciones. No hace falta narrativa justificadora.

(1) Esta ponencia ha sido escrita en el territorio de las naciones originarias Haudenosaunee, Anishinabewaki, Missisauga and Wendake-Nionwentsio; hoy conocido como Toronto, Canadá. El proceso de Verdad y Reconciliación empieza abrir las puertas a voces silenciadas e historias escondidas.

No se puede decir lo mismo de las clases medias que viven en una cuerda floja cultural, tratando de encontrar un lugar entre los de arriba y evitando caerse por temor a juntarse a los de abajo. Entre esas clases medias ambiciosas e inseguras encuentra el terreno fértil la propaganda de la guerra jurídica.

Shakil Choudhury habla del poder derivado de la posición social. Una mujer blanca, de clase media, tiene poder sobre muchas otras personas (trabajadoras domésticas, vendedores y vendedoras, porteros, conductores de transporte público y taxistas, maestras y una larga lista que puede continuar). Esa mujer ni pidió ese privilegio, ni lo consiguió con sus esfuerzos. Ella nació en ese cuerpo y en esas circunstancias. Tiene ese poder sin siquiera preguntarse como o porque. Pero sin preguntárselo, lo ejerce. Esa superioridad es parte de su normalidad, de la normalidad de la clase media.

Esa normalidad abarca a los otros, los de abajo y los de arriba; cada uno tiene su lugar y la vida continua. De pronto, sorpresivamente, algo cuestiona esa normalidad, algo nuevo aparece. Esas otras normalidades sorprenden a la clase media, la atemorizan, la desconciertan. Ante esa inseguridad reaccionan protegiendo lo que conocen y desechando, atacando lo que lo cuestiona. Los medios de comunicación alimentan la perplejidad ante lo inesperado enmarcándolo como algo fuera de contexto, que lesiona el orden constituido. Ese orden que le permite a la clase media ser quien es. Crea temores que cambios, sobre todo impulsados por los de abajo, les cambien las reglas del juego y le afecten su poder social. El rol de la propaganda en la “guerra jurídica” no es solo “ensuciar” al enemigo sino, mas importante, es abrir temores en la clase media de como ese “enemigo” puede afectarles sus privilegios.

La imaginería de las clases medias no es única de o en la Argentina. Está basada en una estructura de división de clases del sistema capitalista. Por ende, esa imaginería, se reproduce en el mundo. Con menos repetición, pero con igual intensidad la descripción de los “crímenes” de Milagro Sala se difundió en la prensa internacional. A pesar de eso, la campaña internacional por la libertad de Milagro Sala consiguió apoyo solido entre muchas personas de clase media en muchos países. ¿Cuáles fueron las razones que llevaron a personas ajenas a la realidad argentina y lejanas de Jujuy y Milagro a movilizarse por la causa de su libertad? ¿Qué fue lo que impidió que las argumentaciones de la propaganda de la guerra jurídica penetrasen internacionalmente como sucedió en amplias capas de las clases medias argentinas?

A través de entrevistas a personas involucradas en la campaña por la libertad de Milagro Sala en Canadá hemos identificado algunas de esas razones⁽²⁾ Avanzando en las conclusiones podemos resumir estas razones en falta de originalidad en las acusaciones, la

(2) Agradezco a Barb Thomas por darme la idea del tema y a Louise Casselman, Edmee Franssen, Barb Jackman, Alex Neve y Francisco Ramirez Cuellar por su paciencia y disponibilidad para las entrevistas.

condición de mujer indígena de Milagro Sala que moviliza su comunidad construyendo la posibilidad de un futuro diferente, la repetición de la represión a la protesta en situaciones parecidas en otros países y la innata violencia que lleva aparejada la industria extractiva internacionalmente

Milagro no es única

Si bien Milagro es única en su capacidad de organización y movilización en Jujuy, Argentina; no es única en ser perseguida y vilipendiada por sus acciones y logros. Los argumentos usados para calumniar a Milagro Sala ya habían sido usados en muchos otros casos. Reconocieron las mentiras por su uso repetido. Los artilugios mediáticos los alarmaron, pero no por lo que decían sino por lo que, una vez más en su experiencia, trataban de ocultar.

En distintas circunstancias y tiempos los entrevistados han conocido de líderes sociales, sindicales y comunitarios que han sido denigrados personalmente como forma de justificar su persecución política, inclusive explicar sus asesinatos. Sobran casos de golpes de estado contra gobernantes supuestamente corruptos; muertes de dirigentes sociales por problemas sexuales falsos o inventados; acusaciones de usos de drogas o alcohol para justificar acciones en su contra. Ese uso propagandístico contra individuos que intentan transformar un orden injusto no sucede solo en Argentina o Canadá. Sobran ejemplos: la persecución y el asesinato de líderes sociales y sindicales en Colombia, la denostación de dirigentes indígenas en Canadá, la acusación de violentos a los jóvenes movilizados en Chile y Colombia.

En el caso particular de Argentina existe una historia cercana previa de técnicas propagandísticas para ocultar la persecución a dirigentes y activistas populares. La dictadura militar que azotó Argentina entre 1976 y 1984 utilizó la figura del criminal subversivo y terrorista para acallar el reclamo por los desaparecidos, muertos y detenidos como resultado de las acciones militares y paramilitares. Inclusive utilizaron slogans como "los argentinos somos derechos y humanos" para desviar la atención de las denuncias de las madres y abuelas de desaparecidos y las campañas internacionales que apoyaban esos reclamos.

No solo individuos sufren la utilización de la calumnia y la insidia como métodos para ocultar la verdadera razón por la que son perseguidos. Las mismas técnicas propagandísticas se usaron y usan contra países y comunidades enteras. Las mentiras sobre el gobierno sandinista en Nicaragua o el de Maurice Bishop en Granada; sobre la isla de Cuba; el oscurecimiento del apartheid en África del Sur o del tratamiento al pueblo palestino. En la mayoría de los casos esas mentiras justificaron invasiones, intentos de invasiones, cercos comerciales y silenciamiento de injusticias.

Todos los casos mencionados tienen en común el haber cuestionado el status quo, la ordenación económica vigente y haber propuesto o demostrado que otra realidad era posible. Cuando la gente marginada se organiza y pone en marcha el cambio, demuestra liderazgo y recuerda a los otros que ellos también son capaces de gobernarse, de decidir y conducir sus futuros; en esos casos y con mucha frecuencia son castigados y perseguidos desde el poder. Son perseguidos y castigados porque los que están en el poder tienen miedo al liderazgo de los marginados, tienen miedo de que inspire a otros, que les recuerde que esos otros son mucho más de los que les han dicho que son. Que son capaces de organizarse y proveer para ellos y para su comunidad sin permiso de nadie y sin que los poderosos se beneficien de sus esfuerzos.

Una de las entrevistadas dijo textualmente "... Estados Unidos tuvo que destruir Granada porque si triunfaba podría recordar a otros países del Caribe, a otra gente del Caribe que ellos también podrían construir una sociedad sin analfabetos, en la cual se podía ir a la escuela, se podía tener cuidados sanitarios, se podía crecer su propia comida."

La propaganda usada como parte de la guerra jurídica contra Milagro Sala (y muchas otras dirigentes populares) impacta diferente dependiendo de la ubicación social y las experiencias personales del que la recibe. Mientras amplios sectores de la clase media aceptan como "verdad" lo difundido en los medios; otros, lo reciben como un aviso de que el poder quiere ocultar, destruir a alguien o a algún movimiento.

La lupa que permite ver con más claridad en que se basa el distinto efecto causado por la propaganda en la guerra jurídica es la relación del receptor con un posible cambio estructural. Los sectores que, consciente o inconscientemente, rechazan el cambio, temen al cambio porque puede alterar lo que ellos viven como realidad (que si bien no es necesariamente apetecible es por lo menos la que les permite mantener su poder social), aceptan y repiten acríticamente los argumentos que justifican la persecución judicial del "acusado".

Por el contrario, quienes promueven y entienden la necesidad de un cambio en proceso de construcción de una sociedad más justa e igualitaria, reciben la información como un aviso que algo está pasando a lo que hay que prestarle atención y, probablemente, intervenir para que pueda seguir avanzando. En este segundo grupo se encuentran las entrevistadas que conociendo las acusaciones contra Milagro las encontraron como argumento para integrarse en lucha internacional por la libertad de Milagro y sus compañeras y las muchas otras personas que apoyan a Milagro Sala.

Milagro es indígena Kolla

La lucha de los pueblos indígenas para ser propiamente reconocidos, obtener el lugar en la sociedad que nunca debieron haber perdido, recuperar su identidad cultural y la acep-

tación de su cosmogonía, recobrar sus tierras y utilizarlas de acuerdo con sus creencias ha crecido en las Américas. Desde los Mapuches de Chile y Argentina hasta los Inuits de Canadá, Alaska y Groenlandia con sus incontables enfrentamientos, pacíficos y violentos, han mostrado a la sociedad tradicional que luego de más de quinientos años de silenciarlos, las naciones indígenas no han desaparecido y exigen de la sociedad colonial que los reprimió y ocultó el reconocimiento de su historia, cultura y dignidad.

En un claro rescate de su condición indígena Milagro Sala y la Túpac Amaru no solo actuaron en lo material, construcción de viviendas y creación de trabajos. También lo hicieron en lo espiritual, el rescate de la cosmogonía indígena, su forma de ver el mundo y los vínculos, donde lo colectivo y comunitario envuelve y protege a todos y cada uno de los miembros de esa comunidad. Se restablecieron ceremonias culturales y religiosas de los pueblos indígenas, prácticas que habían sido prohibidas o reprimidas durante siglos, en un templo especialmente construido en el centro de Alto Comedero, el barrio más importante levantado por las cooperativas de la Tupac.

En mayo de 2010 Milagro Sala lideró la Marcha Nacional de los Pueblos Originarios. Representantes de 30 pueblos y 300 comunidades aborígenes marcharon por 8 días para llegar a la Casa Rosada, sede del gobierno argentino en la ciudad de Buenos Aires. La gran marcha abogó por la creación de un Estado Plurinacional, que reconozca la diversidad de culturas de los pueblos originarios; les conceda una reparación territorial y económica; resguarde a la Pachamama (la Madre Tierra) protegiendo glaciares, prohibiendo la minería a cielo abierto y el uso de pesticidas en la agricultura; y reconociendo las lenguas y culturas aborígenes en las escuelas.

Los entrevistados consideran a Milagro Sala y la organización Tupac Amaru como parte de esa lucha de las naciones indígenas. Sus acciones lo prueban.

Mucho del lenguaje usado para desacreditar a Milagro se utilizó y utiliza en muchos otros lugares y contra muchas otras líderes indígenas. La imagen del indio salvaje, corrupto, violento, aprovechado, vago, sometido, disoluto es una cobertura propagandística histórica para ocultar el robo de sus tierras y el intento de destrucción de sus culturas. En cada caso esa narrativa repetida personaliza al sujeto que se quiere perseguir. Analizando la imagen presentada por los medios masivos de comunicación sobre Milagro Sala detectamos que todos y cada uno de los elementos del viejo patrón racista anti-indígena se encuentra presente.

En Canadá, donde se realizaron las entrevistas, el horror de la violencia colonialista se evidenció definitivamente con el descubrimiento de miles de tumbas de niños sin nombre en los terrenos de los colegios de internados para niños indígenas. Las tumbas fueron encontradas por los pueblos indígenas, no por el gobierno. Se hablaba de su existencia, pero no se hacía ningún esfuerzo por saber la verdad. Esos niños y esas niñas son los “desaparecidos” de Canadá. Fueron arrancados por la fuerza policial de

sus hogares, llevados a institutos manejados en su mayoría, 70%, por la iglesia católica con el mandato de “sacar al indio del indio” y nunca regresaron, nadie supo que pasó con ellos. Como los desaparecidos en la Argentina, sus familiares y sus comunidades tuvieron que luchar para encontrarlos.

Como ya se ha mencionado, el racismo anti-indígena reconocido en el informe de la Comisión para la Verdad y la Reconciliación publicado en 2015 en Canadá se reconoce en la propaganda utilizada contra Milagro Sala y la organización barrial Tupac Amaru a pesar de la distancia y las diferencias geopolíticas.

Las personas marginadas, especialmente los indígenas, han recibido siempre el mensaje de que no son suficientemente buenos, que les falta algo. Ese mensaje es poderosísimo y muy vicioso, ensucia y empequeñece al que lo recibe. Y cuando no lo aceptan, cuando se revelan el mensaje cambia, allí se convierten en violentos salvajes, incivilizados. Esencialmente es un mensaje de odio, de no aceptación al otro. Al mismo mensaje de odio utilizado del norte al sur del continente, se le opone la lucha de las naciones originarias apareciendo en todos los rincones de las Américas. El reconocimiento y apoyo a esas luchas de las naciones originarias, en Canadá y en el resto de las Américas, es uno de los elementos en que se basa el apoyo a Milagro internacionalmente.

Milagro es mujer

Así como existe una narrativa histórica para hacer desaparecer al indígena, también existe una narrativa para disminuir a la mujer. En ambos casos la narrativa cumple la función de esconder la opresión sufrida en una sociedad colonial y patriarcal por estos grupos.

Mencionamos los adjetivos ligados a la opresión de los indígenas, los favoritos para las mujeres son dóciles, emocionales, guardianas, caseras, superficiales, dependientes, incapaces intelectuales. La “mamá que está detrás de todo y apoya al marido” es la imagen clásica de las mujeres. Muy resumidamente esa imagen esconde la falta de independencia económica, de ayuda en el cuidado de la casa y de los hijos, la obligación de obedecer al marido y ser la segunda en la relación.

Milagro Sala no solo no conforma ningún aspecto de esa imagen, sino que la combatió individual y colectivamente. Se puso al frente de una organización y sin obsecuencia aceptó y demostró su capacidad de liderar. Construyó una pareja en que ella es mas reconocida que él y juntos se apoyan y trabajan para construir un mundo mejor. Ama a sus hijos y nietos pero cada uno tiene algo que hacer en la casa. En la organización Tupac Amaru la mayoría de las miembros eran mujeres, que trabajando en igualdad de condiciones que los hombres, obtenían independencia económica. No aceptó la violencia de genero normalizada en la sociedad patriarcal, ni la heterosexualidad como norma única.

El sistema patriarcal no lo pudo consentirlo. La máquina propagandística utilizó todos sus recursos, una y otra vez, para destruirla,

Milagro es presentada como una persona violenta que obligaba a los que la seguían a obedecerla. No convencía con argumentos, ordenaba.

Milagro pagaba para que participaran en marchas. No los movilizaba porque los representaba.

Milagro es agresiva, no racional, en las discusiones. No era la voz de los demás.

Milagro esta “metida en cosas raras.” ¿En qué? No hace falta aclararlo.

Milagro es una delincuente y asesina. ¿A quién asesinó? ¿Qué delitos cometió? La justicia de sus adversarios lo va a demostrar.

Milagro no respeta la ley. Cuando no acepta las ordenes policiales, judiciales o gubernamentales.

Milagro lo sabía, pero no se amedentró. “Lamentablemente, en Jujuy hay una corporación política. Son cinco tipos que han hecho todos los negocios. No se bancan que quien lidere sea una mujer... Para ellos es difícil, es un costo muy fuerte del machismo bancarse que una mujer sea la que esté encabezando todo esto [...]. Ellos prefieren bancar a los hombres con cualquier estupidez, a que una mujer esté liderando” (Entrevista a Milagro Sala, 2009) (Tabbush y Caminotti, 2015 pp. 147-171).

Milagro camina de la mano de las indígenas violadas, de las esclavas arrancadas de sus tierras, de las que lucharon en las independencias, de las que exigieron el voto, de las que reclamaron el derecho sobre sus cuerpos, de las que amaron sin miedo, de las que construyeron belleza con su arte, de las que con el amor a sus hijos construyen el futuro. A todas ellas, como a Milagro, las persiguieron y las ocultaron y a pesar de ello hoy están al frente de la verdadera historia de la humanidad.

Milagro hizo

La narrativa propagandística iniciada anteriormente a la detención de Milagro Sala y los otros dirigentes de la organización barrial Tupac Amarú nunca pudieron negar u ocultar su obra social, cultural y política. Presentan a Milagro como persona violenta y autoritaria, desconocedora de las reglas sociales y jurídicas, apropiadora de dineros, traficante de drogas y una serie mas de imágenes que, como se mencionó, se retrotraen a la imagen distorsionada históricamente del indio y de la mujer. Lo que nunca pudieron hacer es esconder que se construyeron miles de viviendas, se crearon miles de trabajos, se abrieron escuelas y clínicas de salud, se rescató el sentir indígena y la forma del ser y hacer de los que menos tienen en Jujuy.

La narrativa intentó destruir a los hacedores porque no pudieron atacar a lo hecho. Lo hecho es el corazón de la guerra jurídica contra Milagro y de la propaganda que la alimenta. El sistema económico capitalista en su forma extrema, el neoliberalismo, parte de ser la única posibilidad de subsistencia y desarrollo social. Margaret Thatcher, ex primer ministro del Reino Unido e iniciadora de la implementación del neoliberalismo a nivel mundial, decía “No hay alternativa.” En el libro “El fin de la historia y el último hombre” [Free Press, 1992] el filósofo estadounidense Francis Fukuyama argumenta que con el florecimiento de la economía de mercado se acabaron las ideologías y los otros modelos políticos posibles. Esa forma única de pensar solo permite abrir espacios para discutir y negociar con discursos adversos a esas ideas algunos de los resultados de su proyecto económico, no su hegemonía. Hasta puede flexibilizar la implementación de esa economía de mercado. Entre la Alemania gobernada por Angela Merkel y los Estados Unidos de Donald Trump hay grandes diferencias, pero ninguna que ataque al corazón de la economía de mercado. Se puede negociar la implementación, pero no lo que se debe implementar. Lo que es imposible de aceptar es la implementación de algo diferente, una alternativa.

La Tupac Amaru construyó esa alternativa. No solo generó vivienda y puestos de trabajo con apoyo gubernamental como muchas otras experiencias en Argentina e internacionalmente, sino que lo hizo eliminando la ganancia y la individualidad en el proceso productivo. En la economía de mercado tradicional, y mas aún en la etapa neoliberal, el rendimiento de la inversión se convierte en una de las mediciones esenciales para justificar un negocio. En otras palabras, tiene que haber ganancias y estas van a las arcas del propietario individual o los accionistas de la empresa. La Tupac rompió esa lógica. Lo que compone las ganancias en las empresas privadas la Tupac lo reinvertió en la comunidad. Escuelas, centros culturales, piletas, guarderías, salas de salud, tomógrafos y otras facilidades y servicios que gozaban las comunidades tupaqueras fueron pagados por lo que, en otros casos, es el rendimiento de la inversión.

Milagro Sala y la Tupac Amaru no solo rompieron la lógica económica manteniendo las ganancias en el ciclo económico en lugar de convertirlo en beneficio para los propietarios, sino que cuestionaron la individualidad innata en la economía de mercado. En lugar de aceptar la regla no escrita de la economía de mercado de que cada uno se salva como puede y si le va bien goza de los resultados, construyeron colectividad. Las decisiones de que hacer económicamente y como hacerlo eran tomadas en asamblea, por todos no solo por algunos pocos.

Todo el accionar de Milagro Sala cuestiona al neoliberalismo y a sus beneficiarios. Y cuestiona no con una crítica académica o parlamentaria sino con acciones, mostrando alternativas, haciendo. Creando diariamente la sociedad que quieren vivir. Haciendo la revolución cada día para hacer la revolución del futuro. Esa auténtica subversión aterroza al poder. Presenta alternativas y muestra a los otros que es posible algo profundo y auténticamente diferente.

Descubrir la magnitud del cuestionamiento encarado por Milagro Sala explicó porque estaba siendo castigada. El poder no podía soportar lo que ella estaba haciendo. No solo entregaba una casita sino que construía una comunidad donde la gente se podía realizar, ser feliz, ser alegre, ir a una pileta de natación, crear, producir, estudiar. Estaba enseñando a otros que ellos también podían producir belleza en sus vidas; el castigo no se hizo esperar. Cuando la reacción cae sobre alguien que está haciendo todo eso las personas solidarias sienten la necesidad de levantarse, denunciar, apoyar. No solo porque es justo y correcto defender a ese castigado, sino también para demostrarnos a nosotros mismos que no nos van a asustar, a callar con esos castigos.

Milagro es bochinchera

Milagro Sala y la Tupac comprendieron rápidamente que las necesidades de su gente ni se resolvían, ni eran consideradas en las oficinas gubernamentales, despachos judiciales u otros lugares no tan oficiales, pero donde se decidía el futuro de la gente humilde de Jujuy. Para romper esa barrera usaron la movilización. La calle se convirtió en la caja de resonancia de sus demandas.

Desde la masiva Marcha Nacional de los Pueblos Originarios ya mencionada, pasando por la masiva invasión al juzgado del juez Oliver Pastor para que se abrieran las causas contra Carlos Pedro Blaquier por su participación en el genocidio de la dictadura, hasta las innumerables marchas en San Salvador de Jujuy para obtener soluciones a las necesidades de la gente humilde.

A estas movilizaciones las enmarcan en la narrativa persecutoria como muestra de la violencia y el autoritarismo de Milagro y la sumisión de las bases de la Tupac Amará. Basada en esa narrativa instalada por los medios de comunicación masiva desde tiempo atrás se inicia la persecución jurídica de Milagro Sala con la detención el 16 de enero de 2016 por «instigación a cometer delitos y tumultos en concurso real», por el acampe que la Red de Organizaciones Sociales mantenía desde hacía 33 días frente a la Gobernación entendiendo que el acampe provocaba impedimento y entorpecimiento del transporte en el centro de San Salvador de Jujuy.

Todos sabían que esa acusación se caía muy pronto pero le dio al gobierno de Jujuy los pocos días necesarios para iniciar otro tipo de acciones legales contra Milagro. Como es de esperar volvieron a basarse en la narrativa construida que da lugar a la acción de la pata judicial en la guerra jurídica. Las nuevas acusaciones fueron por corrupción (causas “pibes villeros,” “megacausa con Fellner”), acciones violentas (causas “de los huevos,” “balacera de Azopardo.” “de las bombachas”), amenazas (causas “amenaza en la cárcel,” “amenaza a Natalia Bazán,” amenaza a Marta del Valle Gaité”) e incitación a la violencia (causas “acampe,” “campos verdes”). Todas las causas abiertas contra Milagro se basan en la narrativa histórica contra personas y organizaciones indígenas, especialmente recicladas para usarse en estos casos.

Justificando lo ocurrido en Jujuy, en el mes de febrero de 2016, el Consejo de Seguridad Interior nacional aprobó el "Protocolo de actuación de las fuerzas de seguridad del estado en manifestaciones públicas." Dicho protocolo contraponen el derecho a manifestarse y expresarse públicamente al derecho de circular y trabajar y utilizando esa contraposición autoriza el uso de la fuerza pública para garantizar la libre circulación.

El intento de legalizar la detención creando amañadas causas legales tuvieron el efecto inverso en Canadá al esperado, la propaganda. no alcanzó a tapar algo evidente para todo observador de buena fe. No había base para la detención de Milagro Sala. La detención fue un caso claro de persecución y penalización de la protesta, del ejercicio del abuso del poder.

Milagro vive pegada al litio

La experiencia en las confrontaciones entre comunidades y compañías mineras muestra que en las zonas en que las comunidades están organizadas y con liderazgo fuerte las compañías no han conseguido sus objetivos

La minería es una de las fuentes económicas de la provincia de Jujuy, junto con la industria azucarera y, últimamente, el turismo y, potencialmente, el cannabis. MiningWatch una organización canadiense sin fines de lucro, dedicada al seguimiento de las compañías mineras informa que, en enero de 2021, en la Argentina existían 359 sitios mineros, en exploración o explotación, manejados por compañías canadienses. De esos sitios mineros 26 se encuentran en la provincia de Jujuy y 11 son sitios mineros de litio. La organización barrial Tupac Amaru no está establecida en las zonas de interés para la minería del litio.

La provincia de Jujuy es parte del Triángulo del Litio, área común entre el norte de Argentina, norte de Chile y Bolivia, donde se encuentra potencialmente el 80% del litio existente en el mundo. Por su uso como nueva fuente de energía el litio es uno de los principales minerales explorados y explotados por la industria minera. El litio se encuentra, principalmente, en zona de salares y necesita cantidades substantivas de agua para su extracción. En el caso de Argentina se encuentra en la Puna de Atacama, en las provincias de Jujuy, como habíamos mencionado, Salta y Catamarca. La necesidad de agua para la explotación del litio en zonas desérticas implica que las comunidades ubicadas en dichas áreas con frecuencia ven afectadas sus tradicionales fuentes económicas (en la mayoría economías de subsistencia) y provoca resistencias contra la minería.

El 7 de octubre de 2021 se inició la sexta Qhapaq Ñan, caminata por el agua y por la vida, desde la Quiaca⁽³⁾. Las naciones Kolla, Omaguaca, Tilcara. Tilian y Ocloya reclaman la protección de sus territorios de los atropellos de la industria minera, el exceso consumo

(3) <https://www.pagina12.com.ar/373231-jujuy-comenzo-la-sexta-caminata-por-el-agua-y-la-vida>

de agua, la falta de consulta previa, libre e informada y el respecto a la cultura ancestral. Estas naciones denuncian al gobernador Gerardo Morales de “dictador” por no respetar sus derechos y proteger a la industria extractiva.

Estas marchas empezaron en 2017, un años después de la detención de Milagro Sala. Desde su elección el gobernador Morales tenía claros planes de extender la industria minera ya existente y permitir, en particular, la rápida explotación del litio. En el mismo año de su elección cambia la reglamentación imperante⁽⁴⁾ sobre la intensidad posible para la explotación de litio (principalmente profundidad de las aperturas). No hay dudas que el gobernador y su entorno conocían las consecuencias que sus medidas tendrían en las comunidades afectadas y las posibles repercusiones.

¿Tuvo Morales temor a las sensibilidades y la capacidad de movilización de Milagro Sala? ¿Fue la detención de Milagro una medida preventiva por parte del gobernador? ¿Le preocupaba al gobernador Morales qué podía hacer la mujer que de nada construyó barrios enteros, rescató la cultura originaria, abrió el camino a las personas de capacidades y sexualidades diferenciadas y se enfrentó al poder económico y la justicia para levantar la memoria de los 30.000 desaparecidos para apoyar a los pueblos afectados por la minería? ¿Esa india bochinchera no se meterá en los negocios?

No sabemos las respuestas, pero si sabemos que una industria (y los gobernantes que la apoyan) dispuesta a participar en la destrucción ambiental y en asesinatos y secuestros, como se ha demostrado en muchos países, bien podrían encarcelar a una dirigente que les puede “arruinar el negocio.”

Conclusiones

Como todas las guerras, la guerra jurídica tiene su componente propagandístico. La principal función de la propaganda en la guerra es satanizar al enemigo. Si la guerra es violenta esa satanización alienta a la destrucción del enemigo cuando es posible y a la morigeración de las pérdidas. Cuando las guerras se pelean en otros campos, no en el de batalla, la satanización garantiza que el enemigo no penetre en nuestras filas y permite aumentar el número de aliados por temor al satán. Todavía hoy el “oso comunista comiéndose a los niños” resuena en las percepciones que muchos tienen sobre Rusia y otros países de Europa Oriental. Eso no cambia en la guerra jurídica, la satanización cumple la función de justificar acciones legales amañadas y fallos manipulados porque el acusado “seguro se lo merece.”

(4) <https://sectoresabeceb.wordpress.com/2016/05/11/jujuy-acelera-cambios-para-aprovechar-sus-recursos-mineros/>

La propaganda tiene la función de influir a un número significativo de personas para que piensen o actúen de alguna manera. La propaganda en la guerra jurídica influye en la creencia mayoritaria de que el acusado es culpable, aun antes de que se lleve adelante ningún juicio o se presente ninguna evidencia.

Para poder acceder a la masividad necesaria para cumplir su función, la propaganda en la guerra jurídica se difunde a través de los medios de comunicación masivos consumidos principalmente por las clases medias.

En el caso de Milagro Sala las operaciones de propaganda fueron muchas y diversas basadas en la ficcionalización de hechos reales y el rescate de imágenes culturales justificadoras de la opresión en una sociedad capitalista, colonial y patriarcal.

Si bien, la propaganda contra Milagro acalló el pedido a los medios de comunicación de fuera de Argentina de difundir las injusticias cometidas no fue suficiente para que un grupo importante de personas reconocieran las mentiras a partir de;

- la falta de originalidad en las acusaciones. Muchas veces anteriormente se utilizaron argumentos similares en situaciones en las cuales el sistema de opresión capitalista, colonial y patriarcal se vio amenazado en su hegemonía cultural y económica,
- la doble condición de mujer e indígena. En la sociedad opresora esa doble condición convierte en enemiga a toda mujer que se rebela,
- el ocultar la construcción de alternativas palpables. La sociedad opresora no puede aceptar que alguien demuestre que otra realidad es posible, sobre todo cuando esa realidad invita a otros a repetir el ejemplo,
- acciones jurídicas y decretos para silenciar la protesta y el alto nivel de movilización, y
- la presencia de la minería, principalmente litio, con la innata violencia que lleva aparejada la industria extractiva internacionalmente.

Ese reconocimiento los llevó a actuar a nivel internacional por la libertad de Milagro Sala, Patricia Cabana (Pachila), Mirta Alzama, Gladys Diaz, Ivan Altamirano, Mirta Guerrero (Shakira), Javier Nievas, Cacho Sibila, Andrea Condori, Maria Condori y Graciela Lopez.

D'ARCY MARTIN

Jujuy como laboratorio de la tortura legal

Introducción

- a. Entre economistas se ha discutido porque General Motors no produce cocaína. Dentro de la lógica neoliberal tendría sentido que una empresa multinacional redujera el peso salarial, el costo de los bienes raíces y los gastos de transporte con un producto mas simple que el automóvil.
- b. La respuesta clásica a esta pregunta es que las leyes no lo permiten. Hay un consenso social y político que impide a los empresarios avanzar con la lógica abstracta que sostiene que la cocaína sería un producto económicamente atractivo.
- c. De igual manera hay un consenso que dice que los políticos no pueden torturar a ciudadanos opositores. En Jujuy, la experiencia de Milagro Sala y sus colegas demuestra lo opuesto. La práctica de *lawfare*, o guerra jurídica, es usada allí como un camino para distorsionar el contexto cultural de la ley.
- d. En esta ponencia, discuto como la elite económica y política de Jujuy trata de armar un laboratorio neoliberal para impedir el avance de la población indígena y mantener sus privilegios usando la práctica del *lawfare*, y hago unas propuestas.

Cuadro analítico

El presente texto se basa en cuatro conceptos: la tortura social, el laboratorio, la guerra jurídica, y la verdad/ reconciliación.

- a. Trato aquí de ampliar la concepción publica de la tortura. Con referencia al caso de Milagro Sala y el grupo de Tupac Amaru, han habido denuncias de tortura de individuos, inclusive recientemente por la Liga Argentina por los Derechos Humanos (LADH, octubre 2021) y una investigación necesaria sigue este camino con el Comité Nacional para la Prevención de la Tortura. ver [www.elsubmarino Jujuy.com.ar, noviembre 2021]. Lo que veo es como en Jujuy torturan colectivamente, causando

dolor al alma del movimiento por una campaña de tortura lenta, amplia, colectiva, publica y legal.

- b. Considero el contexto de Jujuy como un laboratorio para la tortura social. Como las empresas tecnológicas tratan de innovar en zonas geográficas específicas, para aprovechar sinergias; el aparato de represión en Jujuy innovó, para mantener sus privilegios y impedir un proceso de afirmación indígena.
- c. El instrumento que disponen las elites es el *lawfare*, la guerra jurídica. Se trata del “uso de la ley como arma de guerra” (Charles J. Dunlap Jr., Harvard, 2001. Citado en Wikipedia como una definición del “*lawfare*”). Esto ha sido utilizado contra movimientos populares en América Latina, notablemente en Brasil y Ecuador. En Jujuy el *lawfare* se complementa con una ofensiva cultural de comunicación que aísla y distrae a un movimiento creciente de renovación social.
- d. Verdad y reconciliación. Sugiero que la campaña encarada en Jujuy para suprimir al movimiento Tupac Amaru es parte de una campaña mayor de los sectores reaccionarios latinoamericanos que enfrentan un proceso panamericano de reivindicación indígena en marcha. Las élites, representadas por el empresario Carlos Blaquier y el gobernador Gerardo Morales, tratan de mantener los beneficios obtenidos desde la colonia con enfermedades, matanzas, hambre y opresión, sobre una población que representa Milagro Sala. Se trata de otro capítulo antipopular como los que ya vivió Argentina, por ejemplo, en el ‘proceso’ de genocidio de la dictadura cívico-militar de 1976-83. Históricamente, el colapso de la dominación reaccionaria deberá dar lugar a una reconciliación nacional... pero no sin lucha.

Nota personal

- a. Cuando visité Argentina por primera vez en 1968, como estudiante de educación de adultos, me quedé impresionado por las estructuras legales que regían el sistema educativo argentino. En la vida cotidiana, la ley se respetaba. Pasé por San Salvador de Jujuy y Tilcara, camino para Bolivia, haciendo entrevistas informales. Para un canadiense como yo, la desigualdad social era patente, la discriminación contra los indígenas se notaba por doquier; pero, a pesar de eso, la ley regia. Hijo de abogado, nieto de abogado, yo soy descendiente de una familia conocida por toda Irlanda como “litigiosa”. Toda esa aplicación de la ley me hacía sentir en casa.
- b. Desde 1968, he vuelto a Argentina varias veces, sobre todo en periodos de vacaciones en mi trabajo de educador sindical. He aprovechado para estudiar y enseñar en Argentina. Mi afecto y admiración por los valores y logros del pueblo argentino han crecido y se han consolidado.
- c. Tengo conciencia que tanto Canadá como Argentina fueron países fundados como parte de un proyecto colonial europeo, que buscaba desplazar a los habitantes originarios para aprovecharse de sus tierras y otras riquezas. En ambos países, las olas de inmigración trajeron a los pueblos indígenas muerte y robo, reconocido ahora por el público canadiense como acciones genocidas. Todavía, tanto en Canadá como en Argentina, hay

resistencia a la decisión colectiva de las naciones originarias de las Américas de construir su propio futuro. En Canadá, varias de las naciones originarias han bloqueado sus tierras, carreteras y ferrocarriles en protesta contra las empresas petroleras y mineras. En este momento, hay bloqueos en Wetsuweten, 1492 Land Back y Kahnawake. Solo así han conseguido negociar acuerdos para compartir los lucros y limpiar el daño al medio ambiente por el saqueo de la naturaleza. La pobreza continua (como la falta de agua potable en muchas comunidades indígenas) y la discriminación persiste (en educación, empleo y alojamiento). Esto sigue a pesar de la existencia de varias investigaciones nacionales sobre la situación indígena, la más reciente un análisis de las mujeres y niñas indígenas que han desaparecido o fallecido como consecuencia de violencia.

- d. A pesar de esta herencia nefasta se abre la posibilidad de respeto y justicia entre la mayoría inmigrante del Canadá, los descendientes de migrantes forzados por la esclavitud y los habitantes autóctonos. Recientemente se nombró oficialmente el 30 de septiembre como día feriado para reflexión sobre “La verdad y la reconciliación” para enfrentar el legado social y cultural de los internados que tenían el mandato de “matar al indio dentro de los niños”. Las cortes han ordenado al gobierno federal de compensar directamente a los sobrevivientes la opresión colonial, en monto de 35 billones de dólares. Una circular de una consejera municipal en Toronto capta bien el tono del día: “En este día, reconocemos el trauma que continua como consecuencia de las escuelas residenciales para niños indígenas, y tenemos presentes los que no sobrevivieron, junto con los sobrevivientes y sus familias. Este día constituye una oportunidad para comprometernos al proceso de verdad, reconciliación y justicia, con las Naciones Originarias, Mestizxs e Inuit en Toronto y en todo Canadá... Yo les aliento a aprender más, a educarse y a reflexionar en como podremos trabajar para llegar a la reconciliación.” En las escuelas públicas de Toronto, cada mañana comienza con el himno nacional, seguido por un reconocimiento formal de la zona indígena donde está ubicada la escuela. En las universidades, ofrecen cursos en lenguas autóctonas, y las ciencias sociales compiten entre sí para “descolonizar el saber”, a tal punto que la Federación Canadiense de Humanidades y Ciencias Sociales ha promulgado para adopción por las universidades un “Charter on Equity, Diversity, Inclusion and Decolonization in the Social Sciences and Humanities. (Federation for the Humanities and Social Sciences, 2020. <https://www.federationhss.ca/en>). Así podemos decir que la militancia indígena en Canadá da fruto en los niveles económico, político y cultural.
- e. Pero junto con colegas y amistades argentinas, he podido ser testigo de la destrucción desde dentro del sistema legal. Me muestran un Jujuy convertido en laboratorio de una tortura lenta y colectiva. La represión, tal como está practicada en Jujuy, me parece, no solo de otro país sino de otro siglo.

La tortura

- a. En el diccionario de la Real Academia española, la definición de la tortura es: “Grave dolor físico o psicológico infligido a alguien, con métodos y utensilios diversos, con el fin de obtener de él una confesión, o como medio de castigo.”

- b. Aplicada esta definición a la situación de Jujuy, es cierto que ha habido maltratos a Milagro Sala y sus colegas que podrían caer dentro de la definición clásica de la tortura. Sin embargo, proponemos ampliar esta definición, porque se limita a 'alguien', es decir a un individuo, lo que sería considerado como un crimen. Por el contrario, la práctica del *lawfare* por un régimen político se desarrolla al nivel colectivo, es decir, se trata de una tortura social, que no se encuentra en los textos clásicos jurídicos y, por tanto, se considera legal. El propósito es parar el momentum del grupo opositor al estado, para que el gobierno pueda retomar la iniciativa y minar la capacidad del grupo opositor de articular y desarrollar su proyecto social.
- c. En el caso de Jujuy, los cinco elementos claves de la tortura social han sido seguidos de forma implacable durante más de cinco años:
- i. El hambre: Mantener ingresos muy bajos para la mayoría de la población, tanto por sueldos como por beneficios sociales.
 1. Esto debilita la capacidad de resistencia de la gente. Es decir, que el hambre forma parte integral de la tortura social. La dominación económica se refuerza por otros elementos de hegemonía cultural.
 - ii. Aislar físicamente y transportar repetidamente al líder del grupo.
 1. Desde enero de 2016, Milagro Sala ha estado en arresto preventivo, con una serie de cargos, tales como sedición, extorsión, asociación ilícita, cómplice de sedición, mal uso de fondos públicos, intento de asesinato y fraude. Por cada cargo, ella tiene que ser transportada, con máxima seguridad y disturbio público, para comparecer en algún juzgado, lo cual inflige un máximo de vergüenza pública.
 2. Según estableció la Comisión Inter Americana de Derechos Humanos en 2017, Milagro Sala estaba en una situación seria y urgente, estando sus derechos a la vida y la integridad personal frente al riesgo de daños irreparables. Concluyo que los orígenes de los peligros identificados constituían una situación para Sala de riesgo de vida e integridad y requirió medidas inmediatas para salvaguardar sus derechos con medidas como un monitoreo electrónico ("CIDH le otorga Medidas Cautelares a Milagro Sala en Argentina," *Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos*, 28 de julio 2017)
 3. Su arresto domiciliario debía ser bajo "condiciones estrictas de seguridad que reprodujeran las condiciones de la prisión en su casa". Durante gran parte de estos cinco años, fue internada en una casa en el campo, en un edificio suficientemente grande como para ser utilizado como centro de rehabilitación, geriátrico o aún un hospital pequeño. El edificio no era una casa común, mucho menos la casa de Sala. Ni siquiera queda cerca de su casa, distante a muchos kilómetros. Estuvo encerrada, rodeada por una pared de ladrillos con alambre de púas enrollado encima, con un campamento militar en la entrada.
 4. Condiciones parecidas se han mantenido desde entonces, hasta ahora que Milagro Sala cumple más de 2,000 días de detención preventiva. Frente a su casa hay policía que identifica a las visitas a pesar de ser una práctica anti judicial. Su resistencia a este maltrato ha sido extraordinaria, pero se encuentra aislada y desanimada.

iii. Sembrar divisiones entre los más comprometidos y visibles del liderazgo.

1. En 2016, el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de las Naciones Unidas dictaminó que la detención de Milagro Sala fue arbitraria, y dijo:

“107. El Grupo de trabajo encontró llamativo que varias personas habían levantado cargos penales en el 2016 en relación a actos sobre los cuales el Estado supuestamente había tenido conocimiento desde una auditoría realizada en el 2010, y que los pasos y procedimientos legales iniciados para abordar esa situación coincidieron precisamente con la participación de Sala en una protesta social pacífica y, en particular, fueron iniciados pocos días después de que un juez estuviera a punto de ordenar su liberación. El Grupo de Trabajo también encontró llamativo que una de las personas que denunció a la Sra. Sala lo hizo por presiones y amenazas, aparentemente porque dos de sus hijos, quienes no han sufrido ningún reproche legal, están también implicados en ofensas o acusaciones similares.” (énfasis agregada) (Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Detención Arbitraria (GTDA), UNDoc A/HRC/WGAD/2016 No. 31/2016 re: Milagro Sala (Argentina) (24 de agosto 2016). <https://www.unwgadatabase.org/un/Document.aspx?id=3256>; (Oct. 21, 2016), <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Detention/Opinions/Session76/31-2016.pdf>.)

Otros ejemplos de sobornar o intimidar a testigos abundan en la documentación legal de sus casos.

iv. Inventar y circular rumores de ‘noticias falsas’ sobre los motivos y las prácticas de los líderes.

1. Solo por los cargos múltiples contra Milagro Sala y sus colegas, se ha sembrado una duda pública sobre su compromiso auténtico de mejorar la situación de pobreza que sufre la mayoría en Jujuy. Concretamente, se acusa que ellos han desviado fondos públicos destinados a la construcción de viviendas. De hecho, se ha comprobado que construyeron casas por un sistema muy eficaz, y dedicaron los fondos sobrantes a financiar clínicas y escuelas en los barrios populares.
2. Para sembrar dudas sobre el Tupac, se ha utilizado también los medios de comunicación como la prensa local. Sus mayores fuentes de avisos son el gobierno de Jujuy y los avisos de la empresa Ledesma, controlada por la familia de Carlos Blaquier. El hecho de que se habla de Morales como el “títere” de Blaquier indica hasta qué punto se los considera aliados. Pero su colaboración ha sido reforzada por el caso llamado “El Caso del Apagón”, que vincula Blaquier directamente a la represión militar de 1976-83. Es por la intervención de Morales que han avanzado los casos contra Milagro Sala y han demorado los cargos contra Blaquier [Ver “El Cohete a la Luna”, diario argentino]. En esto, el Tupac enfrenta lo que Gramsci llamaría un “bloque del poder”, donde el capital nacional y el estado local se consolidan para protegerse contra cualquier movimiento popular que cuestiona su autoridad. Por esto, se necesita colaboración entre las estructuras del estado y los medios de comunicación, que dependen de los ingresos de publicidad que puede dispensar el bloque del poder. En este caso,

se utiliza para desprestigiar a la organización Tupac Amaru y otras organizaciones populares. Como dijo un testigo en la corte: "Vivir en Ledesma era como vivir en un apagón. Era un país, una ciudad y un pueblo sumido en el terror, la oscuridad y el silencio. Todo el tiempo se vivía con miedo".

- v. Iniciar múltiples cargos legales contra la organización y los individuos, para drenar sus recursos y desviar su atención.
1. El Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de las Naciones Unidas concluyó en 2017 que la detención de Sala fue resultado de su lucha por los derechos humanos y que su derecho a legítima defensa había sido obstruido. Estableció que la Argentina ha fracasado en demostrar que su detención correspondía a una medida individualizada, razonable y necesaria o que fue efectuada en concordancia con las leyes nacionales. Estos procedimientos interinos resultaron en la privación indefinida-en-el-tiempo de la libertad de Sala.
 2. De Pagina 12, Julio 2021. El abogado de Milagro Sala Luis Paz comparó el rol del poder judicial del presente con los grupos de tareas de la dictadura. "Desde hace ya un par de años largos, Latinoamérica tiene sectores neofascistas integrados por distintos grupos económicos concentrados, de medios de comunicación dominantes y financieros, intentando usar al poder judicial como ariete para destruir las conquistas de los pueblos, conquistas sociales y de derecho. Y lo que está viviendo Argentina es parte ese contexto en el que Brasil desplaza a Dilma y condena a Lula con una intención de voto altísimo. La derecha latinoamericana está intentando usar al poder judicial como los grupos de tareas que se usaban en los años setenta, para encarcelar a los líderes sociales y políticos".

El impacto acumulativo de estas prácticas es la tortura social, en angustia y desesperación, tanto en Milagro Sala como persona como en su círculo de familiares y amistades. Si bien algunas personas han aguantado la presión, y rechazan los sobornos ofrecidos para denunciar a Milagro en algún caso, el daño psicológico y cultural ha sido grande.

¿Cuánto puede aguantar una persona? Es un tema clásico de la tortura, de interés científico desde la antigüedad, y en que los experimentos de Montreal, Canadá para la CIA han contribuido mucha información. [<https://epce.blogs.uoc.edu/es/torturas-controlmental-psicologia-cia/>]

El contexto histórico

- a. La desigualdad social en Jujuy
 - i. En la Argentina, Jujuy es una de las provincias con mayores niveles de pobreza y analfabetismo, asimismo menores niveles de salud y servicios sociales. Su población es mayoría indígena, Aymara y Quechua, con mucha gente también de la zona del Chaco. El mayor empleador es el gobierno provincial, y el sector privado

está dominado por el ingenio Ledesma, que tiene una influencia perversa en toda la Sociedad y es controlado por la familia de Carlos Blaquier.

b. La organización barrial Tupac Amaru

- i. A finales de los 90, el gobierno argentino había vendido la mayoría de los activos y recursos públicos y despedido a miles de trabajadores. La situación económica era terrible. Falta de trabajo, vivienda, educación, discriminación contra los indígenas y la falta de cuidados de salud produjeron mucho sufrimiento, en particular en la pobre provincia del noroeste argentino de Jujuy. Esta situación encontró la masiva resistencia de la población argentina. Pero los pedidos o reclamos al gobierno cayeron en saco roto. Milagro Sala, una militante social y sindical renunció a sus posiciones en su sindicato, ATE, y comenzó a organizar a las comunidades para resolver sus problemas por ellos mismos. Lo mas urgente era el hambre. Empezaron las Copas de Leche para poder alimentar a miles de niños de las comunidades mas pobres. De ese esfuerzo nació el movimiento social Tupac Amaru (nombrado así para homenajear al último Inca rebelde asesinado por los colonialistas españoles).
- ii. En 2003, con apoyo financiero del recientemente elegido gobierno de Néstor Kirchner, empezaron a construir viviendas, miles de casas en docenas de comunidades. Pero no era caridad. Los trabajadores que construían esas viviendas eran las personas que las habitarían. "Cuando empezamos a construir las casas solo teníamos un grupo de capataces que nos guiaban" recuerda uno de esos trabajadores. La Tupac Amaru armó cooperativas en cada zona de trabajo. Estas cooperativas levantaron las fábricas necesitadas para producir los materiales para la construcción de las viviendas, uniformes y otros elementos. Construyeron escuelas para niños y adultos, institutos de capacitación para que la gente del lugar pudiera aprender los oficios necesitados en la comunidad, clínicas de salud y complejos recreacionales y para la recuperación de la salud y el placer de la comunidad
- iii. Alto Comedero, una comunidad en la ciudad de San Salvador de Jujuy, fue una de las primeras de estas mágicas transformaciones. Hace veinte años, la tierra arcillosa se inundaba fácilmente por el arroyo vecino y estaba lleno de serpientes. Con el trabajo de la Tupac, la posibilidad de inundación fue contenida por desagües y canales. A la entrada de Alto Comedero existía un cartel que decía "Bienvenido al Cantri". "Cantri" es un juego ortográfico y fonético de "Countri". "Bienvenido al Country club" de las comunidades mas adineradas fue "Bienvenido al Cantri" en Alto Comedero. Tenían una gran piscina, un parque infantil con temática jurásica y una réplica del templo inca de Tiahuanaco. Estas comodidades en medio de hileras y hileras de viviendas de una sola planta, cuidadosamente pintadas, cada una con su propio tanque de agua en el techo, con la imagen del Che Guevara. Además de las 2700 viviendas nuevas, Alto Comedero tenía sus propias escuelas de nivel primario, secundario y terciario, un centro de salud, un centro de rehabilitación para personas

con discapacidad, una piscina climatizada, polideportivo y parque acuático, una fábrica textil y fábricas que producen materiales de construcción y muebles. En la Plaza Tupac Amaru se llevaron a cabo muchos festivales y celebraciones comunitarias. El centro cultural ofrecía talleres de cerámica, música, danza, informática y teatro.

- iv. Este proceso de desarrollo de habilidades, infraestructura, comunidad y esperanza se ha repetido en los cortos veinte años en toda la provincia de Jujuy en más de una docena de comunidades pequeñas y remotas.
 - v. En Perico, en el extremo sur de la provincia, la principal fuente de trabajo es la cosecha de tabaco. El empleador proporciona viviendas deficientes y las familias viven hacinadas. La empresa prefiere trabajadores más jóvenes y físicamente más fuertes. Los productos químicos utilizados por las plantaciones producen muchos peligros para la salud de estos trabajadores y sus hijos. La cooperativa construyó viviendas dignas utilizando materiales producidos en las nuevas fábricas y carpintería. El advenimiento de la vivienda adecuada y el trabajo alternativo marcó una gran diferencia en la vida de las personas y la comunidad. La guardería y el "comedor" daban diariamente alimentos saludables a más de trescientos niños. Y este trabajo brinda alternativas saludables para los trabajadores jóvenes. Como dijo un residente: "Cada bloque, cada pilar, cada mesa o piletta que hacen ayuda a levantar un nuevo hogar para su comunidad y para muchas más personas que están por venir. No es un trabajo fácil y ellos dan todo lo que tienen".
 - vi. A través de estas prácticas, día a día, con la respetuosa labor de casi 20 años, desde 2003, la Túpac Amaru se ha apoyado en la esperanza y capacidad de decenas de miles de argentinos, no solo en la provincia de Jujuy sino en otras partes de Argentina que se han inspirado en ese trabajo. Ha construido unas 7000 viviendas para indígenas y pobres, sin recurrir a contratistas privados, arquitectos o promotores. Es un hecho concreto. La organización construyó fábricas y utilizó la mano de obra de sus miembros a quienes capacitó para construir casas por aproximadamente 1/3 del costo de empresas privadas de vivienda. Milagro Sala y Tupac Amaru crearon la Red de Organizaciones Sociales de Jujuy, uniendo y dando estructura a decenas de organizaciones comunitarias y forma a las luchas de miles de trabajadores. Juntos presionaron al gobierno para que juzgue a los responsables del genocidio ocurrido bajo la dictadura del siglo pasado. Contra todo lo que esperaba, fueron una voz para el cuidado de la tierra y su gente, contra la imprudencia de las empresas mineras de litio de propiedad extranjera y un gobierno sin visión.
- c. La respuesta brutal**
- i. La organización Tupac Amaru y su líder, Milagro Sala, abrieron esperanzas en las comunidades indígenas y pobres de Jujuy. Contra los gobiernos tradicionales co-

rruptos y blancos, la Tupac demostró que era posible desarrollar la comunidad, crear habilidades y empleos, entregar programas de salud y educación para todos. Muy pronto Milagro Sala fue elegida para la legislatura provincial, cargo al que renunció cuando fue elegida para el Parlasur (Parlamento del Mercosur, el área económica común de los países de América del Sur). El poder social y político en manos de los históricamente excluidos crecía en un rincón olvidado de Argentina.

- ii. Las fuerzas reaccionarias conservadoras vieron con consternación el crecimiento de la organización Túpac Amaru y el apoyo popular a su líder, Milagro Sala. Prepararon su venganza y actuaron en cuanto apareció la oportunidad. Mauricio Macri fue elegido presidente de Argentina con falsas promesas e inmediatamente impuso un programa económico neoliberal. En la provincia de Jujuy fue elegido gobernador Gerardo Morales, exsenador, de la misma fuerza política de Macri.
- iii. Una semana después de asumir como gobernador, Morales cambió la ley de cooperativas atacando la herramienta económica y organizativa más importante de Milagro y la Tupac. La Tupac organizó una demostración frente a la casa de gobierno provincial. La policía provincial detuvo a Milagro y otras personas durante la protesta alegando violencia contra la ciudadanía (la presunta violencia fue que los autos no podían circular debido a las miles de personas que participaron en el evento).
- iv. Con Milagro en la cárcel, 3 días después, la fiscal provincial abrió una segunda causa judicial contra Milagro. En menos de un mes, y con Milagro encarcelada, Morales aumentó el número de miembros en la Corte Suprema de la provincia, nombró parlamentarios de su partido para ocupar los nuevos cargos en la Corte Suprema, estableció una nueva fiscalía con el mandato exclusivo de investigar a Milagro Sala y la organización Túpac Amaru y anunció públicamente que tenía al menos 60 cargos contra Milagro y que abrirá esos casos uno tras otro para asegurarse de que Milagro nunca sea libre. La tradición de “separación de poderes” entre ejecutivo, legislativo y judicial no fue ningún freno.
- v. De particular interés es el caso conocido como “pibes villeros”. Milagro Sala y otras 10 personas han sido declaradas culpables de malversación de fondos públicos. Ya se ha dicho que junto a las viviendas en los barrios de la Tupac se construyeron escuelas, clínicas de salud, parques. Los recursos para esas instalaciones comunitarias provinieron del dinero que, en otros modelos de construcción, iría en beneficio de los propietarios de las empresas privadas. La acusación fue que la escuela, las clínicas de salud y los parques construidos en los barrios de Tupac no formaban parte del contrato original (el contrato era solo de vivienda); como tal, el dinero extra debería haber sido devuelto y no utilizado en la construcción de las instalaciones. El sistema judicial de Jujuy declaró culpables a Milagro y a los demás. El caso ha sido apelado ante la Corte Suprema de la Nación, que, hasta el día de hoy, ha guardado silencio.

d. Análisis legal internacional:

El caso de Milagro Sala ha sido estudiado por varias instituciones judiciales, de las cuales dos sobresalen: El informe de un grupo internacional de abogados en 2018, y el dictamen de la Naciones Unidas en 2016.

- i. En 2018, un grupo de cinco abogados, incluyendo dos de Canadá, investigó la situación de la Tupac Amaru, con entrevistas y visitas en Jujuy y en Buenos Aires. Su informe traza el proceso de “guerra jurídica” que comenzó el gobernador de Jujuy, Gerardo Morales, a partir de las elecciones nacionales en diciembre 2015:

“El gobernador Morales impuso nuevos y onerosos requisitos y restricciones para la transferencia de fondos para proyectos sociales. Después de varios intentos frustrados de encontrarse con el gobernador, el 14 de diciembre de 2015 la Red de Organizaciones Sociales inició un acampe pacífico delante de la sede del gobierno provincial jujeño. Pedían diálogo y respeto por los derechos desarrollados durante los años previos. Como respuesta, se cortaron los recursos económicos para las organizaciones.

El 16 de enero de 2016 Milagro Sala fue detenida por haber participado en la protesta delante de la Casa del gobierno. Fue arrestada bajo una Ley antigua, promulgada durante la dictadura militar, que permitía responsabilizar a las personas por las acciones realizadas durante protestas si ellas apoyaban o promovían la protesta. Trece días después de su arresto el juez que investigaba los cargos ordenó su liberación. Pero no fue liberada ni en ese momento ni desde entonces.”

Su conclusión fue tajante:

“Concluimos que, por razones políticas, las gestiones actuales en Argentina y en la provincia de Jujuy están usando el sistema penal para atacar y debilitar una organización indígena de base fuerte y exitosa y para privar a sus líderes de su libertad [...] personas inocentes nuevamente han sido sujetos de detenciones arbitrarias y daños.” (Jackman, Barbara y Frederika Rotter de Canadá, Francisco Ramirez Cuellar y Meyerly Garzon de Colombia, Thomas Egan de los Estados Unidos, “Nos tienen presos porque nos atrevimos a enfrentar su poder: Informe de la Delegación Internacional para Argentina”, 7 al 14 de junio, 2018. Buenos Aires: Comité por la libertad de Milagro Sala, p.22.Ibid., p.16)

La impunidad o la rendición de cuentas

- a. El análisis legal del caso Milagro Sala puede no ser completo. Si bien existe un amplio consenso legal fuera de Jujuy sobre la injusticia de este caso, ha quedado claro que los cargos no necesitan estar bien fundamentados para que sean efectivos. Su

propósito ha sido dividir y desorientar a un movimiento popular fuerte y efectivo luchando por los derechos indígenas. Esto se puede lograr sin argumentos legales sólidos. De hecho, el gobernador de Jujuy, Gerardo Morales personalmente ha creado la maquinaria judicial para garantizar su control sobre la situación. Su celo ha sido incansable, un tema adecuado para el análisis en psicología social. ¿Significa esto que él y Carlos Blaquier son "intocables", capaces de operar con impunidad?

- b. El 16 de julio de 2021, Naciones Unidas emitió un informe provisional sobre la cuestión general de la rendición de cuentas por actos de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. El autor, el "Relator Especial", es un profesor suizo especializado en derecho internacional, Nils Melzer. Sus observaciones son genéricas, no específicas para Argentina, pero arrojan mucha luz sobre el tema de la impunidad que se ha seguido en todos los intentos para remediar las violaciones a los derechos humanos. Los segmentos que siguen se extraen de su informe.
- c. Yo admito que he tenido un concepto limitado de la rendición de cuentas por tortura y malos tratos. Es decir, he pensado en la violación en términos de violencia física contra individuos, y a buscar sobre todo de liberar las personas víctimas de situaciones de abuso. Como un concepto del racismo que se limita a los comportamientos de individuos, mi enfoque no prestaba atención a los procesos colectivos y sistemáticos que facilitan los incidentes. Como explica Melzer: "El objetivo de garantizar la rendición de cuentas por la tortura y los malos tratos ha sido una motivación fundamental en el desarrollo de normas jurídicas y mecanismos institucionales para la aplicación efectiva de la prohibición de la tortura y los malos tratos. En estas iniciativas, la rendición de cuentas por la tortura y los malos tratos se ha vinculado no solo al castigo, el resarcimiento y la reparación, sino también, de forma más amplia, a salvaguardar la justicia, la reconciliación y el estado de derecho, y a impedir futuras violaciones de la prohibición" (Todas las citas de Nils Melzer son del informe A/76/168 a las Naciones Unidas - 16 de julio 2021- titulado "Informe provisional del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes" / Sección 2).
- d. Cuando combinamos este enfoque amplio con un concepto mas extenso de lo que es la tortura, se nos abre un camino de investigación en el cual experiencias como la del grupo Tupac Amaru aparecen como un laboratorio, no solo para entender el extremismo del neoliberalismo que aplican las elites de Jujuy, sino para una visión amplia de lo que podemos imaginar para encarar la situación.
- e. La impunidad de los verdugos refuerza el impacto de esta tortura social. Según Melzer, "la rendición de cuentas en el contexto de violación de los derechos humanos debe entenderse en un sentido amplio –
 - a) Hace referencia a los procesos, mecanismos y otras circunstancias en los que se insta a los interesados pertinentes a que rindan cuentas por sus actos u omisiones con respecto a la tortura o los malos tratos y a que afronten las consecuencias y reparen cualquier violación, y a través de los cuales las víctimas de tales

abusos pueden obtener una reparación adecuada, incluidos el resarcimiento y la rehabilitación;

- b)** Es un concepto no solo reactivo, sino también proactivo; y no solo correctivo, sino también restitutivo;
- c)** La rendición de cuentas adopta numerosas formas, desde la responsabilidad jurídica hasta las formas políticas y públicas de responsabilidad, incluyendo el reconocimiento de que la tortura o los malos tratos tuvieron lugar, la asignación de responsabilidades y el reconocimiento y la reparación del sufrimiento y los daños padecidos por las víctimas;
- d)** No se limita a la responsabilidad de las personas, sino también a la de los Estados, instituciones, organizaciones u otras entidades colectivas o corporativas que puedan cometer o permitir la tortura o los malos tratos." (Melzer, sección 4).

Si adoptamos el cuadro de las Naciones Unidas, el campo de investigación y de acción crece, se convierte en más dinámico y más amplio. Quiero decir que los instrumentos jurídicos tradicionales se ven como limitados; entramos en el terreno del *lawfare*, que incluye las campañas de publicidad, y también las relaciones de clase en la producción y distribución de bienes y servicios. Como se dice en el boxeo, hay que sacarse los guantes.

En este campo amplio, hasta la base judicial de los argumentos puede cambiar. Sin dejar de utilizar los instrumentos ya existentes, en la codificación nacional e internacional, podemos citar un principio general del derecho, las llamadas 'consideraciones elementales de humanidad'. Así, dice Melzer, la prohibición se reconoce autorizadamente como un principio básico del derecho internacional consuetudinario y, en lo que respecta a la tortura, ha alcanzado un carácter imperativo (*ius cogens*). "Es una norma de derecho que no puede derogarse. Esta postura jurídica refleja el imperativo tanto moral como jurídico de proteger a todos los seres humanos de la tortura y los malos tratos, sin excepción ni discriminación de ningún tipo y con independencia de la jurisdicción, el territorio o la nacionalidad. Por consiguiente, la prohibición de la tortura y otros malos tratos es una obligación universal e innegociable que deben cumplir todos los Estados. [...] Además, los enfoques excesivamente restringidos del resarcimiento por la tortura y los malos tratos corren el riesgo de oscurecer diversas facetas de la rendición de cuentas y, de ese modo, limitar el potencial reparador, preventivo y transformador de la rendición de cuentas." (Melzer, secciones 9 y 12).

Como consecuencia previsible, los esfuerzos de la sociedad civil para denunciar los abusos, como se ha hecho en Argentina sobre Milagro Sala en los últimos años, chocan con una cultura de impunidad.

En el ámbito internacional, se ha experimentado con una variedad de iniciativas para acabar con la impunidad. Se sabe que en Argentina, se ha vivido un proceso largo de casos criminales contra genocidas de la dictadura cívico-militar de 1976-83. Se sabe

que este enfoque individual no podrá dar resultados en una situación como la represión de indígenas en Jujuy, dado los vínculos sistemáticos que han sido revelados. El Relator Especial nota la utilidad y la importancia de las comisiones de investigación como mecanismos valiosos para la investigación de los casos de tortura y malos tratos generalizados. Dice Melzer:

“Esas comisiones pueden servir para exigir responsabilidades por abusos graves, centrándose en la verdad, el reconocimiento y la reparación, más allá del establecimiento de la responsabilidad jurídica individual (o institucional). Las comisiones de investigación podrían estar integradas por comisiones nacionales e internacionales de investigación y por comisiones de la verdad, así como por investigaciones llevadas a cabo por instituciones nacionales de derechos humanos, impulsadas por la búsqueda de la rendición de cuentas y la reivindicación de los derechos de las víctimas. Constituyen una herramienta especialmente potente para investigar pautas y prácticas sistemáticas o generalizadas de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, empleadas a menudo en Estados que salen de un conflicto o en regímenes represivos.”

El instrumento para esta rendición de cuentas podría ser una comisión especial. En palabras del anterior Relator Especial, Juan E. Méndez:

‘Contrariamente a otros mecanismos que suelen intervenir a raíz de acusaciones de tortura y otros malos tratos, como las investigaciones penales y los procesos judiciales, las comisiones de investigación brindan oportunidades inigualables para lograr una comprensión más plena del contexto general en el que se cometieron las violaciones, examinar las políticas, prácticas y deficiencias institucionales del gobierno, desentrañar la verdad y contribuir a la recuperación de las comunidades de víctimas y formular recomendaciones de expertos independientes sobre reparación y garantías de no repetición.’ (Melzer, Sección 32)

Esto constituye una llamada a la comunidad internacional de innovar, de demostrar la creatividad y la flexibilidad. Yo me atrevo en esta conferencia internacional de subrayar esta invitación genérica, y proponer que sea Argentina el país que la acepte.

Con esto, invito a los presentes en esta conferencia de proponer que Argentina sea un laboratorio de la esperanza, no de la tortura legal. Por ende, hay que imaginar y adaptar al contexto argentino una institución híbrida, con participantes nacionales y extranjeros, con gente del estado y del sistema jurídico, con gente de las universidades y de la sociedad civil, con gente indígena y no-indígena, todos con el afán de demostrar su capacidad para aprender colectivamente.

Una tal iniciativa pondría Argentina en un camino poco trazado en América Latina, mas ambicioso que las tentativas hechas en otros países para resolver guerras internas. Los componentes de la reparación integral, el punto de partida, serían, según Melzer, “la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición [...] Siempre que sea posible, la restitución debe devolver a la víctima a la situación original antes de que se produjeran la tortura o los malos tratos. Se debe indemnizar

cualquier daño económicamente evaluable, de forma adecuada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso. La rehabilitación ha de incluir la atención médica y psicológica, incluida la terapia del trauma, así como los servicios jurídicos y sociales. La satisfacción debe incluir el cese de las violaciones continuas, la revelación pública y completa de la verdad con respecto a lo ocurrido, una declaración oficial o una decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente relacionadas con ella, una disculpa pública que reconozca los hechos y acepte la responsabilidad, y la imposición de las sanciones apropiadas por las infracciones penales. Las garantías de no repetición comprenden medidas para velar por la supervisión civil de las fuerzas del orden público y las autoridades militares; reforzar la independencia del poder judicial y proteger a los profesionales del derecho, la asistencia sanitaria y los medios de comunicación, así como a los defensores de los derechos humanos; proporcionar educación y formación a todas las autoridades pertinentes a fin de promover un mejor cumplimiento de la prohibición; y revisar y reformar las leyes que contribuyen a la tortura o a los malos tratos o que los permiten". (Melzer, sección 44).

Con esto, podemos ver, según el dicho, "el diablo está en los detalles". Es decir, que un cambio sustantivo de lo judicial requiere un cambio sustantivo en las instituciones que han impedido los derechos humanos en tantos países. Frente a la negación, la obstrucción y la demora, una iniciativa de este tamaño obliga una voluntad colectiva de enfrentar prejuicios culturales y raciales. Sabemos en Canadá lo difícil y lento que es el camino de la verdad y la reconciliación, y no trato de vender los pasos iniciales, tan tímidos, como un modelo para otros países. Sin embargo, Argentina tiene un campo ideal en Jujuy, para optar claramente entre un futuro inclusivo y un laboratorio de tortura colectiva. Pongo mi fe en la capacidad de este pueblo de innovar por lo bueno, de demostrar la solidaridad humana necesaria para modelar una sociedad en que los derechos humanos se tomen en serio.

Conclusión y propuestas

Primero, me corresponde agradecer a Milagro Sala y sus colegas de la Tupac Amaru por ser valientes y tenaces en la afirmación de los derechos humanos universales. Segundo, quiero reconocer los años de lucha y el esfuerzo hecho por "militantes de la vida", tanto en Argentina como en otros países, para apoyar e informar sobre Milagro Sala y sus colegas de la Tupac Amaru, sobre el sufrimiento que han padecido desde 2015. Tercero, quiero apoyar la acción internacionalista de mi amigo Jorge Garcia-Orgales, quien con otros ha llevado al cabo varias iniciativas en Canadá con el objeto de la obtención de la libertad de Milagro Sala.

Como extranjero, no puedo opinar sobre los detalles de lo que pasa en Argentina, ni afirmar con confianza cuales de las pistas de acción sugeridas abajo podrían tener algún éxito. Sin embargo, los derechos humanos son universales, y siento la obligación de

actuar como testigo cuando son violados, tanto en Canadá como en un país hermano con el que siento un afecto muy fuerte desde hace décadas. Así, comparto unas pistas que parecen tener valor a esta distancia, ya que a una opresión sistemática la debemos enfrentar todos.

a. Al nivel político nacional, propongo:

i. Que el presidente de la República, Dr. Alberto Fernández:

1. tome las medidas necesarias para que se libere inmediatamente a Milagro Sala y sus co-acusados en casos contra la Tupac Amaru. Eso implica que las acusaciones en corte federal o provincial sean retiradas y que su detención preventiva sea terminada. Implica también autorizar la restitución material por todo daño sufrido desde 2015 como consecuencia de la “guerra jurídica” llevada contra la organización Tupac Amaru.
2. pida una visita del Rapporteur Especial sobre la Tortura, y Otros Tratos o Puniciones Cruels, Inhumanos y Degradantes de las Naciones Unidas, para preparar un análisis preliminar de la situación actual de poblaciones indígenas en el país.
3. autorice en colaboración con las Naciones Unidas una Comisión Especial con composición mixta nacional e internacional, como está previsto en la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General el 10 de noviembre de 1984 y firmada por Argentina el 4 de febrero de 1985.
4. confirme un mandato amplio para la Comisión Especial, para desarrollar un análisis común del contexto histórico de la tortura y el maltrato de poblaciones indígenas en Argentina, siendo caso ejemplar el proceso de Milagro Sala desde 2015, con propuestas concretas para remediar la situación.
5. asegure durante un mínimo de tres años, la administración y financiación de la Comisión Especial, hasta que esta entregue su análisis y recomendaciones al público de Argentina.
6. busque la bendición del Papa Francisco para el mandato de la Comisión Especial

b. Al nivel judicial, propongo:

i. Que la Corte Suprema de la nación:

1. En conjunto con el Congreso y una representación de organizaciones sociales, tome la responsabilidad de nombrar los miembros nacionales de la Comisión Especial, incluyendo organizaciones no-gubernamentales de la sociedad civil y un consejo asesor de organizaciones indígenas.

ii. Que la Corte de Jujuy

1. avance con la indagatoria y juicio de Carlos Blaquier por su apoyo a crímenes de lesa humanidad en relación a la Noche del Apagón.

iii. Que la Comisión Especial:

1. contrate para los tres años de su funcionamiento un personal capacitado para llevar a cabo la investigación de los hechos pasados y generar una propuesta para evitar repetición de injusticias tales como el trato de la Tupac Amaru en Jujuy y de otros que revindiquen pacíficamente los derechos de personas indígenas en Argentina.
 2. examine los jueces y oficiales a todo nivel en el sistema judicial de Jujuy, para identificar y reemplazar por gente capacitada e imparcial en su cargo a toda persona con vínculo con el gobierno actual que pueda influir en casos relacionados con la Tupac Amaru.
 3. se refiera a las organizaciones profesionales de abogados, tanto nacionales como internacionales, para evaluar la conducta ética en los casos de Milagro Sala, especialmente si desacreditan la profesión y justifican la revocación del estatus profesional de los abogados, fiscales y jueces intervinientes.
 4. prepare y entregue un análisis de la situación actual, con recomendaciones para la acción concreta
 5. facilite al final de tres años un plan de seguimiento entre la Corte Suprema y la Presidencia de la Nación, tomando en cuenta lo aprendido de las experiencias de “verdad y reconciliación”, tanto en Argentina en los años ‘90 como en otros países.
- c. Al nivel público, incluyendo los y las presentes en esta conferencia, propongo:
- i. Que las organizaciones de la sociedad civil:
 1. ayuden a movilizarse en apoyo a acciones concretas, incluyendo la formación de una Comisión Especial.
 2. tomen la iniciativa, en el caso que sea imposible de formar una Comisión Especial eficaz, para armar un tribunal popular internacional que pueda indagar y dictaminar sobre actores represivos tales como Carlos Blaquier y Gerardo Morales.
 - ii. Que la Comisión Especial
 1. tenga capacidad técnica en comunicación social, como para cumplir sus tareas con transparencia y corregir en la prensa, radio, televisión y redes sociales las “falsas noticias” promulgadas desde 2015 sobre Milagro Sala y sus asociados.
 2. tenga acceso a un grupo de asesores, con una mayoría de descendencia indígena, con experiencia vivida y/o conocimiento de la opresión histórica y actual de gente indígena en Argentina.
 3. Forme una unidad de educación pública encargada de diseminar la situación indígena en Argentina y sea capaz de orientar y apoyar iniciativas informativas en el sistema escolar, mediático y comunitario. Los temas tratados incluirían la historia y situación actual de personas indígenas en Argentina y otras partes del mundo.
 - iii. Que el Gobernador de Jujuy, Gerardo Morales:
 1. acepte públicamente de colaborar con la Comisión Especial, compartiendo documentos y facilitando acceso a funcionarios con conocimiento de los casos relevantes.

2. disuelva la unidad legal especial con mandato de perseguir a Milagro Sala y sus asociados, y entregue toda documentación relevante a la Comisión Especial.
3. ofrezca una disculpa pública por los daños que ha ocasionado a Milagro Sala, sus familiares y su comunidad, y se comprometa a abrir el corazón con honestidad a los jujeños de origen indígena.
4. influencie a decir toda la verdad a Carlos Blaquier y otros testigos en la investigación de crímenes pasados, como los de la represión en la Noche Del Apagón, que reforzaron el clima de opresión y impunidad que reinaba antes de 2015 hacia los jujeños indígenas.

Esta ponencia les invita a aceptar una definición amplia de lo que es la tortura, a aceptar una definición amplia de lo que es la rendición de cuentas, y a aceptar que la Argentina del futuro tenga una presencia indígena digna y reconocida.

Comencemos comisión mixta, nacional e internacional de investigación y rendición de cuentas!

Mesa 22

Lawfare: criminología mediática y criminología influencer

Juan Esteban Barile

Silvina Alejandra Manguía

Rodrigo F. Videla

Mariano F. Iguera - César Murúa

Gastón Sagretti

Nayla Santisteban

Valeria Vegh Weis

JUAN ESTEBAN BARILE*

El *Lawfare* como mecanismo de los medios masivos de comunicación concentrados para mantener su *statu quo*

El presente trabajo tiene como finalidad indagar una de las posibles relaciones que se pueden establecer entre la función de impartir justicia propia de las agencias que integran el Poder Judicial y las funciones ejecutiva y legislativa de los otros poderes políticos que integran el Sistema Político e Institucional de la República Argentina. Dicha relación, una de entre las existentes a lo largo de la historia política e institucional del país, está delineada por el concepto de *Lawfare*. Concepto de reciente aparición en el ámbito político y académico argentino, que hace eclosión en la opinión pública al ser mencionado por Cristina Fernández de Kirchner para caracterizar la persecución política, en manos de ciertos operadores del Poder Judicial, que empezó a sufrir luego de haber dejado el cargo de Presidenta de la Nación Argentina. En una primera aproximación al concepto, se lo podría caracterizar como un proceso de hostigamiento de ciertos operadores del Poder Judicial⁽¹⁾ contra líderes políticos que representan intereses de sectores populares o se oponen a los intereses de sectores concentrados de la economía nacional e internacional.

Hay que aclarar que el *Lawfare* no puede ser separado de la producción y circulación de la información a través de los medios masivos de comunicación social. Son estos últimos quienes activan el proceso mediático – judicial de hostigamiento, dándole un lugar privilegiado en la agenda de temas y sobre todo manteniéndolo en la misma, desatendiéndose del curso del proceso judicial estatal. Podemos afirmar que el *Lawfare*

(*) Profesor Adjunto de Teoría del Estado (Derecho-UBA), Investigador del Instituto de Investigaciones A. L. Gioja (UBA), Sub-Director del Seminario "Las nuevas tecnologías de la información y comunicación. Innovación tecnológica y sus efectos en el Sistema Político e Institucional" Instituto de Investigaciones A. L. Gioja (UBA), Lic. En Ciencias Políticas y Abogado (UBA) Becario UBACyT Doctorado (UBA),

(1) La Justicia en lo Criminal y Correccional Federal, con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conocida popularmente como Comodoro Py.

es un persecución que busca la infamia⁽²⁾ a los fines desacreditar la imagen del líder o representante político. Esto no quiere decir que dicho hostigamiento no pueda terminar con el dictado de una condena penal y/o la inhabilitación para ejercer cargos públicos. Aún en estos extremos la finalidad ya estaba cumplida de antemano con el descrédito y la deslegitimación que sufren las personas sometidas a dicho proceso.

El principal objetivo del *Lawfare* es disuadir las políticas que tienen como destinatarios sectores populares y/o la discusión de intereses y prerrogativas de sectores concentrados de la economía nacional e internacional, se puede afirmar también, que en la Argentina el proceso ha sido iniciado, fogueado y mantenido por los propietarios de los grandes medios masivos de comunicación social. Un sector altamente concentrado que intentó ser regulado por el Poder Ejecutivo y Legislativo a través de la sanción y ejecución de la LSCA. Esta política de desmonopolización, que contó con el apoyo del Poder Judicial a través de la declaración de Constitucionalidad de la LSCA por parte de la CSJN, fue interrumpida con la llegada del Gobierno de Mauricio Macri. Los propietarios de los medios masivos de comunicación social concentrados son los principales, pero no los únicos, que se beneficiaron con el descrédito y la infamia en la que cayeron los líderes políticos y funcionarios que ocuparon roles de decisión en los Poderes Ejecutivo y Legislativo hasta diciembre de 2015.

En este trabajo desarrolla la idea de que, para el caso Argentino, la existencia del *Lawfare* se debe a tres condiciones: la primera, que denominaremos un Poder Judicial conformado en términos institucionales como Contramayoritario y que permitiría que ciertos operadores del mismo puedan desviar su función a los fines de perseguir penalmente a líderes políticos, específicamente a aquellos que encarnan una representación popular en términos de políticas distributivas, antimonopólicas, de extensión de derechos civiles, sociales y económicos, culturales, etc. Como segunda condición, debemos mencionar la influencia de la comunicación social y específicamente de la televisión, en el proceso judicial, que ha dado lugar a lo que se conoce como Justicia Mediática y/o Criminología Mediática. Y tercero, una concentración empresarial en la producción y circulación de la información social que permite a los propietarios de los medios masivos de comunicación social ejercer la función de agenda y sobre todo intermediar con la legitimidad, tanto de las agencias estatales, como de las personas que las encarnan. Sin estas tres condiciones, es muy difícil pensar el *Lawfare* en Argentina.

Algunas consideraciones sobre el concepto de *Lawfare*

El concepto *Lawfare* es extraño a nuestro idioma y se compone de la contracción gramatical de los términos "*law*" (*ley*) y "*guerra*" (*warfare*). Por su parte, en su acepción

(2) En términos de Bielsa y Peretti, "...la colusión del activismo del Poder Judicial (*lawfare*) con los medios masivos de comunicación para utilizar la infamia como herramienta ofensiva al servicio de los intereses económico-políticos de las minorías dominantes y privilegiadas..." (Bielsa y Peretti 2019:12/13)

originaria tiene una relación más estrecha con las relaciones internacionales entre estados y la guerra, que con las situaciones políticas que queremos denominar con dicho neologismo.

El concepto fue acuñado por el General de División Charles J. Dunlap, asesor del Ejército de los EEUU, en una conferencia en la Universidad de Harvard en 2001, y su creador literalmente lo consideraba como “el uso del derecho como un arma de guerra” (Dunlap 2001). Entendiendo por esto al cuestionamiento, en base al derecho internacional, del accionar militar de EEUU que empezaba a aparecer en los medios masivos de comunicación a fines de la década de 1990. El *Lawfare* fue adjudicado a actores débiles que aprovechaban foros internacionales, procesos judiciales y el terrorismo para socavar los intereses de los Estados Unidos (VegWeis 2021:3)

Esta definición de *Lawfare*, que algunos enmarcan en los que se denomina *ventaja de la disparidad en el nivel de cumplimiento de las leyes* (compliance –leverage disparity *lawfare*) y que podría definirse como “...una herramienta de la que un adversario asimétrico se valdría al ignorar o retorcer las reglas del DIH, sabiendo que su oponente viene obligado por ellas y les va a dar cumplimiento...” (SuberviolaGilabert 2016:201) fue posteriormente redefinida en estos términos “...la estrategia del uso (incluyendo el mal uso) del derecho como sustituto de medios militares tradicionales para alcanzar un objetivo operacional” (Dunlap 2008:146). En este sentido, es concordante con la doctrina EBO (Effects-Based Operations) que utiliza el ejército de los EEUU, es decir alcanzar un resultado estratégico deseado a través de la aplicación acumulativa y sinérgica de la totalidad de las capacidades militares y no militares a todos los niveles de un conflicto (SuberviolaGilabert 2016:192) y es lo que se conoce como el *Lawfare* Instrumental.

Los coroneles QiaoLiang y Wang Xiangsui, plantearon que la guerra en el siglo XXI no podía sustentarse en el sentido tradicional debido a la nueva conformación geopolítica, por eso proponían

“...tres dimensiones más sutiles de la guerra que no precisan de misiles. Argumentaban por una “guerra psicológica” orientada a la transformación de las emociones y la influencia en la psiquis de la población, la “guerra mediática” para lograr el control de la opinión pública, y la “guerra judicial”, a los efectos de criminalizar la disidencia...” (VegWeis 2021:3)

Uno de los principales problemas que tiene la utilización del concepto de *Lawfare* es que opera sobre una hipótesis de guerra o conflicto bélico, entre estados o al interior de un estado. Pero no adquiere operatividad al interior de un sistema político, reglado bajo la forma democrática de gobierno. Además al ser un concepto ligado a las relaciones internacionales y los conflictos bélicos, requiere de una estrategia o un estratega.

En esta línea, resulta interesante el enfoque del libro “*Lawfare* o la continuación de la política por otros medios” (Chamorro 2020) donde juega con la famosa frase de Karl

Von Clausewitz, la guerra es la continuidad de la política por otros medios. Para Chamorro existe una linealidad entre guerra-comercio-política como mecanismos reguladores de los conflictos de intereses en las sociedades. Todos tienen como eje regulador el derecho, como marco de resolución de conflictos, incluso la guerra, como se pone de manifiesto en el *Lawfare* como ventaja de la disparidad en el nivel de cumplimiento de las leyes.

Ahora bien, en la idea de *Lawfare* Instrumental, en una situación de guerra, no sólo existe la mediación del derecho internacional humanitario, sino también la del comercio. El contrato de compraventa de imágenes de satélite realizado en Afganistán por el alto mando del Ejército Norteamericano a los fines de evitar que se tenga acceso a imágenes del área de operaciones debilitando la posición del adversario es un claro ejemplo del uso del derecho como arma de guerra, mediando un contrato comercial (SuberviolaGilabert 2016:198).

Si en América Latina y en Argentina no existe una situación de guerra, sí podemos afirmar que existe una estrategia apoyada en una táctica de guerra (*Lawfare*) que permite continuar la política por otros medios, en términos del sugestivo título del libro de Chamorro.

El sistema político institucional democrático, como procedimiento para la toma de decisiones sociales, no se altera. Hay que resaltar que en la historia política argentina esta es la excepción más que la regla. Los partidos políticos no se proscriben, las elecciones no se posponen o anulan y sin embargo parece existir una táctica "política" que permite que aquellos políticos populares, con gran caudal electoral, sean marginados vía el inicio de procesos penales en su contra que apuntan, de mínima, a la difamación y deslegitimación de su persona, del partido político, de las ideas que encarnan y de máxima la proscripción, como el caso de Luiz Inácio Lula da Silva en Brasil.

Otros autores consideran mejor hablar de Golpe Blando o Golpe por Goteo (Vegh Weis 2021:11) cuya finalidad es provocar la muerte civil y/o política de las personas que representan intereses populares, democráticos, etc. En todos ellos las características del proceso se relacionan con una deformación del derecho penal y/o procesal penal y por una ampliación mediática de los casos sin importar en última instancia el resultado del proceso judicial, o condicionándolo en el caso que el mismo sea contrario a los fines perseguidos.

El *lawfare* en este sentido ha sido definido como:

"una modalidad específica de la selectividad penal que se manifiesta a través de la manipulación del sistema mediático-judicial a iniciativa o con el soporte de los poderes corporativos nacionales y globales en un proceso de dos dimensiones. Por un lado, se procura la muerte política y jurídica de dirigentes progresistas a través de la presentación y diseminación de diversas denuncias penales, aun cuando los/as acusados/as no hayan cometido delitos. Por otro lado, se procura salvar de esa misma muerte política y jurídica a dirigentes funcionales al capitalismo financiero, aun cuando sí los hayan cometido" (Vegh Weis 2021:11)

Esta definición pone el eje en el uso o mal uso del Derecho Penal, así como Bielsa y Peretti que además agregan el foco en la infamia o deshonra que se busca en el proceso

“Designa el uso ilegítimo que puede hacer el poder judicial del derecho nacional o internacional con el objetivo de dañar a un oponente, en la lucha para obtener determinado objetivo político como la exclusión de una candidatura a cargos públicos...El *lawfare* es una distorsión en la aplicación de la ley ejecutadas por jueces al servicio del poder político-económico-mediático que persigue a los opositores al modelo de apropiación inequitativa.” (Bielsa y Peretti 2019:13).

Teniendo en cuenta las salvedades expresadas y considerando que el concepto de *Lawfare* es de aplicación problemática a las situaciones que se dan al interior de nuestro país, entiendo que se lo puede encuadrar dentro del género de Judicialización de la Política, siempre y cuando podamos dar cuenta de los cambios que se han producido respecto de otras situaciones que han recibido otras nominaciones para describirlos. Aquí es válido preguntarse ¿Qué cambió?

¿Qué cambios existen en el sistema político institucional, en el derecho, en los regímenes democráticos, en las relaciones internacionales, en la representación política, en la comunicación social que permiten que hoy se hable de *Lawfare* como un género específico, pero distinto de otras situaciones acaecidas que entran dentro del concepto más amplio de Judicialización de la Política en Argentina y América Latina?

Este trabajo postula tres desplazamientos que condicionan el actuar de las agencias burocráticas al interior del Poder Judicial y que permiten hablar de *Lawfare* en la actualidad.

Un diseño institucional del Poder Judicial en términos contra-mayoritarios

Se puede afirmar que el límite de acción de las agencias que integran el Poder Judicial es difuso en relación con la acción propia de las agencias que se encuentran bajo la órbita de los Poderes Legislativo y Ejecutivo. A su vez este límite se encuentra en constante corrimiento según los distintos momentos sociales, políticos, económicos e institucionales en que lo analicemos.

En la conformación institucional del régimen político adoptado por la Constitución Argentina, se puede rastrear la tensión entre ambas esferas a través de los intercambios que tuvieron Hamilton y Madison en *El Federalista* (Hamilton y otros, 2001). La finalidad de este intercambio de ideas fue la de convencer a los miembros del Estado de New York de aprobar la constitución de los EEUU sancionada en Filadelfia. En dichos artículos se esgrimían argumentos a favor de la aprobación de la misma y han trascendido a la historia como las explicaciones, supuestos y conjeturas sobre las instituciones que se encontraban en la nueva constitución, principalmente un nuevo sistema de gobierno

(Presidencialismo) una nueva forma de Estado (Federalismo) y en menor medida, pero no por eso menos importante, una nueva función para el Poder Judicial.

En uno de estos artículos, Hamilton defiende el derecho del Presidente de nombrar a los miembros de la Corte Suprema de Justicia con acuerdo del Senado y describe como negativo el funcionamiento de una mayoría democrática para tal fin, entendiendo que "... un hombre bien intencionado... no puede ser víctima de la confusión y de la desorientación que con frecuencia se encuentran en las determinaciones de una entidad colectiva, como consecuencia de la diversidad de opiniones, sentimientos e intereses que la perturban y desvían..." (Hamilton y otros, 2001:323) En otro Madison cuestiona el número de representantes que tiene que tener una asamblea, afirmando "... cuando mayor es el número de los integrantes de una asamblea, cualquier sea el carácter de los mismos, mayor es el predominio de la pasión sobre la razón..." (Hamilton y otros, 2001:236).

Estas conjeturas, contrarias a los cuerpos colegiados en el sistema de gobierno, no tienen más sustentos que los acontecimientos posteriores a la independencia de las 13 colonias de Inglaterra. Entre este periodo y la sanción de la Constitución existieron numerosos problemas económicos que tenían como partícipes a pequeños campesinos empobrecidos luego de la guerra de la independencia y que hicieron valer sus derechos a través de las Asambleas Estadales en contra de las pretensiones de minorías aventajadas de la sociedad norteamericana del siglo XVIII⁽³⁾ (Gargarella 1996; Barile 2016;).

El desprecio por las capacidades institucionales de mayorías democráticas tiene su correlato histórico y se expresa en las conjeturas que estos autores tenían en ese momento y que han trascendido a la posteridad como explicaciones del funcionamiento del sistema institucional y de los límites y desviaciones de los poderes por el instaurado. En estos términos Hamilton define la facción, como "... cierto número de ciudadanos, estén en mayoría o minoría, que actúan movidos por el impulso de una pasión común, o por un interés adverso a los derechos de los demás ciudadanos o a los intereses permanentes de la comunidad considerada en su conjunto..." (Hamilton y otros, 2001:36) Gargarella afirma que Madison considera que los actos facciosos se generan en el ámbito de las

(3) La "*Rebelión de Shays*", se produce luego de la guerra de la independencia y tenía como objetivo proteger a los agricultores. Quienes habiendo contraído deudas en la época de guerra se encontraban sometidos a un sistemático pedido de cancelación de las mismas. Gargarella, describe la operatoria económica a través de las cuales se encarcelaba a los campesinos por sus deudas y se confiscaba sus tierras, explicando que luego de la guerra de independencia, existía en los territorios de la unión una iliquidez importante lo cual imposibilitaba la cancelación de las mismas. Como la mayoría de los acreedores eran comerciantes y grandes propietarios que necesitaban metálico, único dinero aceptado por los comerciantes ingleses con quienes estos estaban endeudados, presionaban hacia abajo para conseguirlo. Ante la imposibilidad de los pequeños agricultores de obtener dicho medio de pago, estos remataban sus bienes y tierras sistemáticamente. (Gargarella, 1996:20) El objetivo de los movimientos de los agricultores fue exigir que se acepte papel moneda para la cancelación de sus deudas. En primera instancia de una manera no institucional, no permitiendo que se reúnan las cortes encargadas de ejecutarlas, luego a través de una participación más institucionalizada, ganando las asambleas estadales. (Gargarella, 1996:23)

asambleas y que el nuevo diseño institucional creado en Filadelfia tiene que tener mecanismos para impedir los mismos (gargarella, 1996:31)

El nuevo diseño institucional pone en la función del Poder Judicial el contrapeso necesario para impedir actos facciosos. Madison en otro artículo afirma que los jueces iban a ser “conocidos personalmente por una pequeña fracción del pueblo” y que “por la manera en que son nombrados, como la naturaleza y duración de su destino, los jueces se iban a encontrar demasiado lejos del pueblo como para participar de sus simpatías”. A su vez Hamilton considera que la independencia judicial es “necesaria para proteger la Constitución y los derechos individuales de los efectos de esos malos humores que las artes de los hombres intrigantes o la influencia de las coyunturas especiales esparcen a veces entre el pueblo” (Gargarella, 1996:43)

Un Poder Judicial independiente, alejado del control democrático en su función, sería el encargado de proteger a las minorías de una posible tiranía de la mayoría. Es importante aclarar que para la época que estamos reseñando, minoría era el conjunto de personas adineradas y aventajadas de la sociedad norteamericana en el siglo XVIII.

Nuestro régimen político, copia fiel del creado en el Congreso de Filadelfia, desconfía de la esfera política a la hora del ejercicio del gobierno y pone como límite a su actuar la esfera judicial. Esta última, constituida en un Poder independiente tendría como función controlar los excesos de los poderes políticos, considerando a este último como influenciabile, despótico y/o tirano a diferencia del primero considerado como moderado, crítico e imparcial.

La tesis de un poder judicial contra-mayoritario ha sido lo suficientemente tratada en la literatura sobre todo en relación al ejercicio del control de constitucionalidad. En el mismo se pone de manifiesto la tensión constitutiva de la función y sus límites al Poder Judicial en relación con los poderes políticos del sistema político e institucional. Dicha tensión y los límites a las funciones de cada poder no tienen una solución institucional están sujetos a los diferentes entramados históricos, políticos e institucionales.

La Justicia Mediática, como deformación espectacularizada de la Justicia Estatal

A fines del siglo XX se desarrolla un fenómeno que afecta al Sistema Judicial en su conjunto, pero que anida principalmente en los procesos penales y que ha sido denominado Justicia Mediática (Rodríguez2000). Este fenómeno no es más ni menos que la influencia de los medios masivos de comunicación en la producción mediatizada de los procesos judiciales.

La forma del lenguaje audiovisual, como forma hegemónica que adquirió la comunicación social a fines del siglo XX produjo una serie de corrimientos en la forma que

tradicionalmente se administraba la justicia. El proceso judicial adquiere, como proceso social de resolución de conflictos, una forma de entretenimiento mediático, que se monta como espectáculo sobre el proceso de justicia estatal. Esto genera dos movimientos, por un lado, da visibilidad al proceso de justicia estatal de cara a la ciudadanía, ya que la comunicación se hace accesible a la persona común en un idioma sencillo, por el otro, esta visibilidad no implica legitimación de la función, toda vez que la accesibilidad al proceso le quita la complejidad y etapas del mismo, mostrando una imagen de justicia lenta, rigurosamente formal y arcaica. Podemos decir que comienzan a coexistir dos procesos judiciales (Justicia Mediática y Justicia Estatal) pero sólo uno con jurisdicción. La justicia estatal extraña al discurso audiovisual coexiste con una justicia mediática a la que se puede definir como un modelo particular de investigación en la que los conflictos son definidos, enjuiciados y hasta castigados periodísticamente.

La justicia como entretenimiento, accesible al ciudadano en tanto telespectador de un formato de programa, de una noticia periodística o de un programa de actualidad política, permite dar visibilidad y mejorar los niveles de comprensión el entramado de sentido de la justicia estatal.

En este proceso mediatizado aparece una nueva forma de la justicia, espectacularizada, que se confunde con la forma de la justicia estatal, pero que la desarticula en un serie de desplazamientos que la transforman y a su vez la deslegitiman en relación con el espectáculo montado.

Estos desplazamientos operan en el proceso penal conformando una forma de espectáculo producto del lenguaje audiovisual que deforma la lógica del proceso y sus instancias. Primero, corriendo el eje de los hechos a los cuerpos. El proceso penal y por ende la criminología, se piensa desde los hechos, como un conjunto de acciones que recaen sobre un tipo penal configurando un delito, y este último viene a convertirse en el problema/conflicto que el derecho penal, como mediador resuelve. El desplazamiento operado por la justicia mediática no problematiza el hecho que se quiere disuadir o censurar sino que pone el foco en el delincuente. La narración de los hechos pasan a centrarse en la víctima y el victimario y producto del lenguaje audiovisual la imagen de los cuerpos, a-histórica en su representación mediática se confunde con un estereotipo, propio de la narración folletinesca, como modelo de relato y escritura, o mejor, la narración de que se va a valer la televisión para traducir el tipo de experiencias policiales (Rodríguez 2000:405)

Los medios masivos de comunicación no funcionan acorde al derecho penal, con tipos predeterminados de una manera abstracta y generalizada. No pueden reducir sus investigaciones a concretar los hechos en las acciones tipificadas por el código de rito, en cambio logran operar sobre sí mismos, sobre sus propios estereotipos. Aquí ya no es el estado el que visibiliza o define lo que es delito, el que fija el límite entre lo lícito y lo ilícito el que establece de una manera generalizada y anticipada cuales son los intereses afectados y en qué orden de prelación (Rodríguez 2000:407)

Surge así el proceso mediático, caracterizado primero por la delación, iniciado por una denuncia mediática. La noticia periodística se produce a través del delator, aquel que tiene algo para aportar, aquel que puede hacer salir a la luz lo que está oculto, invisible para el resto. La cámara de vigilancia, la grabación casera, la escucha, el chisme son todas pistas sobre la que se asienta la noticia mediática que va a dar impulso al proceso y sobre la que empieza a girar la rueda de la vindicta pública pero mediatizada en su forma de producción simbólica.

El expediente, como hoja de ruta del proceso penal se desentiende de la formalidad y rigurosidad lógica, temporal y probatoria de la justicia estatal. En la justicia mediática aparece un expediente fragmentado, un collage de imágenes y relatos, que como efecto se descontextualiza produciendo una deshistorización y desligamiento del proceso estatal que le da contención al principio (Rodríguez 2000:419)

Si hay algo que se asienta sobre el cuerpo y no sobre la acción, es un estereotipo que termina produciendo la reversión del principio de inocencia⁽⁴⁾. El victimario, en tanto delincuente, es culpable hasta que demuestre lo contrario. Esta construcción es coadyuvada por la conformación del expediente mediático y la función del especialista. Este último como comentarista – panelista desplaza al perito permite corroborar la culpabilidad atribuida, además de otorgar la seriedad del caso ante el cruce de opiniones y cubrir los agujeros del collage dejado por la investigación periodística. (Rodríguez 2000:484)

La sentencia, en el proceso mediático, tiene dos momentos: al principio mediante la reversión del principio de inocencia decretando la culpabilidad y al final, con la contestación por intermedio del sondeo a la opinión pública de la culpabilidad determinada de antemano. El proceso se cierra, dejando un final abierto al que siempre se puede volver.

En algún momento, la respuesta dada por el sistema de la justicia estatal es tardía, carente de relevancia ante el poderío mediático que construye el caso y lo llevo adelante con la sola finalidad de difamar, deslegitimar ese cuerpo, que en términos de *Lawfare* encarna en un político con un caudal de representación importante. La deshonra, la deslegitimación, la infamia se construye casi coetáneamente con el inicio de la delación.

Esto forma de impartir justicia, coexiste con la justicia estatal desde mediados de la década de 1990. Pero no tenía como cuerpos susceptibles a los políticos o representante políticos. La espectacularidad y centralidad de las causas de corrupción en la justicia mediática aparecen con la finalización del mandato de Cristina Fernández de Kirchner en Argentina. Podemos afirmar que antes existía una infra-criminalización de este sector que por algún motivo se transformó en una sobre-criminalización que además se acoplo al dispositivo de Justicia Mediática de la cual los políticos se encontraban marginados.

(4) Se podría establecer una suerte de continuidad entre el género de sospechas que caracterizó al periodismo televisivo de los 90 con aquel otro que manifestó el proceso militar en la década del 70 cuando se decía que nadie es sospechoso por que sí si se lo llevaron en algo andaría. (RODRÍGUEZ2000:482)

Una situación de monopolio de las empresas mediáticas

Una de las hipótesis que este trabajo maneja a los fines de explicar el paso de la infra-criminalización a la sobre-criminalización de ciertos sectores de la política nacional tiene directa relación con la sanción de la Ley 26.522 en el año 2009 sobre servicios de comunicación audiovisual.

La preocupación por la regulación del poder de los medios masivos de comunicación en Argentina aparece con fuerza una vez terminada la dictadura militar a principio de la década de 1980. La razón sustancial fue que durante ese período los medios masivos de comunicación evidenciaban ya un proceso de concentración en el que algunos propietarios de medios aprovecharon las condiciones de pérdida de libertades para adquirir la propiedad de otros⁽⁵⁾. Sin embargo, el proceso de auge mediático, de concentración, corporativización y privatización de los medios masivos de comunicación se produce en la década de los noventa con la implementación, desarrollo y ejecución de políticas de apertura, libre mercado y desregulación económica, que impulsaron grandes inversiones de capital nacional y extranjero, con la consolidación de holdings empresariales que integraban diversos medios y empresas. Estos holdings adquirieron y desarrollaron inversiones en varias empresas de comunicación que integraron al mismo tiempo la radio, la prensa y la televisión, lo que les permitió consolidar un negocio de entretenimiento rentable. En concreto, la permisibilidad de las políticas económicas generó una situación de los medios de comunicación caracterizados por (i) un alto índice de concentración de medios, en el que la propiedad de cerca del 75% de la radio, la prensa y la televisión se atribuye a los primeros cuatro operadores de cada uno de estos sectores; (ii) un tipo de concentración conglomeral, en el que las grandes empresas mediáticas poseen licencias o son propietarias de empresas en los distintos medios; (iii) una alta centralización de la producción en la zona metropolitana de Buenos Aires (becerra y otro, 2006: 96) y (iv) baja en la cantidad y calidad de la producción nacional, pues predomina la presentación de programas de producción extranjera y prolifera la producción de programas de variedades. En Argentina, a principios del siglo XXI el primero de los operadores en cada uno de los medios recauda cerca del 32% de la facturación en el mercado y alcanza ese mismo porcentaje de público o de clientes. A pesar de la existencia de diversos operadores, la mayoría sólo tiene una presencia limitada y escasa, pues los grandes holdings empresariales acaparan el mercado y el público. En comparación con el resto de América Latina, en igual período, si bien no es uno de los países de mayor concentración de medios, en el rango de aquellos que por tener mayor población per-

(5) El caso prototípico fue la adquisición por parte del Clarín y la Nación en 1977 de la principal productora de papel para diarios, la empresa Papel prensa, luego de que el Gobierno militar se apropiara del 75% de la empresa cuyas acciones pertenecía a la familia Graiver, detenida y juzgada durante la dictadura. Esta operación le permitió al Clarín el monopolio de producción y venta de papel para los diarios.

mite una mayor diversificación de las fuentes, Argentina es el que mayor concentración presenta, por encima de Colombia y de Brasil (becerra y otro, 2006:106 y 316).

Desde el retorno a la democracia se formularon varios proyectos de reforma, el primero de los cuales se produjo en la presidencia de Alfonsín, a través del Consejo para la Consolidación de la Democracia (COCODE), que como instancia multipartidaria elaboró un proyecto de reforma para la planificación de los medios audiovisuales. Sin embargo esta iniciativa impulsada por el Poder Ejecutivo, no tuvo eco en el parlamento. Antes de la crisis de 2001, se intentó otra reforma normativa con un acuerdo partidario que significó, la posibilidad de un nuevo entendimiento entre los partidos mayoritarios del Congreso, pero la debacle económica originó el abandono de esta iniciativa (Córdoba, 2001: 135). No obstante, el descontento económico generalizado significó la reevaluación de las políticas aperturistas y generó un clima de opinión crítico sobre los principales beneficiarios de las medidas, entre los que se encontraban los grupos empresariales que concentraban los medios masivos de comunicación. Así, el 27 de agosto de 2004, día de la Radiodifusión, se presenta la iniciativa ciudadana por una Radiodifusión Democrática, espacio conformado por cerca de 300 organizaciones que acuerdan una agenda común de 21 puntos de reforma que propugnaban por una comunicación más democrática, y que estaban estructurados sobre los principios de pluralidad y diversidad, de acción no gubernamental y no partidista. Este conjunto de organizaciones, que se autodenominó Coalición por una Radiodifusión Democrática (CDR) intentaría influir sobre el sistema político, ya que contaba con toda una base crítica de propuestas de reforma, pero le faltaba capacidad de lobby en los espacios decisorios donde los intereses económicos de los grupos de medios tenían una mayor atención.

Las diferentes organizaciones que estructuraron esta coalición basaban sus acciones en un criterio inclusivo y plural, encontrándose entre ellas sindicatos, federaciones y asociaciones empresariales, organismos de derechos humanos, universidades, medios de comunicación comunitarios, pueblos originarios. Su estructura flexible y abierta obligaba a que las decisiones se adoptaran por unanimidad (Sel2010: 194; Córdoba 2011: 141). La actividad de la CRD se concentró fundamentalmente en debatir los contenidos de una propuesta de reforma a través de diversos foros, talleres, mesas redondas y encuentros en todo el territorio nacional que permitieron construir y afianzar los temas que serían impulsados para la regulación de una radiodifusión plural y democrática (Sel2010: 198).

Pese a la consolidación de un proceso de estas características, que agrupaba un importante número de sectores de la sociedad civil, esta iniciativa sólo logró eco en el escenario político en el 2008, una vez el gobierno nacional enfrentó la denominada crisis del campo, en la que los medios de comunicación hicieron un seguimiento crítico a las medidas gubernamentales que afectaban a los empresarios del campo y apoyaban las diversas reacciones de protesta que adelantó este sector empresarial, hecho que

produjo un impacto serio en la imagen y credibilidad del gobierno⁽⁶⁾. Según lo denunciaron instancias académicas, los medios de comunicación habrían hecho un seguimiento parcial a las noticias a través del cual pretendía defender los intereses agroindustriales frente a medidas económicas que limitaban sus ganancias.

La respuesta a esta crisis por parte del Gobierno consistió en acercarse a las propuestas de la sociedad civil sobre la regulación de los medios de comunicación y promover una reforma legal con fundamento en los principios que se habían promovido dentro de la CRD. Si bien antes de las elecciones presidenciales de 2007 existieron algunos acercamientos entre integrantes de la coalición y personas del Gobierno Nacional no fue hasta abril de 2008, en pleno desarrollo de la crisis, que la CDR obtiene la primer audiencia presidencial (Córdoba 2011: 151). Este giro en la política gubernamental significó claramente la ampliación de un espacio democrático, para atender una demanda de regulación de los medios que había sido ampliamente discutida y había sido ya trabajada de manera que “el impulso dado por los 21 puntos de la Coalición por la Radiodifusión Democrática permitió cristalizar veinticinco años de trabajo, iniciativas y experiencias desarrolladas por amplios sectores religiosos, sindicatos, profesionales, trabajadores, empresarios, políticos y académicos” y tuvo la capacidad de “elaborar un discurso superador de las confrontaciones reduccionistas y los intereses monopólicos del sector” (Postolsky, 2010: 148).

El caso de la regulación de los medios de comunicación en Argentina, de la manera como se ha señalado, puede evidenciar que de un lado el trabajo de la sociedad civil como portadora de la opinión pública influyó en la adopción de medidas por parte del poder político en un momento de crisis que demandaba una relegitimación democrática. Hasta el momento la legitimidad de los gobiernos dependía en mayor o menor medida de la alianza estratégica con el Poder Mediático. La crisis desatada por el conflicto con el campo obligo al gobierno a buscar instancias de legitimación alternativas, constituyéndose la regulación de los medios de comunicación en una política viable y apoyada por amplios espacios de la sociedad civil.

Conclusión

Con este trabajo se intentó puntualizar una serie de condiciones que permiten explicar el vínculo entre la Justicia y la Política, en su reciente conformación caracterizada por el proceso de *Lawfare*. Sería interesante rastrear, tal como lo hacen Bielsa y Peretti, qué otras situaciones de Judicialización de la Política han existido a lo largo de la historia aunque con una denominación distinta a la de *Lawfare*.

(6) Córdoba, en una entrevista adopta para su investigación el concepto de “Gobierno en disputa”. (CÓRDOBA, 2011: 145)

Los que sí podemos afirmar es que en la actualidad el *Lawfare* se produce sobre un dispositivo de Justicia Mediática, que como ha sido expresado más arriba compite y deslegitima a la Justicia Estatal. Para que pueda existir la Justicia Mediática tenemos que encontrarnos en una etapa en que la comunicación social se asienta en el lenguaje audiovisual. El predominio de la imagen desplaza el procedimiento, la repetición de la misma genera la culpabilidad. No hay un mal uso del derecho, si se quiere hay una apropiación de la forma mediática por la justicia estatal. A los ojos del telespectador, nada ha cambiado.

También podemos encontrar a lo largo de la historia distintas situaciones en la que líderes políticos han sido sometidos a procesos penales, pero podemos afirmar que una de las características del *Lawfare*, que afecta a la Argentina, es que el proceso ha sido orquestado, fogueado y mantenido en la agenda pública por los medios masivos de comunicación social concentrados ¿Por qué una participación tan activa de estos últimos? Fue bajo el Gobierno de las y los políticos, hoy sometidas al proceso, que se intentó regular y desmonopolizar a los medios masivos de comunicación concentrados. La guerra, necesaria para tornar operativo el concepto en su acepción original, se desarrollaría entre el sistema político democrático y los medios masivos de comunicación social concentrados o de estos últimos contra la posibilidad de que el sistema político los regule jurídicamente en una perspectiva democrática y plural. Los medios masivos de comunicación social concentrados tienen la capacidad de administrar la justicia mediática, solo necesitan “convencer” a algunos operadores de las agencias que integran el Poder Judicial que esa es la forma de legitimar la justicia. En última instancia para el telespectador nada ha cambiado.

¿Por qué ciertos operadores del Poder Judicial aceptarían adoptar las formas de la justicia mediática? Tal vez porque en el fuero más íntimo de la institucionalidad argentina, está bien visto que el Poder Judicial controle los supuestos desvíos de la política. Si la infra-criminalización beneficia a los poderosos, seguramente protegerá a los operadores judiciales, que se dejaron guiar mucho por las delaciones. Para el telespectador nada ha cambiado si la imagen demuestra esa culpabilidad atribuida.

Aquellos a los que se les aplica el proceso del *Lawfare*, seguramente dejaron de pertenecer a ciertos sectores del poder que se benefician con la infra-criminalización desde el momento en que permitieron que el sistema político e institucional regule de manera democrática y plural a los medios masivos de comunicación social concentrados.

Referencias

Barile Juan Esteban. (2013). “Ley de servicios de comunicación audiovisual: una mirada a través de la obra Habermas” En Revista Electrónica del Instituto Gioja. Año VII N°10.

Barile Juan Esteban. (2016). La Corte Suprema de Justicia y el New Deal, aportes a la discusión de la función del Poder Judicial en un Sistema Democrático. En Justicia Constitucional, Patricio Marianello, director. Editorial Contexto, Resistencia.

- Bercholz Jorge.** (2015). *Opinión Pública y Democracia. Influencia y efectos de los medios de comunicación masiva.* Buenos Aires: Lajouane, 2015.
- Becerra, M., Mastrini, G.** (2006). *Periodistas y Magnates. Estructura y concentración de las industrias culturales en América Latina.* Buenos Aires: Prometeo, 2006.
- Bielsa Rafael y Peretti Pedro.** (2019). *Lawfare Guerra Judicial-Mediática,* Ariel, Buenos Aires
- Córdoba, L.** (2011). "La Coalición por una radiodifusión democrática: regeneración del espacio público y ejercicio de ciudadanía" En *Argumentos: Revista de crítica social*, 2011, XIII, 133-157.
- Chamorro Gabriel.** (2020). *Lawfare o la continuación de la política por otros medios,* Editorial Nuestra América, Buenos Aires.
- Dunlap C. J.** (2001). *Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21 Century Conflicts* – 29 de noviembre de 2001.
- Dunlap C. J.** (2008). *Lawfare Today: A perspective,* Yale Journal of International affairs, N° 3, Invierno 2008, pp 146-154.
- Gargarella, Roberto.** (1996). *La Justicia frente al Gobierno,* Buenos, Ariel.
- Hamilton, A. y Otros** (2001) *El Federalista.* México, Fondo de Cultura Económica.
- Postolsky, G.** (2010). Continuidades, desplazamientos y transformaciones en las políticas de comunicación en la Argentina. En Sel, S. *Políticas de comunicación en el capitalismo contemporáneo,* Buenos Aires, CLACSO, 2010, 135-152.
- Rodríguez, Esteban.** (2000). *Justicia mediática: la administración de justicia en los medios masivos de comunicación. Las formas del Espectáculo.* Ad Hoc, Buenos Aires.
- Sel, S.** (2010). Actores sociales y espacio público. En Sel, S. *Políticas de comunicación en el capitalismo contemporáneo,* Buenos Aires, Clacso, 2010, 183-210.
- Suberviola Gilabert José Ramón.** (2016). *Lawfare, el uso del derecho como arma,* en *Revista Española de Derecho Militar,* N° 106, Julio – Diciembre 2016, pp 189-230.
- Veg Weis,Valeria.** (2021). *El lawfare como golpe por goteo. Un análisis desde la criminología crítica sobre democracia, sistema penal y medios en Latinoamérica.* En *Revista de Pensamiento Penal,* septiembre de 2021, No. 403.

SILVINA ALEJANDRA MANGUÍA*

Una noche de barbarie: el golpe de Estado en Bolivia en 2019 y la construcción mediática del “otro”

Introducción⁽¹⁾

Finalizadas las dictaduras de la década del 70, las democracias de los países latinoamericanos se vieron amenazadas por un permanente intento para desestabilizarlas.

Desde que asumió Evo Morales la presidencia de Bolivia el 22 de enero de 2006, durante las siguientes reelecciones y hasta el 10 de noviembre de 2019, en que presenta su renuncia ante la Organización de Estados Americanos (OEA), el Estado Plurinacional de Bolivia⁽²⁾ significó “la refundación” y el comienzo como señala Stella Calloni en diálogo con Lautaro Ortiz (2019) del “proceso de cambio de un Estado colonial y neoliberal hacia un Estado Unitario, Plurinacional Descentralizado y con Autonomías”. Los pueblos originarios pasaron a ser sujetos con derechos civiles y facultades de ejercer su propia autonomía, produciendo un cambio fundamental no sólo en lo económico y lo político, sino también en lo cultural y social.

(*) Doctoranda en Ciencias Sociales, Licenciada en Ciencias de la Comunicación por la Universidad de Buenos Aires y Magister en Sociología Económica por la Universidad de San Martín. Docente de la Facultad de Ciencias Sociales (UBA) y estudiante del Profesorado en Comunicación Social. Trabaja en el área de Investigaciones Históricas del Archivo Nacional de la Memoria.

(1) Este trabajo está inspirado en la memoria y la comprometida labor periodística de Sebastián Moro, periodista argentino que luego de ser golpeado mientras cubría los acontecimientos, cayó inconsciente el 11 de noviembre de 2019 y falleció cinco días después en la Ciudad de La Paz, Bolivia.

(2) En la nueva Constitución, aprobada en referéndum con un 61 % de los votos en enero de 2009 y promulgada el 7 de febrero de ese año, se determinó que Bolivia se constituía en un “Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías, fundadas en la pluralidad y pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico dentro del proceso integrador del país”.

Luego del triunfo electoral de octubre de 2019, la oposición recrudesció sus ataques a la gestión de gobierno de Evo Morales, se reactivó el regionalismo en Santa Cruz y sectores de Potosí, que se encontraban enfrentados con Evo sobre todo por la administración del litio, se sumaron a la insurrección. Por otro lado, grupos indígenas y el movimiento cocalero marchó por las calles desde el Alto, en La Paz para defender al presidente amenazado con ser destituido.

El presente trabajo se propone analizar los sentidos producidos por imágenes televisadas las primeras horas después del golpe de Estado al gobierno de Evo Morales en Bolivia del 10 de noviembre de 2019. Daños a la propiedad presidencial y expresiones racistas hacia su figura oficialán de indicios que buscarán confirmar que la “criminalización mediática” o aquello que se mencionó como “fraude electoral”, operando una vez más en la construcción de una “otredad negativa”, a la que hay que perseguir y exterminar.

La víctima perfecta, el chivo expiatorio

Aníbal Ford, en uno de sus libros señala que “nuestra problemática geopolítica, del territorio, de la administración de recursos, de la integración nacional, necesitan también de su exploración desde el lado de la comunicación, la cultura y la información” (1987:12)

En este sentido, proponemos pensar las imágenes televisadas durante las primeras horas del golpe, como “ventanas” (Gamarnik, 2020) que condensan sentidos anclados en nuestras culturas y que permiten interpretarlas, vincularlas con otros sucesos de semejantes características y hasta podemos decir que remite a veces a otras imágenes ancladas en nuestra memoria.

Es por eso que recorrer la trama de imágenes que se fueron visibilizando durante las transmisiones televisivas y/o fotografías de esas noches del golpe permite reconocer algunas representaciones acerca de lo bárbaro, lo vandálico, como si nuevamente la diada civilización/barbarie estuviera presente en la construcción en clave sensacionalista de las crónicas de esos hechos.

Por medio de ellas, retorna un pasado discursivo, el pasado, para nosotros los argentinos, del Facundo de Domingo F. Sarmiento, de El matadero de Esteban Echeverría y de Una excursión a los indios ranqueles, de Lucio V. Mansillas (Baigorria y Swarinsky, 2009). Su uso opera como una retórica funcional para estereotipar, excluir y aniquilar.

Esto explica por ejemplo por qué el ensañamiento con los objetos de la casa donde vivía el presidente boliviano y la posteriores expresiones como “el excelentísimo tenía hasta gimnasio, mierda”⁽³⁾.

(3) Diario Clarín (11 de noviembre de 2019). Tras su renuncia atacaron la casa de Evo Morales en Cochabamba y hubo saqueos en varias ciudades de Bolivia. Recuperado el 28 de diciembre de 2021 de

Desde que en el siglo XVIII a.c. el gobernante babilonio Hamurabí ordenó compilar todas las leyes en su famoso código, la ley ha sido la sublimación de la venganza. Sublimación que tiene como idea esencial polarizar a todas las facciones de una sociedad contra lo que René Girard llama una *víctima perfecta* (1998). Si la *víctima* es *indiscutiblemente* culpable para el resto de la sociedad, la ejecución pública de la misma no corre el riesgo de desatar la venganza y por lo tanto frena el círculo eterno de la violencia. Si la *víctima* es imperfecta, o solo es culpable para alguna fracción de la sociedad, su castigo siempre traerá consecuencias. Es decir que el ritual de fundación de las sociedades es, para Girard (1998), siempre un acto de violencia: la unión de todos contra un chivo expiatorio, y su garantía de continuidad la da el sacrificio de esa *víctima* universalmente condenada. Es por eso que, a pesar de que Occidente se ha construido siguiendo los pasos del Cristianismo (en el que la verdadera revolución consiste en ser un cuerpo de ideas que profesan por primera vez la identificación con la causa de la *víctima*) pareciera que el viejo concepto de ojo por ojo, diente por diente, renace constantemente bajo los velos de la legalidad contemporánea y el indio es el chivo expiatorio.

Como señala Álvaro García Linera, “las elites coloniales preservadas con la república jamás abandonaron, y cuando pudieron lo llevaron a cabo, el íntimo deseo del exterminio físico de la población indígena, ha sido la prédica nacionalista la que mayores estragos ha provocado en la continuidad material y espiritual de las entidades colectivas indígenas”. El “otro”, era necesario dominarlo o aniquilarlo. A menos que, se pudiera concretar una “sumisión” que cautivara ya no los cuerpos sino las almas de la gente. (García Linera, 2008: 194)

García Linera recuerda que “La república boliviana se fundó dejando en pie estas estructuras coloniales que consagraban prestigio, propiedad y poder en función del color de piel, del apellido, el idioma y el linaje” y hoy esa situación pervive. La etnicidad opera como un capital dentro de esa red de relaciones sociales, de la que teoriza Pierre Bourdieu (Wacquant, 1995).

El lugar de residencia y de actividad económica que realiza también tiene su valor en ese espacio social recorrido por un poder simbólico.

Menciono esto porque las imágenes del golpe a Bolivia nos muestran el ensañamiento entre pares, aunque los violentadores no se asuman como tales. Las Fuerzas Armadas y de Seguridad del país ejercieron su rol: demostraron ser la mano represiva del Estado.

Un Estado, luego del golpe, capturado por los intereses económicos y políticos (en ese orden) de los Estados Unidos. Un golpe que para pensadores latinoamericanos como Alcira Argumedo (2019) se da en, “un contexto internacional donde distintos factores indican que Estados Unidos está perdiendo la disputa hegemónica con el bloque chino-

https://www.clarin.com/mundo/atacaron-casa-evo-morales-cochabamba-saqueos-varias-ciudades-bolivia_0_6zbi-rOV.html

ruso en términos económicos, geopolíticos y tecnológicos” y que, sumado al “odio” por las transformaciones producidas dentro de esa sociedad y la construcción de consensos acerca de la administración de sus recursos naturales, develó cómo ese “verdadero apartheid” que existía antes de la llegada de Evo Morales al poder, aún no se había extinguido.

Ese racismo de características brutales se expresa en esos días, con la activa participación en el golpe producido por los segregacionistas: grupos racistas, fascistas, separatistas de Santa Cruz de la Sierra, Beni y Pando, que integran la llamada Media Luna.

Antonio Gramsci (1949) expresó en uno de sus *Cuadernos de la Cárcel* que, para comprender a una sociedad, hay que conocer a fondo, al menos los últimos cien años de su historia y si consideramos que entre 1825, año de su independencia, y la llegada de Morales al poder, en 2006, Bolivia ha conocido 188 golpes de Estado: o sea casi uno por año, podemos arriesgar que además de un pueblo colonizado, también se trató de un pueblo rebelde e insurgente que no pudo alcanzar sus reivindicaciones hasta ese 2006.

La construcción de legitimidad requirió de un gran esfuerzo de quienes acompañaron el período Morales, programas gubernamentales que se expresaron en transformaciones sociales antes mencionadas, no lograron revertir los sentidos comunes que se fueron construyendo en torno de su figura y gobierno. Como señala Atilio Borón (2019) los manuales publicados por diversas agencias de EEUU y sus voceros disfrazados de académicos o periodistas evidenciaban señales de ofensiva. Resaltaban la necesidad de “destrozar la reputación del líder popular”, algo que en la jerga especializada se llama asesinato del personaje (“character assassination”) calificándolo de ladrón, corrupto, dictador o ignorante:

“Esta es la tarea confiada a comunicadores sociales, autoproclamados como “periodistas independientes”, que a favor de su control cuasimonopólico de los medios taladran el cerebro de la población con tales difamaciones, acompañadas, en el caso que nos ocupa, por mensajes de odio dirigidos en contra de los pueblos originarios y los pobres en general.”⁽⁴⁾

Pareciera que, en este sentido, la hegemonía como ese “proceso de construcción de relaciones de dominación socialmente legitimadas, que se presentan como sentidos comunes, y que habilitan a un grupo a asumir la conducción intelectual del Estado y la dirección política de la sociedad”, no se había alcanzado (Gramsci; 1949).

Esos medios de comunicación actuaron antes y actuarían después como “organismos políticos-financieros” (Gramsci; 1949) que oficiaron y ofician de instrumentos del poder real y aunque se puede reconocer, que el primer gobierno de Evo Morales se caracte-

(4) Borón, Atilio (10 de noviembre de 2019) El golpe en Bolivia: cinco lecciones. Diario Página 12. Recuperado el 28 de diciembre de 2021 de <https://www.pagina12.com.ar/230296-el-golpe-en-bolivia-cinco-lecciones>

rizó por lograr la estatización de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Entel), privatizada en 1995 y por la fase defensiva de los medios de comunicación privados de sostener en status quo por sus propios intereses, desde que en 2017 el Tribunal Constitucional habilitó la presentación de Evo Morales a un nuevo mandato, a contramano del resultado del referendo de 2016, “la oposición aumentó tanto su articulación entre distintos sectores sociales como su radicalización política, al tiempo que enmarcó su disputa con el gobierno como una pelea en “defensa de la democracia”” (Schuliaquer, 2020:390) y se valió también de los medios de comunicación privados y, desde los resultados de octubre, éstos impulsaron explícitamente la salida de Morales, acompañados por la presencia del discurso de distintos sectores opositores que pedían lo mismo, a la voz de “fraude”. En toda esa campaña desinformativa, alimentada por fake news⁽⁵⁾, el partido del Movimiento al Socialismo (MAS), había dejado de ser considerado un representante legítimo de la ciudadanía (Schuliaquer, 2020). Las editoriales de los medios y sus crónicas o crónicas oficiaron de vehiculizadoras del discurso colonizador.

Si nos detenemos en aquellas “ventanas”, podremos ver en ellas, como señalan Shohat y Stamp (1994) “operaciones tropológicas” que conforman una clase de sustrato figurativo dentro del discurso eurocentrista. “Uno de los tropos colonialistas clave es la “animalización”. Éste fue enraizado en una tradición religiosa y filosófica que dibujó claros límites entre lo animal y lo humano, donde todas las características del ser, similares a las de los animales, debían ser suprimidas. El discurso colonizador, según Frantz Fanon, siempre recurre a lo bestial (Shohat y Stamp, 1994). El discurso colonialista/racista subyuga lo colonizado como a bestias salvajes de irrefrenable libidinosidad, que no tienen vestimenta apropiada y que viven en chozas de barro que parecen nidos y cuevas” o bien otras figuras retóricas como la antonomasia “excelentísimo” y la ironía, como el titular del diario argentino Infobae “Parece una habitación de un jeque árabe”:

“El Gobierno de transición de Bolivia quitó este jueves el velo a la suite presidencial que ocupó Evo Morales en la Casa Grande del Pueblo, un gran edificio que convirtió en sede de Gobierno en La Paz, para mostrarla a los medios y señalar un supuesto “derroche” de recursos y una vida de “lujo” (...) “Parece una habitación de un jeque árabe, el derroche de dinero que se ha hecho para la construcción de este palacio realmente es un insulto para todos los bolivianos”, aseguró a los medios la ministra de Comunicación, Roxana Lizárraga”⁽⁶⁾.

(5) En la campaña de la últimas elecciones, la prensa opositora circuló la falsa noticia que Morales había tenido un hijo con una militante de su partido, con Gabriela Zapata, quien se habría beneficiado de su proximidad al presidente para enriquecerse. Esto luego se confirmó que no había sucedido, aunque ya no ocupaba la centralidad de las noticias en las agendas de los medios.

(6) Infobae (15 de noviembre de 2019) *Las fotos de la suite de Evo Morales en La Casa del Pueblo: “Parece una habitación de un jeque árabe”*. Diario Infobae. Recuperado el 27 de diciembre de 2021 de <https://www.infobae.com/america/america-latina/2019/11/15/las-fotos-de-la-suite-de-evo-morales-en-la-casa-del-pueblo-parece-una-habitacion-de-un-jeque-arabe/>

Estas declaraciones pueden ser interpretadas desde la relación de las vidas humanas y el dinero: “todas las dimensiones de la vida personal y social de las personas se conectan con y por el dinero, que resulta, para emplear un concepto muy caro al pensamiento de Marcel Mauss – un hecho social total” (Wilkis, 2013: 21). Se visibiliza aquí al don dinero y su relación está estrechamente vinculado con aquel lugar que los agentes ocupan en el espacio social (Bourdieu, 1995). El lujo, aquello que está permitido y aquello que está prohibido para los sectores populares, de donde Evo Morales proviene en este caso.

Un ejemplo argentino de ello es aquello que manifestó un ex funcionario argentino: “Le hicieron creer al empleado medio que podía comprarse plasmas y viajar al exterior”⁽⁷⁾ y que, si lo conectamos con las expresiones vertidas por la ministra Lizárraga, que recoge el eco de quienes saquearon la casa del ex presidente, le hicieron creer a un indígena que podría acceder a esa vivienda, como lo muestran las imágenes antes mencionadas.

Como señalan Rafael Bielsa y Pedro Peretti (2019), la infamia es un arma de destrucción masiva y para llegar a ella es necesario valerse de campañas de descalificación pero también del uso de caracterizaciones estigmatizantes como las mencionadas en este trabajo o aquellas expresiones que relatan las víctimas de la represión de esos días en el 177º período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del 8 de octubre de 2020 (Barreto Maia, 2021).

Transcurrido más de dos años de estos acontecimientos y con el triunfo del MAS en Bolivia en octubre del 2021, en noviembre un grupo de expertos “GIEI”:

“empezó en noviembre su tarea para ayudar a reconstruir lo sucedido entre octubre y diciembre de 2019 en Bolivia. Se espera que cuente con las garantías necesarias para funcionar, y que pueda trabajar para que el Estado boliviano garantice verdad y justicia por las violaciones de derechos humanos cometidas. El resultado de ese esfuerzo será clave para Bolivia, sobre todo para quienes sufrieron la represión, y también para la legitimidad del Sistema Interamericano” (Barreto Maia, 2021:8).

La respuesta de la OEA a esos días del 2019 convoca a preguntarse por la eficacia y legitimidad de los organismos internacionales en materia de defensa de los Derechos Humanos. Las garantías constitucionales fueron suspendidas por esas horas y las muertes o violaciones a los derechos humanos ocurrieron en distintas ciudades del país. Imágenes televisivas dieron cuenta de ensañamiento brutal especialmente contra mujeres: sus ropas ultrajadas, sus pelos gironeados y sus hijos llorando a su lado.

(7) Araujo, Mariana (27 de mayo de 2016) *González Fraga: “Le hicieron creer al empleado medio que podía comprarse plasmas y viajar al exterior”*. Diario La Nación. Recuperado el 28 de diciembre de 2021 de <https://www.lanacion.com.ar/economia/gonzalez-fraga-le-hicieron-creer-al-empleado-medio-que-podia-comprarse-plasmas-y-viajar-al-exterior-nid1903034/>

El *lawfare*, como problema regional, se ejecutó también en Bolivia, pero tiene la particularidad de haber construido un “otro” que no es el funcionario “corrupto”, o aquellos representantes de los sectores populares, sino un “indígena”, a quien califican de corrupto y también por representar a los sectores populares pero que, además, es portador de una etnia que concentra todo aquello que Occidente condena: desde sus prácticas culturales hasta sus lenguajes.

Reflexiones finales

Más de 60 millones de habitantes de nuestros pueblos originarios fueron exterminados para despojarlos de sus tierras y esclavizarlos al servicio de los conquistadores, nos recuerda Eduardo Galeano en *Las Venas Abiertas de América Latina* (1971). Este dato da cuenta de que el racismo y la posibilidad de torturar y matar sin mayores remordimientos está estrechamente vinculado con lo que se conoce como “la invención del otro”, constructo social eurocéntrico donde ese “otro” representa la barbarie que, antes se oponía a los avances de la “civilización” y hoy podemos decir, a las fuerzas conservadoras relacionadas con Estados Unidos. Fuerzas que tienen como uno de sus intereses, la apropiación de los recursos naturales del suelo latinoamericano y para ello, desestabilizan gobiernos democráticos, se valen de *fake-news* que circulan por los medios concentrados de comunicación y de un sistema judicial que las ampara.

Finalmente, aquello que mencionaba acerca del “chivo expiatorio”, funcionó. Como pregonaba García Linera (2021), la fuerza conservadora latinoamericana hoy es profundamente autoritaria y, en sus palabras “son la expresión de un mundo depresivo que busca en el escarmiento del otro la expiación de sus angustias por un orden moral neoliberal que se cae lentamente a pedazos”⁽⁸⁾, y que todos esperamos que en algún momento eso suceda.

Referencias

- Argumedo, Alcira (14 de noviembre de 2019) *Bolivia en la Mira*. Diario Página 12. Recuperado el 28 de diciembre de 2021 de <https://www.pagina12.com.ar/230838-bolivia-en-la-mira>
- Baigorria, O. y Swarinsky, M. (2009) “La máquina de trazar fronteras”, en Martini S.y Pereyra M. (comps.) *La irrupción del delito en la vida cotidiana*. Relatos de la comunicación política. Buenos Aires, Editorial Biblos.

(8) García Linera, Álvaro (6 de noviembre 2021) Hemos dedicado la vida a pelear para que la gente humilde pueda sonreír. Universidad Nacional de La Rioja. Recuperado el 28 de diciembre de 2021 de <https://www.unlar.edu.ar/index.php/in/90-medios/noticias/3318-hemos-dedicado-la-vida-a-pelear-para-que-la-gente-humilde-pueda-sonreir>

- Barreto Maia, Camila** (2021) *Bolivia. Un golpe con el sello de la OEA*. Disponible en: <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2021/02/Bolivia-Post-esp.pdf>
- Bielsa, R. y Peretti, P** (2019) *Lawfare. Guerra Judicial Mediática. Desde el Primer Centenario hasta Cristina Fernández de Kirchner*. Buenos Aires, Ariel.
- Borón, Atilio** (10 de noviembre de 2019) *EL golpe en Bolivia: cinco lecciones*. Diario Página 12. Recuperado el 28 de diciembre de 2021 de <https://www.pagina12.com.ar/230296-el-golpe-en-bolivia-cinco-lecciones>.
- Ford, Anibal** (1987) *Desde la orilla de la ciencia. Ensayos sobre identidad, cultura y territorio*. Buenos Aires, Puntosur Editores.
- García Linera, Álvaro** (2008) "Capítulo V. Movimiento indígena". Stefanoni, Pablo (comp.) *La potencia plebeya. Acción colectiva e identidades indígenas, obreras y populares en Bolivia*. Buenos Aires. CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. Prometeo. Disponible en: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/coediciones/20100804011421/06cap5.pdf>
- Gramsci, Antonio** (1949): "Introducción", En *La política y el Estado moderno*, Barcelona, Planeta - De Agostini, 1993.
- Gramsci, Antonio** (1949): "Observaciones sobre el folklore" y "Literatura popular". En *Literatura y vida nacional*, Buenos Aires, Las cuarenta, 2009.
- Girard, René** (1998), *La violencia y lo sagrado*. Madrid, Anagrama.
- Ministerio de Cultura (16 de julio de 2020) *Cora Gamarnik y las imágenes como "ventanas"*. Ministerio de Cultura de la Nación Argentina. Recuperado el 27 de diciembre de 2020 de <https://www.cultura.gob.ar/cora-gamarnik-9259/>
- Moro, Sebastián** (11 de noviembre de 2019) *Un golpe de Estado en marcha en Bolivia*. Diario Página12. Recuperado el 28 de diciembre de 2021 de <https://www.pagina12.com.ar/230124-un-golpe-de-estado-en-marcha-en-bolivia>
- Ortiz, Lautaro** (9 de diciembre de 2019). Stella Calloni: "En América Latina, estamos bajo una guerra contrainsurgente". Diálogos del Sur. Recuperado el 28 de diciembre de 2021 de <https://dialogosdelsur.operamundi.uol.com.br/america-latina/62072/stella-calloni-en-america-latina-estamos-bajo-una-guerra-contrainsurgente>
- Schulíaquer, Iván** (2020) No tan polarizados. Los gobiernos de Evo Morales y los medios de comunicación en Bolivia. Revista SAAP (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) Vol. 14, N° 2. Disponible en: <https://revista.saap.org.ar/contenido/revista-v14-n2/rsaap.14.2.A5.pdf>.
- Shohat, Ella y Robert Stam** (1994): "Introducción" y "Tropos del imperio". En *Unthinking eurocentrism. Multiculturalism and the media*, Londres, Routledge
- Wacquant, Loïc** (1995): "Introducción". En Bourdieu, P. y L. Wacquant: *Respuestas. Por una antropología reflexiva*, México, Grijalbo
- Wilks, Ariel** (2013) *Las sospechas del dinero: moral y economía en la vida popular*. Buenos Aires. Paidós.

RODRIGO F. VIDELA*

Definición sin negación

Apuntes de criminología cautelar con base en el golpe de Estado en Bolivia o breve manual para definir situaciones sin colaborar con una masacre

*“Todo está escondido en la memoria
refugio de la vida y de la historia⁽¹⁾”.*

Situación

En nuestra hermana Bolivia hubo elecciones, se corrieron rumores de fraude, grupos opositores –derrotados y hasta no candidatos– se manifestaron violentamente, las fuerzas policiales se auto-acuartelaron, los manifestantes secuestraron oficialistas e incendiaron sus casas, la Organización de Estados Americanos recomendó⁽²⁾ hacer nuevas elecciones, el presidente constitucional Evo Morales Aymá convocó a nuevas elecciones, pero las fuerzas militares le “recomendaron” que renunciara.

Ante ese panorama, quien aún cumplía mandato constitucional presentó su renuncia –la cual sigue sin ser aceptada formalmente– y una senadora (Jeanine Áñez), que estaba cuarta en la línea sucesoria⁽³⁾, asumió la presidencia sin siquiera *quorum* legislativo.

(*) Abogado por la Universidad de Buenos Aires, Especialista y Maestrando en Derecho Penal por la Universidad Torcuato Di Tella. Docente de derecho penal y criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata. Miembro de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología (ALPEC) y del Espacio de Criminología Cautelar (ECC) Contacto: rvidela@derecho.uba.ar

(1) Fragmento de la canción “La memoria” del cantautor argentino León Gieco.

(2) Impulsada por su secretario general Luis Almagro.

(3) Era la vicepresidenta segunda del Senado.

Así, según estas propiedades empíricas de la situación boliviana, a los fines pedagógicos del presente texto (pero sin querer favorecer a la asepsia política en términos de “neutralidad”), podríamos iniciar afirmando que “aconteció el renunciamiento de Evo Morales Ayma”.

Ante los hechos relatados se abren –como mínimo– tres grandes posibilidades de interpretación de lo acontecido que permiten definir-afirmar que: a) fue un golpe de Estado, b) no hubo golpe de Estado, Evo renunció por haber cometido fraude electoral o c) hubo un golpe de Estado, pero Evo “se lo buscó” por haber querido cometer fraude.

Quien escribe el presente -texto- está seguro de que “A)” es la opción correcta: en Bolivia hubo un golpe de Estado.

Planteo del problema

Esa seguridad nos permite e impulsa a preguntar explícitamente, para razonar de otra manera, *¿por qué estamos tan seguros de afirmar que hubo un golpe de Estado?*

Consideramos que siempre es necesario hacerse aquellas preguntas cuyas respuestas habitualmente damos por sentadas. Nuestra conciencia política nos indica que hubo un golpe, que debe ser repudiado, e intuitivamente nos oponemos a quien ponga en duda dicha afirmación. Pareciera que solo un golpista o quien *le hiciera el juego a la derecha* podría contradecirla.

Sin embargo, razonamos que no solo aquellas personas de dudosa conciencia política plantearían dicha pregunta, sino que también un militante de y por los derechos humanos –lo mismo que de una criminología cautelar (Zaffaroni, 2011)– podría/debería de hacérsela (aunque claro está que con diferentes intenciones que un encubridor o negador).

En esa dirección, ante la pregunta formulada, creemos que en lugar de desesperarnos por entender por qué ocurre la negación del golpe de Estado eje de este escrito por parte de ciertas personas, debemos dar este estado de cosas -la negación- por sentado⁽⁴⁾ e invertir la perspectiva⁽⁵⁾.

El problema teórico no sería “¿Por qué niegan que hubo un golpe?”, sino “¿Por qué razón no lo negamos nosotros?”. El problema empírico deja de ser descubrir más motivos o evidencias de la negación y pasa a ser descubrir las condiciones bajo las cuales la

(4) Reconociendo la negación como un hecho político existente, sin analizar si es producto de, quizás, el bombardeo de los medios de comunicación, la manipulación de voluntades instrumentada mediante redes sociales o la simple falta de conciencia histórico-nacional-regional, cualquiera sea el o los motivos, no es objeto del presente apunte.

(5) Siguiendo la lógica expuesta por Cohen (2005:267).

información es reconocida por nosotros como un golpe de Estado y nos permite actuar en consecuencia. De esta forma, el problema político que se nos presentará será crear estas condiciones.

Es desde allí que empezamos a desandar el proceso político-cognitivo que nos impone definir tal situación como un golpe de Estado.

¿Por qué razón no negamos que hubo un golpe de Estado? O ¿por qué definimos lo acontecido como un golpe de Estado?

Al hablar de “definir tal situación” no podemos escaparnos de la propia intención de que eso sea llamado golpe de Estado. ¿Por qué? Porque sabemos que los nombres son cascaras que esconden intereses y valores (Aniyar de Castro, 2010:19), que con las palabras se puede designar o encubrir⁽⁶⁾ y que poder es el poder de definir (Christie, 1976).

Las definiciones no sirven mera y simplemente al ejercicio del poder, son el mismo ejercicio, someten. Un poder no dice *yo soy poder sobre antes de haber afirmado yo soy poder de*⁽⁷⁾.

Por ello, el primer paso es asumir nuestra verdad como perspectiva interpretativa, como una interpretación entre otras, y asumir nuestra definición de la situación como voluntad de poder.

En nuestro terreno no hay definiciones “correctas” o “verdades absolutas”, no hay una sustancia o un concepto universal sobre el cual verificar si hubo o no un golpe de Estado. No hay posibilidad extradiscursiva, fuera de toda interpretación, de establecer cual es “la verdad”.

Y como no podemos “develar” la “verdad” fuera de una disputa social, lo que hay son interpretaciones en pugna. La definición contraria a la nuestra no se presenta como un “error”⁽⁸⁾, sino como una visión adversa, a la que no le oponemos un “conocimiento” objetivo de la realidad, sino una interpretación. No combatimos la negación desde la verdad, sino desde el enfrentamiento que surge y se reconoce en la lucha político-discursiva⁽⁹⁾.

(6) Y bien enseña la profesora Silvia Rivera Cusicanqui que en el colonialismo hay una función muy peculiar para las palabras ya que se convierten en “eufemismos que velan la realidad en lugar de designarla” (2010:19)

(7) En similar sentido, al referirse al “texto” mas no a las “definiciones”, Glucksmann (1978:42)

(8) Obvio que para nosotros sí será un error, pero siempre desde nuestra perspectiva. A su vez, siempre cabe recordar que comprender no es perdonar (Sémelin, 2013:25).

(9) En ese sentido, Michel Foucault señala que: “pues -la historia no deja de enseñarnoslo- el discurso no es simplemente aquello que traduce las luchas o los sistemas de dominación, sino aquello por lo que, y por medio de lo cual se lucha, aquel poder del que quiere uno adueñarse” (2004). Agradezco a Juan Martín Nogueira por las conversaciones sobre este texto.

Así, lo que existen son definiciones más o menos útiles, según los propósitos que se tengan; útiles para los efectos, las consecuencias, que se quieran lograr (Christie, 1976:34).

Se nos acusará de querer definir la renuncia de Evo como un golpe *“por el lugar político en el que estamos parados”*. Solo podremos responder: pues claro, definir que haya sido un golpe no solo tiene consecuencias políticas sino también un origen político; tanto como definir que hay una mera *“transición de poder”*⁽¹⁰⁾, y lo sabemos.

Sabemos que todas las personas hablan desde y hacia un lugar; lo importante es tener claro cuales son los lugares que se adoptan.

Así, lo primero que debemos hacer es explicitar desde -y hacia- donde hablamos, explicitar nuestro posicionamiento político: la realización de los derechos humanos⁽¹¹⁾, la contención de pulsión vindicativa y la prevención de masacres (Zaffaroni, 2011 y 2012) en –cuanto menos– nuestra región, que no es otra cosa que proveer seguridad existencial a las personas de carne y hueso.

Nuestra principal fuente de inseguridad existencial proviene del desbaratamiento de los Estados de bienestar (desempleo, inseguridad laboral, previsional, deterioro de los servicios estatales, carestía, dificultades de vivienda, salud, educación). Desbaratamiento que advertimos se avecina en Bolivia⁽¹²⁾.

Ese es nuestro punto de partida y nuestro horizonte. Reconocemos que tenemos razones estratégicas para definir el golpe de Estado en Bolivia como *un golpe de Estado en Bolivia* ya que ello nos permite en mayor medida la efectiva realización de los derechos humanos.

¿Por qué ponderar legitimantes del golpe –como puede ser “el fraude”– nos aleja de proveer seguridad existencial? Corresponsabilidad

Quien asume que *“en Bolivia no hubo golpe de Estado y que Evo renunció por haber cometido fraude electoral”* o que *“hubo un golpe de Estado, pero Evo se lo buscó por haber querido cometer fraude”*, insta al análisis de todo –lo que sí reconocerá como– golpe de Estado como una interacción en la que la víctima –derrocada/o– hace algo que es percibido como *“terrible”* por quien agrade –golpista– y ello es lo que lo lleva a actuar. En

(10) Tal la postura asumida por el gobierno argentino de Mauricio Macri (<https://www.tiempoar.com.ar/nota/para-el-gobierno-de-macri-el-golpe-en-bolivia-es-un-periodo-de-transicion-abierto-por-las-vias-institucionales>), el ex presidente que, cabe destacar, actualmente es investigado junto a sus funcionarios por el contrabando de armas a dicho país para facilitar el golpe de Estado.

(11) También asumiéndolo como contrapoder. Al respecto, ver Aniyar de Castro (2010b) y Mbembe (2016)

(12) Al comenzar a pensar el presente ensayo recién habían pasado 15 días del golpe en Bolivia. Por desgracia el tiempo nos dio la razón.

tal caso, dejará supeditada la condenación del hecho a si según sus propios parámetros (político-morales) aquello que hace la víctima es o no "terrible".

En cuanto hace a la cuestión penal, ya se ha señalado las consecuencias problemáticas que conlleva intentar encontrar en el comportamiento de la víctima una categoría de análisis, así como las consecuencias del principio de autorresponsabilidad que reposa sobre el pensamiento victimológico positivista según el cual hay características intrínsecas al comportamiento de la víctima (antropológicas, biológicas, sociales y podríamos agregar políticas) que *la predisponen a convertirse en víctima*, ya que de ahí se podría establecer de modo general que *el delito está también determinado por la propia víctima*: habría coactuación de ella en su determinación (Bustos Ramírez et al, 1993:12).

Lo problemático de entender que la víctima está predispuesta para el delito hoy cualquiera puede advertirlo sin ninguna dificultad gracias a los esfuerzos de las militancias feministas: "Yo no digo que violar este bien, pero ¿qué hacía esa mujer saliendo de noche, tomando alcohol y yendo a la casa de ese señor?"

Resulta evidente que hay algo raro en esa estructura y que no puede ser tolerado ya que se está *negando a la víctima*. Lo que allí se dice es "ahí no hay ninguna víctima". Esto dicho a posteriori de un hecho sentará las bases culturales de las cuales obtendrá información una persona que decida actuar ante una mujer en idéntica situación, neutralizando(se) valores y culpas previo a cometer el delito.

En cuanto aquí nos interesa, la ponderación de la coactuación en el desenlace –que también sirve al análisis de las causas de justificación y exculpación del derecho penal⁽¹³⁾– amplía de diferente manera la eximición de condenación de ciertos hechos sobre la base de lo que la criminología conoce como *técnicas de neutralización* (Sykes et. al., 1957).

Técnicas de neutralización

Estas fueron teorizadas por Sykes y Matza para mostrar que los delincuentes no son seres distintos que pertenecen a una sub-cultura que les brinda otros valores, sino que tienen los mismos valores de la cultura dominante pero que logran neutralizarlos para cometer el delito tras asumir estas técnicas. Es decir, son racionalizaciones que se hacen los jóvenes (en quienes las identificaron estos autores) para neutralizar un valor que compartían y la consecuente culpa que les daría lesionarlo.

(13) Lo que también trajo problemas en la práctica judicial, sirve como ejemplo el conocido caso "Commonwealth v. Carr" en el que se analizó si puede ser una "provocación suficiente" -para atenuar un homicidio- el ser lesbiana.

Así, diríamos que son recursos discursivos simplistas que sirven para minimizar, justificar o exculpar –de forma previa– la comisión de algún delito y hacen referencia a la neutralización de la culpa o de los valores en juego a la hora de actuar: “sé que robar es malo, pero si le robo a él se va a poder te comprar otro teléfono celular” (negación del daño); sé que dispararle a alguien por la espalda es malo, pero le voy a disparar ya que si no él va atacar a alguien (negación de la víctima). La lista se completa con: negación de la propia responsabilidad, apelación a valores (o lealtades) superiores, y condenación de los condenadores. Las mismas serán expuestas con el caso que aquí nos convoca.

Al observar las interpretaciones sobre lo ocurrido en Bolivia distintas a “hubo golpe de Estado”, advertimos que –a grandes rasgos– se sostiene: “Yo sé que no permitir que un gobierno termine su mandato constitucional y forzarlo a renunciar es malo, ¿pero viste lo que hizo Evo? era necesario salvar la libertad, él –tampoco– respetó la constitución y se postuló igual; encima Añez ya convocó a nuevas elecciones así que no hay problema”.

Al analizar estos dichos bajo el prisma de las técnicas de neutralización, allí se dice: “Hacer un golpe de Estado es malo, pero Evo no es ningún santo (negación de la víctima), no quedó otra opción que derrocarlo (negación de la responsabilidad del perpetrador) para salvar la libertad y la democracia (apelación a valores superiores), además qué me van a decir que se preocupan por la Constitución si tampoco la respetaron (condenación de quien condena), además ya se llamó a elecciones (negación del daño causado).

Es aquí donde se nos prenden todas las alarmas, ya que la literatura preventiva de masacres⁽¹⁴⁾ nos enseña –entre tanto– que las técnicas de neutralización han sido instrumentos imprescindibles en los procesos masacradores.

Dicho al revés, no hay masacre –ya sea de forma súbita o por goteo (Zaffaroni, 2012)– sin que se dé la neutralización de valores o culpas mediante la utilización previa de alguna de estas cinco técnicas enunciadas por parte de sus perpetradores, sus cómplices y sus espectadores.

Ejemplos de esto son “la teoría de los dos demonios”, “la guerra contra la subversión para defender la patria” y, sin ir más allá de estos años, en Chile el presidente Piñera autorizó a disparar a los manifestantes diciendo que “hay una guerra”, negando la propia responsabilidad y la calidad de víctimas de los torturados. En aquel país los datos acusaron 36 muertos, 230 ojos perdidos y más de 400 personas con lesiones oculares en contexto de manifestaciones gracias a la falta de contención de la violencia de las fuerzas policiales y militares.

(14) A las obras ya citadas de Stanley Cohen, Jacques Sémelin y Raúl Zaffaroni, podemos agregar las de Arendt (2003), Calveiro (2004) y Levi (2015), entre otras.

Definiciones sin neutralizaciones

Es por lo expuesto que no nos preocupamos en descubrir cuáles son los motivos que hacen a alguien decir que no hubo golpe y demostrar su error o falsedad, sino que nos resulta más importante mostrar por qué nosotros no podemos comprometernos con definiciones de situaciones que dependen de las herramientas de las que se han valido los masacradores de nuestros pueblos para justificarse y exculparse de detener-desaparecer, torturar, suprimir identidades, robar, violar y matar⁽¹⁵⁾.

Asumir esta premisa diluye y hace inviable la posibilidad de sujetarse a técnicas de neutralización para entender nuestras realidades pasadas, presentes y futuras.

Asimismo, si alguien está intentando hacerlo, es nuestro deber –no solo denunciarlo, sino– luchar político-discursivamente para proponer alternativas de pensamiento y acción que nos permitan reproducir las condiciones socio-culturales productoras de sentido⁽¹⁶⁾ que garanticen que el pueblo no se olvide del dolor que históricamente han causado la negación de valores o las supresiones de culpas.

De esta forma evitaremos la preparación de masacres⁽¹⁷⁾, detendremos la posible pérdida de vidas producto del retroceso en los derechos conquistados⁽¹⁸⁾ y se posibilitará la conquista de más y mejores.

En suma, desde Nuestra América, desde nuestra posición y hacia nuestro horizonte, aseguramos que hay que proponer definiciones de situaciones (y comportamientos) que, de forma situada⁽¹⁹⁾, no precisen de recursos discursivos que previamente neutralicen valores o culpas en su estructura enunciativa, a la par de que debe evitarse en su formulación toda utilización de palabras que eufemísticamente escondan dolor (Christie, 1984).

(15) También los feminismos negros nos han enseñado que no podemos valernos de las herramientas del amo para destruir la casa del amo. Al respecto ver la compilación realizada por Mercedes Jabardo (2012:33)

(16) Podríamos decir que más que las causas sociales objetivas, lo que cuenta para analizar el “renunciamento de Evo morales Ayma” es, primero, el sentido o los sentidos que socialmente se den a esa acción. Sigo en esto a Max Weber (en Sémelin, 2013:27), y también a Roberto Carri (2015:281) en cuanto explica su metodología de trabajo para escribir “Isidro Velázquez, formas pre revolucionarias de la violencia (1968)”.

(17) Desactivando masacres larvadas y, en especial, aquellas producidas por goteo por la vulneración al derecho humano al desarrollo (Zaffaroni, 2016)

(18) Ya que no se puede dejar de lado la ampliación de ciudadanía real que ha significado el gobierno de Evo Morales, bajando la mitad de la pobreza de su país.

(19) Con una epistemología propia.

Por otra parte, afirmamos que una definición de la situación que no se valga –o no necesite– de una técnica de neutralización para realizarse, permite que esa misma definición sea transmitida, aprendida y reproducida sin correr el riesgo⁽²⁰⁾ de estar sembrando las semillas (Zaffaroni, 2010) para la perpetración y el encubrimiento de una situación similar en nuestro país u otro de la región.

Nuestra definición

Nuestra estrategia es entender, definir y contar el renunciamiento de Evo Morales como un *golpe de Estado* porque ello no precisa de técnicas neutralizadoras y permite retener la información sobre lo acontecido en un área de la conciencia –de nuestra memoria como enseña la canción de León Gieco– que no es fácilmente bloqueable, lo que impide que nos desconectemos (Cohen, 2005:267)⁽²¹⁾ del sufrimiento ajeno y nos impulse a su evitación⁽²²⁾.

Proponer una definición de la situación que redunde en inmortalizar que el pueblo no necesita de criterios técnicos ni de “peros” para definir si ha recibido o no un puñetazo, implica hacernos cargo de nuestros dolores, desde el margen del mundo desde el que hablamos, y nos permite reeducar la memoria para recordarle a quienes habitan nuestro suelo que cuando se interrumpe el orden constitucional se está ante una lesión a la soberanía de los pueblos, que –como siempre– está vinculada a un modelo económico específico y que quienes pierden –derechos– son siempre las mismas personas.

Consideramos que cuantas menos excusas coloquemos entre los hechos y su definición como golpe de Estado, mejores instrucciones⁽²³⁾ y herramientas se estarán poniendo a disposición de los pueblos para entender qué fue lo que pasó, como se lesionó su soberanía y como prevenirlo, evitarlo o revertirlo.

(20) Si bien –al no creer en absolutos, reconocemos que– siempre existe el riesgo de equivocarnos y por lo tanto de que se pueda obtener un resultado contrario al perseguido, creemos que aunque pueda tener defectos el sistema de definición que aquí se propone es un mejor sistema que aquel que la historia nos enseña que utilizaron los masacradores. En este punto, compartimos las reflexiones de Noam Chomsky (2006:71) en el debate que entabló con Michel Foucault en punto a que quién lucha –como en este texto contra el golpe de Estado– lo hace desde la sincera creencia de que su lucha es justa.

(21) Asimismo, sobre la banalidad del mal ver Arendt, 2003.

(22) Henri Bergson (2006) sostuvo que la memoria no es la mera capacidad de percibir el pasado, sino que es el espíritu mismo que mueve al cuerpo. Plantea que el cerebro –que recupera los datos mnémicos– es el instrumento que permite traducir el recuerdo en movimiento. Así, uno va del recuerdo a la percepción, del pasado al presente.

(23) Pensando las definiciones como manuales de instrucciones: Ver Hempel (1988).

Además, creemos que si las personas de nuestra región toman conciencia de la inseguridad existencial a la que nos arrastran los discursos de odio⁽²⁴⁾ y las sociedades de 30% incluidos y 70% excluidos, la angustia activará, como a mediados del siglo pasado, el reconocimiento de nuevos derechos humanos, menos antropocéntricos, que abarquen los derechos de la naturaleza y busquen más el respeto a las personas reales que a aquellas de mera existencia ideal⁽²⁵⁾.

La historia nos enseña que justificar la interrupción del orden constitucional⁽²⁶⁾ siempre nos alejó de lo que consideramos nuestro horizonte, de salvar vidas, de contener la pulsión genocida del Estado (Foucault, 2001), en definitiva, tal se dijo, de proveer seguridad existencial a las personas de carne y hueso.

Problema político

Por último, si bien la labor hasta aquí desarrollada constituye un abordaje teórico del problema, sabemos que la inactividad también es una forma de acción, por lo que consideramos que nuestra tarea también debe ser *práctica y militante* (Zaffaroni, 2011:496). Si bien inmersos en una ciencia empírica tenemos el objetivo de describir los fenómenos particulares en el mundo de nuestra experiencia y establecer principios generales por medio de los cuales ellos pueden ser explicados y predichos (Hempel, 1988:9), el teórico latinoamericano, tal como el sociólogo negro según Robert Staples, debe ser a la vez teórico y activista: no solo debe desarrollar teorías sino también armar las barricadas⁽²⁷⁾.

Debemos empeñarnos en hacer llegar a la mayor cantidad posible de memorias no solo la definición de lo acontecido como un golpe de Estado, sino también las razones teóricas, políticas e históricas por las cuales nos vemos impedidos de definirlo de otra manera (con peros y neutralizaciones). Son dos los principales motivos de esta empresa:

(24) Ya que no puede dejar de mencionarse el carácter racista del golpe, algo que es fácilmente observable en el hecho de que la policía acuartelada recortó y quemó la Wiphala de sus uniformes.

(25) En similar sentido, Zaffaroni et al (2019:184).

(26) Cabe aclarar que lo que se busca no es hacer una defensa romántica del orden constitucional, sino que la defendemos en tanto es la forma que tenemos para garantizar los derechos humanos. Sabemos que siempre que hubo golpes de Estado en nuestra región estuvieron vinculados a modelos económicos específicos que nos recortaron derechos.

(27) Staples, Robert, "El racismo blanco, del delito negro y la justicia norteamericana: una aplicación del modelo colonial para explicar el delito y la raza", Capítulo Criminológico, n° 3, 1975, p. 99. Citado en Alagia, Alejandro; Codino, Rodrigo, "La descolonización de la criminología en América", Ediar, CABA, 2019, p. 117 y disponible online en: <https://produccioncientificaluz.org/index.php/capitulo/article/view/19191/19180>

En primer lugar, combatir la aparente e insólita capacidad del tiempo de convertir un crimen en un título legitimante (Zaffaroni en Sémelin, 2013:22). No hay que bajar el cuadro de Jeanine Áñez⁽²⁸⁾, lo que hoy hay que hacer es impedir que lo cuelguen. Como personas en las que se materializa el balance de lo ganado en las luchas derivadas de la polarización entre soberanía y colonialismo (Zaffaroni et al, 2019:180), debemos dotarnos de todas las herramientas necesarias que nos permitan reaccionar inmediatamente contra la pérdida de soberanía y la quita de derechos.

Por otro lado, lograr que quienes se empecinen en negar el golpe (justificarlo o entenderlo con “peros”) sean consientes de lo peligroso de su definición y tengan –esperamos–algún reparo en utilizarla; obtendremos como mínimo que aquellos no sean ingenuos facilitadores, encubridores y negadores de quebrantamientos constitucionales y retrocesos en derechos conquistados y explícitamente sepan con qué está históricamente comprometida su perspectiva.

Parafraseando al poeta y militante antirracista James Baldwin (1972), si sabemos, entonces, que en un país vecino aconteció un golpe de Estado, es nuestro deber luchar por su vida como si fuese la nuestra propia -como lo es- y hacer con nuestros cuerpos una barrera insalvable en el corredor que conduce a la cámara de gas. Pues, si llegan por el Otro, por su patria, en la mañana, vendrán por nosotros, y la nuestra, en la noche.

Referencias

Arendt, Hannah 2003 (1963) *Eichmann en Jerusalén* (Barcelona: Editorial Lumen)

Aniyar De Castro, Lola, (2010) “¿Qué ha sido, qué es, que será la ‘Criminología crítica’? Nominalismo: la peor cara del positivismo” en Fayet, Junior, Flores, Thompson (organizadores) *Maracai-bo 74* (Porto Alegre: Ed. Elegancia Juris)

Aniyar de Castro, Lola (2010b) *Criminología de los Derechos Humanos* (Buenos Aires: Editores del puerto)

Baldwin, James 1972 (1971) “Carta abierta a mi hermana, Angela Davis”, en Davis, Angela Y., Aptheker, Bettina, y otros perseguidos políticos (comps.), *Si llegan por ti en la mañana... vendrán por nosotros en la noche* (Capital Federal -Argentina-: Siglo XXI).

Bergson, Henri 2006 (1896) *Materia y memoria. Ensayo sobre la relación del cuerpo con el espíritu* (Buenos Aires: Cactus).

(28) Tal supo hacer el por entonces presidente argentino Néstor Kirchner con “los cuadros” de los últimos presidentes de facto argentinos. Ver: <http://www.telam.com.ar/notas/201305/17971-el-24-de-marzo-de-2004-el-dia-que-kirchner-hizo-bajar-el-cuadro-del-colegio-militar.html>

- Bustos Ramírez, Juan; Larrauri, Elena** (1993) *Victimología: Presente y futuro* (Bogotá: Temis)
- Calveiro, Pilar**, (2004) *Poder y desaparición* (Buenos Aires: Colihue)
- Carri, Roberto** 2015 (1968) *Isidro Velázquez, formas pre revolucionarias de la violencia* (CABA: Biblioteca Nacional) *Obras Completas, Tomo I.*
- Chomsky, Noam, Foucault, Michel**, 2006 (1974) *La naturaleza humana: justicia versus poder. Un debate* (Buenos Aires: Katz Editores)
- Christie, Nils** (1976) "Definición del comportamiento violento" en *Los Rostros de la violencia. XXIII Curso Internacional de Criminología. Vol. I*, (Maracaibo: Universidad del Zulia)
- Christie, Nils** 1984 (1981) *Los límites del dolor*, (México: Fondo de Cultura Económica)
- Cohen, Stanley** (2005) *Estados de negación: ensayo sobre atrocidades y sufrimientos* (Buenos Aires: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires)
- Foucault, Michel** 2004 (1970) *El orden del discurso* (Argentina: Tusquets editores)
- Foucault, Michel** 2001 (1976) *Defender la sociedad. Curso en el Collage de France -1975 a 1976-* (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica)
- Glucksmann, André** (1978) *Los maestros pensadores* (Barcelona: Anagrama)
- Hempel, Carl** (1988) *Fundamentos de la formación de conceptos en ciencia empírica* (Madrid: Alianza editorial)
- Jabardo, Mercedes** (comp.) (2012) *Feminismos negros. Una antología* (Madrid: Traficantes de Sueños ed.)
- Levi, Primo** 2015 (1947) *Si esto es un hombre* (CABA: Ariel)
- Mbembe, Achille** (2016) *Crítica de la razón negra*, (CABA: Futuro Anterior Ediciones)
- Rivera Cusicanqui, Silvia** (2010) *Ch'ixinakax Utxiwa: Una reflexión sobre prácticas y discursos descolonizadores* (Buenos Aires: Tinta Limón ed.)
- Sémelin, Jacques** (2013) *Purificar y destruir. Usos políticos de las masacres y genocidios* (San Martín: UNSAM Edita)
- Sykes, Gresham M, Matza, David** 1957 "Techniques of neutralization: a theory of delinquency" en *American sociology review* (United States), vol 22, issue 6, dec. 1957.
- Zaffaroni, Raúl, Dias Dos Santos, Ílison** (2019) *La nueva crítica criminológica: criminología en tiempos de totalitarismo financiero* (CABA: Ediar)
- Zaffaroni, E. Raúl** 2010 "Masacres: Larvas y semillas. Lineamientos para un planteo criminológico", publicado en el *Dossier de genocidio y lesa humanidad 1* [2010], elaborado por el Instituto de investigaciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Argentina.

Zaffaroni, E. Raúl, (2011) *La palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar* (CABA: Ediar)

Zaffaroni, E. Raúl (2012) *Crímenes de masa* (CABA: Ediciones Madres de Plaza de Mayo)

Zaffaroni, E. Raúl 2016 "Derecho penal humano y poder en el siglo XXI", conferencias pronunciadas en la Universidad de San Carlos de Guatemala, en ocasión de honrarnos con el grado de Doctor honoris causa, Ciudad de Guatemala, agosto de 2016.

MARIANO F. IGUERA* - CÉSAR MURÚA**

El *lawfare* latinoamericano frente al espejo del *mani pulite*

Panorama general

Lawfare es un neologismo útil en términos de comunicación política para resumir en una sola palabra un fenómeno de persecución política complejo, relativamente novedoso, que involucra estamentos institucionales, mediáticos y económicos, actuando más o menos de manera sincronizada. Se trata de un juego de palabras en el que la original *warfare* es modificada con la sustitución de *war* por *law* (ley), en lo que resulta –en términos semióticos– una impactante identificación de la guerra con la ley, o del mundo bélico con el mundo de lo jurídico-judicial (Tiefenbrun, 2010). En sus orígenes se refería a actividades judiciales en el contexto de un conflicto armado (Holzer, 2012), pero en el panorama actual latinoamericano ha adquirido un nuevo significante. Autores como Gabriel Chamorro (2020), Rafael Bielsa (en Bielsa y Peretti, 2019), o Eugenio Zaffaroni (en Zaffaroni, Caamaño y Vegh Weis, 2021) llaman la atención también sobre la desatendida paradoja de considerar guerra y política como fenómenos naturalmente sustituibles entre sí.

En América Latina (aunque también últimamente en España), el *lawfare* ha devenido en una metodología para intervenir en la vida política de las naciones desde fuera de la política, que combina acciones aparentemente legales con una amplia cobertura de prensa para presionar al acusado y su entorno (incluidos familiares cercanos), de forma tal que este sea más vulnerable a las acusaciones sin prueba, con el objetivo de erosionar su apoyo popular (Vollenweider y Romano, 2017).

(*) Abogado (UBA). Master (Università degli Studi di Bologna). Red de Científicos Argentinos en Italia (RCAI). Indep. Consulting (Trieste, Italia).

(**) Licenciado en Ciencias Políticas (Universidad Católica de Córdoba). Master (Università degli Studi di Bologna). International Leadership Program (University of Texas). Director de la Especialización en Dirección de Organizaciones Públicas (ICDA, Universidad Católica de Córdoba).

Es notable cómo la sinergia que exhiben los diferentes estamentos que ejecutan este especial tipo de persecución política se replica en todas las latitudes en las que se presenta. En todos los contextos de *lawfare* hay una conexión espuria entre miembros del Poder Judicial, de los servicios de inteligencia y de los medios de comunicación concentrados que da lugar, precisamente, a metáforas que se asemejan en su espíritu descalificatorio (como, por ejemplo, las “cloacas del Estado” en España, o los “sótanos de la democracia” en Argentina).

“El objetivo que persigue es la anulación del enemigo político, ya sea sancionando leyes que limitan las posibilidades de que se elijan determinados candidatos, o arrestando a líderes de la oposición, en general alegando traición o corrupción” (Romano *et al.*, 2019: 23). El enemigo político representa una amenaza en dos niveles: en el contexto de la política interna, a la matriz de privilegios del *establishment* local; en el contexto de la política internacional, a la hegemonía de la potencia que históricamente ha intervenido en la vida institucional del continente, esto es, Estados Unidos de América (Tirado Sánchez, 2021).

Mapa de actores

Como en cualquier otro fenómeno sociopolítico, es posible identificar a los protagonistas y su posición relativa:

1. los intereses geopolíticos de Estados Unidos que se juegan en la región (Tirado Sánchez, 2021: 22) y el *establishment* local. Ambos grupos de intereses pueden o no converger, de acuerdo al contexto;
2. los *think tanks* del establishment, responsables de diseñar la estrategia a través de la definición del eje conceptual, la decisión del *timing* político y la reorganización del aparato judicial (Vollenweider y Romano, 2017);
3. los operadores judiciales, representados por algunos jueces y fiscales del fuero federal con competencia para perseguir los delitos cometidos por funcionarios públicos (Wagner Alujas, 2020);
4. las usinas mediáticas, constituidas por los medios masivos de comunicación, las productoras de contenido multimedia y las tropas de *trolls* en el ámbito de las redes sociales (Vollenweider y Romano, 2017);
5. los operadores políticos que actúan como *proxies* entre los demás protagonistas.

Por su parte, como en toda guerra, lo que está en juego son intereses mensurables en dinero o en cuotas de poder. En términos concretos, los beneficios para cada protagonista frente al éxito de la estrategia y los riesgos que corren frente a su fracaso pueden sintetizarse de la siguiente manera:

1. para Estados Unidos, el beneficio consiste en la protección de sus intereses económicos, políticos y geopolíticos vinculados en última instancia al acceso a recursos estratégicos (hidrocarburos, territorio, recursos naturales, etc.) en un cambiante y

reñido escenario geopolítico (Romano, 2020). El riesgo consiste en perder posiciones estratégicas frente a potencias desafiantes (Kittrie, 2016);⁽¹⁾

2. para el *establishment* local, los beneficios están relacionados con la consolidación de un sistema de privilegios económicos, sociales y culturales, a través de la cancelación política de quienes representan la puesta en discusión de ese sistema; mientras que el riesgo que enfrentan es del de la puesta en agenda, y por consiguiente en crisis, de aquel sistema. Asimismo, arriesgan ante la eventual incompatibilidad entre sus propios intereses y los de Estados Unidos;
3. para los operadores judiciales el beneficio es la consolidación de su cuota de participación en el esquema de poder real, mientras que el riesgo es la eventual obligación de tener que rendir cuentas en sede penal por sus conductas criminales previas y actuales. Hay que destacar que, en muchos casos, los actores judiciales de la estrategia de *lawfare* comparten, además, una cosmovisión, una instancia superior a la ideología, en la prevenir el acceso a los resortes de poder del Estado a personas o grupos que amenacen la posición de las clases dominantes y sus intereses es una prioridad que va más allá de sus responsabilidades políticas y de sus juramentos constitucionales;
4. los operadores políticos y las usinas mediáticas no participan de la distribución de beneficios, pues son solamente recursos tácticos de los intereses concentrados. Comparten con ellos los mismos riesgos.

Corrupción y tipicidad penal

La persecución judicial penal comienza con la identificación de un ilícito previsto en un catálogo de conductas muy antisociales conocido como Código Penal. En prácticamente todos los casos de *lawfare*, lo que se reprocha a los perseguidos es su "corrupción"; sin embargo, no existe ningún tipo penal denominado "corrupción" pese a que nadie duda de sus efectos antisociales. Hay dos razones que explican este fenómeno:

- a. El derecho penal vigente en todos los países de América Latina es un derecho penal de acto, en contraposición al derecho penal de autor. La diferencia entre ellos es, precisamente, lo que se persigue penalmente (Zaffaroni *et al.*, 2007). Si bien es cierto que el autor es –junto a la víctima– el gran protagonista del delito y de la pena, también lo es que hace más de medio siglo que no se discute en la doctrina que la autoría es tan solo un elemento de la tipicidad penal (Welzel, 1956). Se trata del primer filtro por el que atraviesa la conducta evaluada para que podamos decir con un grado aceptable de racionalidad que ella es, efectivamente, un delito. La piedra angular de

(1) Es muy interesante conocer el punto de vista de los autores del *establishment* norteamericano, como Kittrie, respecto del *lawfare*. En general, la literatura sobre el tema se circunscribe al ámbito de la seguridad nacional y la defensa. Propugnan el uso del *lawfare* como instrumento de defensa ante grupos o Estados que ellos definen como terroristas, pero no limitan su eficacia solo a la actividad defensiva. En este sentido, aun cuando reivindicar sin mayores pruritos la inevitabilidad del rol gendarme de Estados Unidos en el planeta a efectos de mantener la paz mundial, su discurso es transparente respecto de los objetivos hegemónicos de la potencia y despreocupado respecto de la doble moral con la que analizan el uso del *lawfare* por parte de Estados Unidos o de otras potencias como, por ejemplo, China o Rusia.

la tipicidad penal es la conducta. Por eso no encontraremos un tipo penal que diga “el corrupto sufrirá prisión de x a y años”, ya que ese dispositivo penal sería inconstitucional. En cambio, en el derecho penal de autor sería perfectamente válido, pues la conducta es tan solo lo que se espera que haga el delincuente, a quien el sistema ya tiene identificado desde antes de la conducta como “delincuente”. Para entendernos mejor: el derecho penal de autor ha tenido sus momentos de gloria en la historia, los cuales han coincidido con momentos de miseria de la humanidad. Zaffaroni los describe con elegancia y les asigna los motes de “... derecho penal de “peligrosidad” policial racista basado en el racismo neocolonialista spenceriano, derecho penal nazi de superioridad racial, derecho penal fascista, derecho penal soviético estalinista y, finalmente, derecho penal de la seguridad nacional” (en Zaffaroni *et al.*, 2021: 24) basado este último –justamente– en la doctrina de seguridad nacional impulsada por Estados Unidos en la segunda mitad del siglo pasado.

- b.** La **conducta tipificada** debe estar descrita con precisión, pues solo así se respeta el principio de legalidad de la sanción. Siendo el Poder Legislativo quien detenta la competencia excluyente de descalificar una determinada conducta por ser muy antisocial y merecer una sanción penal, la acción amenazada con pena debe estar autónoma y suficientemente identificada por la ley para poder motivar a los ciudadanos a evitarla, respetando al mismo tiempo el principio de división de los poderes (Bacigalupo, 1996). Si no se entiende en qué consiste lo antijurídico, se desvirtúa la garantía de no terminar preso por la mera arbitrariedad de quien detenta el poder punitivo estatal. Un tipo penal que dijese “se aplicará reclusión o prisión de x a y años, al que cometa actos de corrupción” sería inconstitucional en virtud de la vaguedad en la descripción de la conducta prohibida.

Ahora bien, que la corrupción no sea una figura típica no significa que, como fenómeno deontológicamente indeseable, no constituya de todas formas el eje conceptual elegido para activar el *lawfare*. Los operadores judiciales, punta de lanza de la estrategia bélica en esta guerra mediático-judicial, son los encargados de traducir a un código interpretable por el sistema el vago concepto de corrupción arrojado a la arena mediática como símbolo del “mal absoluto”. La traducción arroja diversos resultados, entre ellos: asociación ilícita, enriquecimiento ilícito, negociaciones incompatibles, incumplimiento de los deberes, malversación, cohecho, peculado, encubrimiento, desobediencia, tráfico de influencias, traición a la patria y varios etcéteras más, todas ellas conductas positivamente tipificadas como delitos.

Corrupción e indignación social

Cumplido aquel paso será el turno de los operadores judiciales, quienes se encargarán de activar el sistema punitivo a efectos de crear el hecho político que será luego amplificado por las usinas de contenido multimedia. Poner en marcha el proceso penal será suficiente, agotarlo eventualmente –es decir, lograr una condena– será un plus de efectividad valorado por la estrategia pero no necesariamente necesitado por ella. Lo que verdaderamente anula al enemigo político no es la condena judicial sino la mediática (Tie-

fenbrun, 2010). En términos de *lawfare*, el Poder Judicial aparece, entonces, como un simple recurso táctico.

Las usinas mediáticas son las que mediante la constante repetición de la palabra “corrupción” logran crear el escenario en el que se practicará el escarnio seguido de muerte política de las víctimas del *lawfare*. En términos de teorías de la comunicación, la más adecuada para explicar este fenómeno será la del *framing*, atenta al modo en el que los medios construyen las explicaciones de los acontecimientos. Además de indicarnos “acerca de qué pensar” y de aumentar la saliencia (como sucede en la teoría de la *agenda setting*) o activación de unos temas sobre otros (teoría del *priming*), “los medios de comunicación también nos brindan explicaciones sobre las causas y consecuencias relacionadas con las cuestiones destacadas en sus agendas” (D’Adamo *et al.*, 2007: 135).

Sirvan como ejemplo los contenidos sobre el tópico publicados en el sitio web del diario del Grupo Clarín (el más importante multimédios argentino) entre el 10 de diciembre de 2011 y el 9 de diciembre de 2019 (Raitzin, 2020). El recorte temporal abarca al segundo mandato presidencial de Cristina Fernández de Kirchner y también incluye a la presidencia de Mauricio Macri. El objetivo fue analizar la evolución de las representaciones de la corrupción a partir del cambio de signo en el gobierno en 2015 y a lo largo de los cuatro años de administración macrista, durante la cual el kirchnerismo se posicionó como principal fuerza de oposición y Cristina Fernández de Kirchner siguió gravitando como potencial articuladora de una alternativa para las elecciones de 2019. Se trata de un corpus compuesto por 4110 publicaciones de las cuales la gran mayoría lo fueron durante el gobierno de Macri. En total fueron 3357 (84,58%) contra solo 612 (15,42%) en la etapa precedente. Cabe además destacar que durante todo el período unas 2393 notas aparecen bajo el tema **corrupción K** (56,60%); 1576, bajo **corrupción** (37,28%); y el resto, que suman 259 (6,13%), figuran bajo alguna otra de las etiquetas, significativamente menos relevantes en términos de cantidad de notas.

Son estas mismas usinas las que disponen de la tecnología para hacerlo, que no es simplemente publicar una tapa desfavorable en un diario de circulación nacional, ni tampoco repetir durante las 24 horas del día una noticia falsa por varios medios de sus *holdings*, sino generar el contenido multimedia que alimentará las redes sociales a través de pelotones de *trolls* y *bots*, guiados en el campo de batalla tanto por una estrategia humana como por inteligencia artificial con el objetivo de crear artificialmente tendencias (Bradshaw y Howard, 2017). Cuentan para ello con una sólida financiación por parte de los beneficiarios finales de la estrategia pues, como con cualquier otra propaganda, su eficiencia está en una relación directamente proporcional al nivel de inversión en dinero. Más allá de la retórica de las Gafa (así se conoce al grupo de los cuatro gigantes tecnológicos monopólicos: Google, Amazon, Facebook y Apple), Internet no es democrática:

“Al explicar por qué presenta los resultados como lo hace, Google nos dice en su sitio web ‘en la web la democracia funciona’; con esto quieren decirnos que todos pueden hacer oír su voz votando por sus sitios favoritos con enlaces, que luego son contados

por el algoritmo PageRank de Google para determinar qué resultados debieran aparecer primero. Es una definición muy peculiar de la democracia [ya que] aquellos con los recursos necesarios para generar más enlaces [...] tienen mucho más poder que quienes no los poseen. No se trata para nada de “una persona un voto”. En el mejor de los casos es más parecido a una oligarquía que a una democracia”. (Morozov, 2015: 172)

Es bastante evidente que la sola persecución judicial, sin amplificación mediática y en redes sociales, no obtendría el resultado deseado. No se trata de encarcelar al personaje que encarna al enemigo político, sino de despojarlo de su legitimidad y, por transitividad, deslegitimar al constructo ideológico-político que representa, mientras se envía un claro mensaje a los futuros adversarios políticos acerca de cuáles pueden llegar a ser para ellos mismos las consecuencias de tocar ciertos intereses (Romano y Vollenweider, 2020).

Ahora bien, cuando se trata de confundir, no alcanza solo con repetir, aunque repetir sea esencial. Lo que se repite debe tener algún tipo de anclaje previo en el inconsciente colectivo. Debe resultar verosímil y razonable para el espectador. Al igual que con las *fake news*, el eje conceptual de una estrategia de confusión pública, como lo es el *lawfare*, debe consistir en un disvalor transversalmente aceptado como tal, real en el sentido de que existe (aun cuando no sea estructural como se lo pretende), y con la capacidad para irritar las pasiones. Cabe preguntarse entonces: ¿por qué se decidió que este eje conceptual transversal sea la corrupción?

Corrupción en el inconsciente colectivo

Es interesante el abordaje de Valeria Vegh Weis (en Zaffaroni *et al.*, 2021), quien propone que el público del *lawfare*, que está predispuesto a recibir –y dejarse motivar emocionalmente por aquel estímulo– debe ser igualmente “construido” a tal efecto. Vegh Weis parte de la noción freudiana de “paradoja de la identificación” cuyo presupuesto es, precisamente, una paradoja: las personas somos todas diferentes, pero al mismo tiempo somos todas iguales. Lo que nos hace diferentes son nuestros deseos, elecciones y experiencias, mientras que lo que nos hace iguales es nuestra necesidad de identificación con los demás. En términos lacanianos, de los cuales haremos aquí una reducción rústica a efectos expositivos, la identificación es un mecanismo de comprensión de sí mismo a través del otro, que suple la inexistente esencia del ser humano. En esta conceptualización, el sujeto es una “falta”, un espacio vacío que va llenándose de significantes a través de la identificación. El sujeto es una especie de agregación de capas concéntricas constituidas por significantes, que tanto pueden ser retiradas (hasta descubrir que debajo de la última no hay nada, precisamente, la falta) o incorporadas. La incorporación de nuevas capas se produce a partir de ciertas experiencias vividas

“... en las huellas que dejan ‘lo visto y lo oído’, [que] es donde los agentes de la guerra judicial cumplen su cometido. ¿Cómo? Ofreciendo a un público agobiado por las vicisitudes

cotidianas propias de la vida en el capitalismo (el trabajo, las obligaciones, la casa), modelos identificatorios específicos (generalmente lindos, rubios y millonarios). Esta 'identificación' cumple una función en la constitución de nuestras 'identidades'. El psicoanálisis no nos dice por qué una persona se identifica con un modelo y otra se identifica con su opuesto, pero nos da una pista: en cada persona opera la llamada y siempre enigmática 'insondable decisión del ser'. Cada uno hace elecciones respecto de su posición subjetiva en un momento que nunca podrá recordar... Es una elección que se hace en el inconsciente (por eso no tenemos acceso a ella). Ahí están los prejuicios, los gustos, los placeres; esas cosas que nos pasan y que no podemos explicar, esa "química" que se siente ante determinada cosa (o persona) y ese odio visceral que se siente ante otras. Digamos entonces que la 'identidad' es por definición un espejismo, un agujero sobre el que se reflejan cosas que no existen. No es necesario que la figura con la que uno se identifica comparta en la realidad ninguna característica con nosotros, solo es necesario que creamos o deseemos compartirla". (Zaffaroni *et al.*, 2021: 89)

Las consultoras políticas profesionales y las empresas de *marketing* político intervienen en la relación entre las personas mediante la creación de modelos de identificación de sencilla asequibilidad por parte del público que desean construir. Algunos de estos modelos forman parte de la estrategia, son agentes rentados camuflados como periodistas independientes o comunicadores. Otros simplemente la reverberan, siendo funcionales por convicción ideológica. Instalan un código, un conjunto de significantes constitutivo de la idea de éxito o fracaso de un país determinado.⁽²⁾ Por ejemplo, populismo, corrupción, clientelismo, república amenazada, democracia en peligro. La construcción de la corrupción como un problema social es resultado, en buena medida, del trabajo de una serie de organizaciones como, por ejemplo, Transparency internacional, que han desarrollado recomendaciones y prácticas que exportan al resto del mundo (Pereyra, 2013). Estos significantes pueden tener una vinculación muy remota con la vida cotidiana de muchas de las personas que se identifican aspiracionalmente con los modelos que los instalan, mucho más lejana que otros como bienestar social, acceso al consumo, protección del salario o alcance universal de la previsión social. Sin embargo, eligen los primeros; una experiencia que ha sido empíricamente comprobada en todos los puntos cardinales de América Latina.

(2) Véase como ejemplo el muy vendido libro de Acemoğlu y Robinson (2012), cuya tesis central es que el desarrollo y la prosperidad económica están asociados con las instituciones económicas y políticas inclusivas, mientras que las instituciones extractivas normalmente conducen al estancamiento y la pobreza, idea fuerza con la que cualquier progresismo puede estar de acuerdo –sobre todo en lo que respecta al rol de las instituciones políticas respecto de las económicas– y que es esencialmente opuesta al neoliberalismo que propugna el capitalismo financiero global. Sin embargo, la ausencia de toda referencia a los neocolonialismos europeo y norteamericano lo lleva al reduccionismo simplista de sobredimensionar significantes como los mencionados, principalmente corrupción. En América Latina ello trae aparejado el apuntalamiento (validación académica, soporte político, logístico y financiero, etc.) de los discursos hipermoralistas usados en la persecución política de líderes populares, sobre una base pretendidamente científica que explica cómo la corrupción (como significante representativo de instituciones fallidas) es la causa de la pobreza estructural de la sociedad.

La fórmula empieza entonces a aparecer por decantación: la democracia implica la existencia de contrato social e instituciones inclusivas (Acemoğlu y Robinson, 2012); el contrato social implica, a su vez, una serie de sacrificios a los efectos de evitar la guerra de todos contra todos mientras que la presencia de instituciones inclusivas explica el éxito o el fracaso de una nación; uno de esos sacrificios es la aceptación de un Estado absoluto que detenta el monopolio de la violencia y necesita ser financiado con impuestos. Los impuestos son percibidos como un mal necesario, en tanto y en cuanto sean destinados a su fin primigenio; la corrupción es la desviación de los impuestos respecto de su fin primigenio; los impuestos se desvían a los patrimonios personales de los corruptos y financian el clientelismo; el clientelismo es el combustible del populismo; el populismo clientelista es la antítesis de la república; sin república no hay democracia; sin democracia no se sostiene el contrato social ni es posible la existencia de instituciones inclusivas en el seno de la sociedad. Por lo tanto, la corrupción es la causa de la ruptura del contrato social y, por ende, de la incerteza absoluta y del fracaso de la nación.

En síntesis, la corrupción –como genérico de “mal total”– es el eje conceptual transversal elegido para el *lawfare* porque:

- a. la construcción de un público identificado con un discurso de absolutismo moral está relativamente allanada por la existencia de mandatos pre-legales (mandamientos) transversales a todas las clases sociales (no robarás);
- b. entraña dos emociones viscerales: la rabia que produce el sentirse despojado por quien, se supone, es el encargado de garantizar el contrato social –ya que todos de testamos los sacrificios inútiles– y la incerteza que implica su desaparición;
- c. la idea de que la corrupción, como cáncer institucional, es una causa que por sí misma explica el fracaso de una nación y su pobreza estructural, tiene reflejo académico y ha sido intensamente difundida;
- d. su traducción a términos jurídicos con fines persecutorios arroja un succulento catálogo de figuras típicas, fácilmente manipulables por los operadores judiciales, cuya ajenidad al público general en términos técnicos implica, al mismo tiempo, una dificultad para los perseguidos políticamente a la hora de explicar, precisamente, qué es el *lawfare*.

Corrupción y activismo judicial

En términos generales, la tensión entre los poderes del Estado, en aquellos Estados en los que rige algún tipo de división funcional de los poderes, está inscrita en el ADN de esos sistemas. Con los aportes de los iluministas del siglo XVIII –fundamentalmente Montesquieu– se consolida la teoría de la división funcional y especialización de poderes del Estado que se controlan y balancean recíprocamente, lo que sería una garantía contra el despotismo. Posteriormente, Madison y Hamilton identificaron que la especialización de los clásicos tres poderes de los Estados modernos no funcionaba como un

límite que determinaba compartimentos estancos entre ellos, sino más bien como un elemento distintivo primigenio que de ninguna manera agotaba sus funciones asignadas. De hecho “los poderes se invaden (*encroach*) permanentemente, lo que otorga una gran flexibilidad a los Estados para responder a las complejas demandas modernas, sin renunciar a la antigua garantía iluminista contra de la tiranía” (Fernández-Albertos, 2005: 298). Por supuesto que al mismo tiempo esto también aumenta la tensión entre ellos. El nivel de tensión dependerá de varios factores, pero fundamentalmente de la consistencia institucional de cada Estado. Cabe señalar que Argentina, y en general Latinoamérica, carecen de dicha consistencia.

Esta ausencia ha propiciado la comparecencia de diversos estados de excepción democrática (O'Donnell, 2003; 2004) en las últimas décadas: dictaduras cívico-militares genocidas; presidentes constitucionales con comportamientos inconstitucionales; diversas integraciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación adictas al poder, sea al del Ejecutivo de turno o al poder fáctico permanente; fuertes injerencias en la vida política del país por parte de potencias extranjeras, fundamentalmente a través de la influencia de sus embajadas sobre funcionarios de los tres poderes; declaraciones de estados de sitio y masacres subsiguientes en la represión a la resistencia callejera de la ciudadanía; criminalización y represión de la movilización de diversos colectivos (estudiantes, obreros, movimientos sociales, de derechos humanos, feministas); etcétera. Y, por supuesto, ha también propiciado una alta tensión interpoderes que ha allanado el camino al *lawfare*.

Para poder activar la guerra judicial-mediática-política, sus estrategias y beneficiarios finales (los intereses concentrados) necesitan de un activismo judicial intenso. Cabe preguntarse, entonces, ¿cómo justifica un juez, un fiscal o un grupo consistente e identificable de ellos la peligrosa tensión a la que someten a la relación entre los poderes del Estado mediante su intervención en la vida política de su país desde su magistratura y usando sus competencias jurisdiccionales?

Quienes niegan la existencia del *lawfare* (Santoro, 2019) justifican el activismo judicial a partir del compromiso republicano de los operadores judiciales que lo ejecutan. A tal efecto, desde los medios concentrados se lleva a cabo una campaña de creación de sentido, subalterna a la estrategia principal, que consiste en idealizar a esas personas a través de la exaltación de sus supuestos inquebrantables valores republicanos. Se los presenta como una especie de cruzados juramentados que luchan desinteresadamente por los valores democráticos y se los unge en depositarios de la reserva moral de la república. No interesa que tanto en su vida pública como privada sean, en general, personas de ética reprochable y comportamiento dudoso en términos de legalidad. La fracción de verdad necesaria para que este segmento de la estrategia de confusión pública funcione la provee la formalidad de la investidura: el “juez” Bonadío o el “fiscal” Nisman en Argentina, el “juez” Moro en Brasil, la “fiscal” Salazar Méndez en Ecuador, etcétera.

***Mani pulite* (manos limpias)**

Existe un antecedente histórico que muestra ciertas similitudes extrínsecas con el fenómeno que estamos describiendo, y que no ha pasado inadvertido para los operadores judiciales del *lawfare*: el proceso de *mani pulite* en Italia de la década de 1990. A partir de las investigaciones de la Procura di Milano respecto de un caso específico de soborno para obtener la licitación de una obra pública (el caso “Mario Chiesa” en 1992), la detención en flagrancia del principal sospechoso, y su confesión posterior, desnudaron la existencia de una extensísima matriz de corrupción que salpicaba algunos estamentos del Estado y de los partidos políticos (Barbacetto *et al.*, 2017). La actividad judicial fue frenética, pues la demanda pública de justicia penal era desbordante. Lo que empezó en Lombardía se replicó luego en varias regiones italianas. Para tener una idea de la dimensión del fenómeno, entre 1992 y 2000 se iniciaron 3146 procesos, correspondientes a 2565 personas, de las cuales 1408 pactaron una pena reducida o fueron condenadas, 790 fueron absueltas y para 246 fue declarada la prescripción del delito (Ferrarella, 2000). Los principales grupos industriales públicos y privados fueron involucrados en las investigaciones, junto a dirigentes de los partidos del gobierno y la oposición, y el cuadro emergente fue devastador para la democracia italiana. Se probó que la praxis sistemática de compra de votos con el producto de los ilícitos había prácticamente vaciado de contenido representativo a las instituciones. Una parte de la magistratura decidió afrontar esta verdadera emergencia democrática (y a su contexto trágico de atentados mafiosos) con solamente su atributo constitucional de independencia, no solo del resto de los poderes del Estado sino también de los *poteri forti* con los que tradicionalmente el Poder Judicial italiano había mantenido relaciones promiscuas. El resultado político de este proceso fue el surgimiento de una nueva derecha trípode que hasta ese momento había sido opacada por la fuerza gravitacional de la Democracia Cristiana italiana: la xenófoba y separatista Lega Nord, el reaccionario neofascista Movimento Sociale Italiano (luego reconvertido en Alleanza Nazionale) y la neoliberal filoeuropeísta Forza Italia de Silvio Berlusconi. También hubo reacomodamientos a la izquierda, pero el golpe sufrido allí fue mucho más severo y, a decir verdad, no se puede hablar seriamente de izquierda italiana desde *mani pulite*.

Uno de los más (tristemente) célebres operadores judiciales del *lawfare* en América Latina, que expresó abiertamente su admiración por el proceso que liquidó a *tangentopoli*, fue el ex juez federal y ex ministro del interior de Brasil Sergio Fernando Moro, artífice de los 580 días de prisión de Luiz Inácio Lula da Silva que le impidieron ser candidato a presidente en 2018, lo que allanó el camino a Jair Messias Bolsonaro para llegar a la presidencia. En un artículo publicado en la revista del Centro de Estudios judiciales de Brasilia, Moro escribió:

“Tal vez não se encontre paralelo de ação judiciária com efeitos tão incisivos na vida institucional de um país. Por certo, tem ela os seus críticos, especialmente após dez anos. Dez suspeitos cometeram suicídio. Silvio Berlusconi, magnata da mídia e um dos

investigados, hoje ocupa o cargo de primeiro-ministro da Itália. Não obstante, por seus sucessos e fracassos, e especialmente pela magnitude de seus efeitos, constitui objeto de estudo obrigatório para se compreender a corrupção nas democracias contemporâneas e as possibilidades e limites da ação judiciária em relação a ela”.⁽³⁾ (Moro, 2004: 57)

El 4 de abril de 2017, Sergio Moro disertó en la Universidad Católica Argentina de Buenos Aires sobre la importancia de probar y condenar los delitos de corrupción para fortalecer la democracia, luego fue recibido en la Corte Suprema de Justicia de la Nación por su presidente, el juez Ricardo Lorenzetti, y participó de un encuentro reservado al que concurrieron la mayoría de los jueces federales argentinos (“El juez del lava jato en la Corte Suprema”, 04/07/2017). Cabe destacar que, recientemente, con siete votos a favor y dos en contra, el Tribunal Supremo de Brasil, la última instancia judicial del país, ha ratificado que Moro fue parcial al condenar a Lula da Silva y las causas en las que intervino están siendo sistemáticamente declaradas nulas.

Dependiendo de la perspectiva de cada quien, *mani pulite* fue un éxito, o un fracaso, o las dos cosas al mismo tiempo. De hecho, su principal figura, Francesco Saverio Borrelli, pidió en 2011 “disculpas por el desastre que siguió”. En aquella oportunidad afirmó públicamente que “no había valido la pena tirar a la basura el mundo precedente para luego haber caído en el actual” (“La volta che Borrelli chiese scusa per Mani pulite: ‘Non ne valeva la pena’”, 20/07/2019). Sin embargo, es indiscutible que, en su rol de poder contramayoritario conforme el constitucionalismo liberal clásico, los jueces que condujeron este proceso pueden exhibirlo como un éxito republicano. Pertenecían a un grupo de magistrados reunidos en la asociación Magistratura Democrática, que nunca ocultó su orientación ideológica de izquierda, pues entendía que también los jueces tenían ideología y no por tenerla se proponían actuar como un partido político. Su eje consistía, en palabras de Luigi Ferrajoli, en “descongelar los valores constitucionales, considerándolos autónomamente operativos y no meras enunciaciones de principios en espera de una reglamentación legislativa que nunca llegaba” (Ferrajoli, 2013: 46). Gracias a esta fuerte legitimación teórica y constitucional, tanto durante la etapa de la emergencia terrorista (con atentados de naturaleza política o mafiosa, desde fines de los 60 hasta principios de los 80) como durante el proceso de lucha contra la corrupción estructural y el crimen organizado, jamás dudó en criticar los métodos investigativos que, en nombre de una visión eficientista de la jurisdicción penal avalada por una parte del sistema de medios, ponía en peligro los derechos y garantías constitucionales de los imputados (Paci, 2016).

(3) Tal vez no exista un paralelo de acción legal con efectos tan incisivos en la vida institucional de un país. Ciertamente tiene sus críticos, especialmente después de diez años. Diez sospechosos se suicidaron. Silvio Berlusconi, un magnate de los medios y uno de los investigados, ocupa ahora el cargo de Primer Ministro de Italia. Sin embargo, por sus aciertos y desaciertos, y especialmente por la magnitud de sus efectos, constituye un objeto de estudio obligado para comprender la corrupción en las democracias contemporáneas y las posibilidades y límites de la acción judicial frente a ella” (nota de la edición: la traducción nos pertenece).

El intento de los operadores judiciales y mediáticos del *lawfare* latinoamericano de reflejarse en este episodio histórico único en su especie, que presenta exteriormente algunas similitudes con los actuales procesos que ellos denominan “la lucha contra el flagelo de la corrupción”, devuelve una imagen deformada que los expone definitivamente como lo que son: meros instrumentos tácticos de acción política. El ejemplo más impactante es, precisamente, Sergio Moro: protagonista de la causa “lava jato”, caída en desgracia por su parcialidad luego de que se conocieran los contactos irregulares entre Moro y los fiscales del caso (“As mensagens secretas da Lava Jato”, 2021).

Lo cierto es que las similitudes son superficiales mientras que las diferencias son esenciales. En este sentido:

1. tanto los jueces de *mani pulite* como los operadores judiciales del *lawfare* persiguieron y persiguen delitos inscriptos en la matriz genérica de corrupción política, sobre la base de que el carácter estructural de esa corrupción crea una emergencia democrática que vacía de contenido a las instituciones de la república. Sin embargo, en la Italia de la Prima Repubblica, esta corrupción política estructural había empezado a incidir en la macroeconomía, y se probó que gran parte de la deuda externa italiana (que en términos de porcentaje del PBI creció de 55% en 1980 a 121,5% en 1994) había financiado el sistema *tangentopoli* (Barbacetto *et al.*, 2017). Por su parte, en la Argentina del *lawfare*, los perseguidos penalmente lo son por delitos que en términos macroeconómicos resultan insignificantes, y otros delitos cuantitativamente relevantes para las cuentas públicas, sobre todo la deuda expresada en moneda extranjera, han quedado completamente fuera de la mira del Poder Judicial (puntualmente, la fuga de divisas producto de la evasión fiscal y de operaciones financieras regresivas como el *carry trade*). Ni siquiera con todo el trabajo investigativo ya hecho, los mismos fiscales y jueces que persiguieron y persiguen a figuras del campo nacional y popular se han dignado (a sí mismos) a, al menos, interesarse por las evidencias que arrojaban las publicaciones de los *Panamá Papers* o de los *Pandora Papers*. Más aun, en Italia los encausados fueron los que hicieron crecer exponencialmente la deuda externa del país, mientras que en Argentina fueron y son los que la redujeron a mínimos históricos. Este fenómeno ha sido identificado en la literatura científica como una de las características del *lawfare* en América Latina: “el doble rasero de la ley” (Romano, 2020: 20) puesto que algunos casos se presentan como más escandalosos o corruptos que otros, en virtud de la coyuntura e intereses políticos en pugna (alejándose de la “imparcialidad” y “apoliticismo” con el que intenta asociarse la aplicación de la ley);
2. tanto los jueces de *mani pulite* como los operadores judiciales del *lawfare* han sido y son acusados de llevar adelante una agenda de redefinición política del país mediante la persecución de opositores ideológicos. Pero mientras los magistrados de *mani pulite* nunca ocultaron sus orientaciones ideológicas y procesaron y condenaron a políticos de diferentes extracciones y a empresarios, los operadores judiciales del *lawfare* latinoamericano forman parte de una especie de oligarquía forense de derecha construida sobre la base de vínculos personales que se encargan de ocultar (aunque rara vez lo logren) y persiguen únicamente a los dirigentes populares de izquierda o centro-izquierda

e, incluso, protegen a los empresarios (ver como ejemplo el sobreseimiento de Paolo Rocca, CEO del holding multinacional Techint, en la causa conocida mediáticamente como “Cuadernos” mediante una torsión escandalosa del instituto del estado de necesidad justificante ensayada por el juez federal Julián Ercolini);

3. *mani pulite* se inicia con una sola causa que, por la manifestación contemporánea de varios factores, se replica luego con una dinámica de dominó que crece proporcionalmente a los descubrimientos que realizan los investigadores (Barbacetto *et al.*, 2017).⁽⁴⁾ Por su parte, el *lawfare* latinoamericano exhibe elementos que evidencian una articulación basada en una estrategia unívoca premeditada;
4. en el caso italiano, la demostración de que no hubo un previo diseño político perseguido por la magistratura (Paci, 2016) la dan los resultados de las elecciones realizadas luego del inicio de las causas, los cuales no corrieron el eje político del país hacia aquellas expresiones ideológico-políticas que se consideraban afines a los jueces, sino todo lo contrario. En todo caso, se podría discutir si hubo de parte de algunos miembros de la magistratura, como por ejemplo Antonio Di Pietro, un intento de construcción de un espacio político con fines electorales alimentado por ambiciones personales más que por convicciones ideológicas (que de todas maneras fracasó como tal). Lo cierto es que, como fue anteriormente señalado, *mani pulite* abrió el camino a expresiones de derecha que, hasta el año 2000, llevaron adelante un programa orientado al debilitamiento de la independencia externa y la autonomía interna del Poder Judicial a efectos de volver cada vez más inofensiva su capacidad de controlar los desbordes de poder de los centros político y económico-financiero. Por su parte, en América Latina, los efectos del *lawfare* incidieron en los resultados de varias elecciones presidenciales a favor de quienes se identificaban política e ideológicamente con los jueces y fiscales que los ejecutaron: en las argentinas de 2015 (Duggan, 2018),⁽⁵⁾ en las brasileras de 2018 (Vollenweider y Romano, 2017), y en las

(4) Entre estos factores se encontraban: el hastío de la clase empresarial frente a una cada vez mayor demanda de recursos por parte de la clase política, que ya no podía financiar con deuda externa el sistema de corrupción estructural pues el retiro del apoyo político de Estados Unidos a la Democracia Cristiana italiana había tenido también su correlato económico, que fue precisamente el agotamiento del crédito externo. Con la caída del Muro de Berlín y la desintegración de la Unión Soviética ya no era necesario financiar **una barrera de contención del comunismo** en el (recordemos) límite más álgido entre el bloque occidental y el soviético durante la guerra fría. Además, una reciente reforma del Código de Procedimientos en lo Penal (1989), que había desplazado el acento de la investigación preparatoria del sistema inquisitivo hacia el sistema acusatorio, había dado mucho más poder e independencia a los fiscales, quienes vieron en los nuevos vientos geopolíticos la oportunidad de finalmente perseguir penalmente a los protagonistas del resquebrajado sistema bipartidista perfecto italiano, responsables del esquema de corrupción estructural que caracterizó a la “Prima Repubblica” (Barbacetto *et al.*, 2017).

(5) La muerte del fiscal Alberto Natalio Nisman en 2015, acaecida apenas 4 días después de haber presentado una denuncia penal contra la presidenta en ejercicio por encubrimiento de los terroristas que perpetraron el atentado con la sede de la AMIA en Buenos Aires en 1994, fue utilizada políticamente por grupos opositores y constituye un ejemplo notable de *lawfare* que exhibe un frondoso catálogo de prácticas judiciales abusivas con blindaje mediático. Una muy buena descripción de estos episodios puede encontrarse en el libro del periodista de investigación Duggan (2018). Un hecho notable es que el ex secretario letrado del fiscal Alberto Nisman, Víctor Manuel Antao Cortez, declaró ante el Consejo de la Magistratura que un escrito elogioso hacia la labor de Cristina Fernández de Kirchner en el caso “AMIA” fue firmado por Nisman en octubre de 2014, en noviembre y cree también que en diciembre de 2014. Así

ecuatorianas de 2021 (Calderón Castillo *et al.*, 2021). Y es importante señalar que el “diseño político” que los jueces latinoamericanos persiguieron (y persiguen aún hoy) consiste en la expresión articulada de un modelo político, económico, social y cultural elegido por Estados Unidos para la Argentina (y también para la región) por razones de estrategia geopolítica, cuyas características más distintivas son un sistema económico neoliberal periférico, un acelerado proceso de desindustrialización y un alineamiento incondicional con Estados Unidos (Duarte, 2002);

5. en *mani pulite*, el sistema de medios *mainstream* dio un contundente espaldarazo a la magistratura, saturando la agenda informativa con coberturas dedicadas a la lucha contra la corrupción. Sin embargo, nunca tuvo vínculos operativos con ella, ni mucho menos definió o participó de la estrategia punitiva. El mismo Bettino Craxi, en su ataque más directo al sistema de medios, utilizó el término *fiancheggiare*, que en italiano significa “dar apoyo, estar al lado”. Es decir, la figura más representativa de *tangentopoli* nunca llegó a verse a sí misma como víctima de un sistema complejo integrado por la judicatura y los medios, con vasos comunicantes entre sí y estrategia unívoca, sino que para él la magistratura había llevado a cabo su propia agenda política y los medios solamente la acompañaron. Por el contrario, la coordinación estratégico-táctica entre medios y jueces es esencial en el *lawfare* latinoamericano, y en ningún caso está en manos de la judicatura sino de quienes son los beneficiarios finales de sus efectos (los poderes permanentes locales y extranjeros) (Zaffaroni *et al.*, 2021);
6. en teoría, tanto los jueces italianos de *mani pulite* como los operadores judiciales latinoamericanos actuales son víctimas de ataques por parte de quienes resultaron y resultan perjudicados por su actividad jurisdiccional. En América Latina, su primera trinchera defensiva es una fuerte actividad mediática de creación de sentido alrededor de la idea de que el *lawfare* no existe, que se trata de un invento de quienes quieren sustraerse a las consecuencias de sus actos ilegales y perpetuar su impunidad. Sin embargo, lo cierto es que los ataques sufridos por la magistratura italiana de los 90 fueron concretos y trágicos, mientras que los jueces y fiscales argentinos del *lawfare* jamás fueron perseguidos por el poder político y gozan, además, de un blindaje mediático notorio.

Conclusiones: el difuso límite de la arbitrariedad

Las diferencias señaladas entre el *lawfare* latinoamericano y el proceso *mani pulite* italiano echan por tierra la ambición justificadora que los operadores del primero exponen al pretender convencer al público de que hacen lo que hacen por su profunda convicción republicana, al igual que los del segundo. Todas ellas confluyen en un concepto aglutinador, que es la **arbitrariedad**, punta del ovillo del *lawfare* y prisma para desenmarañar la madeja de vínculos entre factores de poder que hicieron posible su existencia.

queda probado que el fiscal mantenía, paralelamente, listos para presentar, dos textos: uno acusando a Cristina de Kirchner y al canciller Héctor Timerman por encubrimiento por impulsar el *memorandum* con Irán y otro en el que, aunque cuestionaba el tratado con el país persa, consideraba que era un esfuerzo por avanzar en el caso “AMIA”.

En términos técnicos, la arbitrariedad es la descalificación que merece un acto público (administrativo o judicial) por carecer de fundamentación legal o, simplemente, por no adecuarse a las más elementales reglas de la lógica proposicional. Es esta una distinción que puede llegar a confortar a los juristas pero que no deja tranquilos a los politólogos, quienes saben que en la arena política (que a veces es barro) la arbitrariedad depende, muchas veces, más de la correlación de fuerzas que de la inexpugnabilidad de la lógica en la aplicación de los dispositivos normativos. Ergo, mientras más intensos sean los vínculos promiscuos entre medios, justicia, servicios de inteligencia, política e intereses concentrados, más difuso se vuelve el límite formal de la arbitrariedad judicial.

Si afinamos nuestros sentidos podemos ser testigos presenciales de la Historia mientras sucede. Consideremos que, al momento de la presentación de nuestra ponencia en las "I Jornadas Internacionales: Desafíos en el Campo de los Derechos Humanos" referidas al *lawfare* en América Latina (diciembre de 2021), en Brasil se producía la declaración de nulidad de las causas que involucran a Lula Da Silva, y en Argentina el sobreseimiento de Cristina Fernández de Kirchner en una de las causas que la tienen como acusada, con un enjundioso voto de la minoría argumental de la Cámara de Casación que, precisamente, pone el foco en la arbitrariedad con la que fue conducida. En su voto, la jueza Figueroa sostuvo que correspondía descalificar por arbitrariedad la resolución recurrida, y recordó que conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina una sentencia es arbitraria cuando se omite el examen de alguna cuestión oportunamente planteada, siempre que se afecte el derecho del impugnante y lo silenciado pudiere resultar conducente para la adecuada solución de la causa. Mientras que, en este momento político que en Argentina se considera "electoral" (aun cuando falte más de un año para las elecciones presidenciales), la estrategia de *lawfare* se ha intensificado y empuja los límites de la arbitrariedad más allá de lo técnicamente aceptable. Lo demuestra el fiscal de la causa llamada "Vialidad" de Santa Cruz, quien en estos días está presentando un alegato lejano de los estándares mínimos de calidad forense que un fiscal federal debería poder alcanzar, mientras ofrece explicaciones ofensivas y socialmente infantilizantes respecto al hecho probado de que mantiene con uno de los jueces de la causa, y con el principal adversario político de la acusada, una relación personal que pone en serio riesgo la imparcialidad del juzgador y la legitimidad del proceso entero.

Una condena contra Cristina Fernández de Kirchner, principal acusada en dicha causa, sería insostenible técnicamente y con toda probabilidad sería revocada en instancias de revisión posteriores, pero la proscibiría de la competencia electoral, tal como sucedió con Lula. Esa proscripción podría también afectar las chances electorales del Frente que Cristina Fernández lidera, y eso dependerá de la muñeca política de sus líderes políticos y del aprendizaje, precisamente, del caso Lula. Sea cual fuere el resultado de esta particular instancia del *lawfare* latinoamericano, lo cierto es que la mera creación de un riesgo por parte de sus operadores es ya intolerable. Por otro lado, las causas de *mani pulite*, más allá de sus efectos políticos, jamás fueron cuestionadas en su legalidad

y legitimidad intrínsecas sino por voces interesadas. No es posible en todo el proceso encontrar rastros de arbitrariedad.

Ambos fenómenos sociopolíticos inscriptos en el mundo de lo jurídico reavivan la antigua discusión sobre la configuración y rol del Poder Judicial en las repúblicas modernas. Este debate es más actual que nunca, no solo porque obliga a revisar el concepto de representatividad como elemento fundamental de la democracia (para ser más claros, el nivel de representación popular en cada uno de los poderes del Estado, incluido el judicial), sino también porque la arbitrariedad que caracteriza al *lawfare* agrede directamente las bases del orden jurídico como sistema con ambiciones ordenadoras sociales generales. Pensemos que, aun castigando a los responsables en el futuro, el daño sistémico podría ser irreparable. En palabras de Bourdieu:

“... el derecho, forma por excelencia del discurso legítimo, no puede ejercer su eficacia específica sino en la medida que obtiene reconocimiento, en la medida en que se desconoce la parte más o menos grande de arbitrariedad que está en el origen de su funcionamiento. La creencia en el orden jurídico, tácitamente convenida, debe ser reproducida sin cesar y es una de las funciones del trabajo propiamente jurídico decodificación de las representaciones y de las prácticas éticas la de contribuir a fundar la adhesión de los profanos a los fundamentos mismos de la ideología profesional del cuerpo de juristas, es decir, a la creencia en la neutralidad y en la autonomía del derecho y de los juristas” (en Bourdieu y Teubner, 2001: 2007)

El *lawfare* ha puesto a la sociedad civil latinoamericana ante una dicotomía insoportable. Investigarlo y castigarlo con las **herramientas penales** vigentes no parece ser un camino consistente, pues si por herramientas penales entendemos el sistema penal como está, resulta a todas luces evidente que como está es esencialmente colonizado por los operadores del *lawfare*, con lo cual apostar a un autocastigo (o a una autodepuración) es más una expresión de deseos que una estrategia política. Es lo que en Argentina se ha dado en llamar “posibilismo”, y consiste, en resumidas cuentas, en una resignación al status quo atribuida a una contextual correlación de fuerzas, en apariencia imposible de modificar. Si por forzada hipótesis esto llegase a suceder, el sistema judicial habrá exhibido, al mismo tiempo, tanto su fuerza para autodepurarse como su fragilidad intrínseca que permitió ese descenso a lo más profundo de la ilegalidad. Por otro lado, que quede impune no será otra cosa que una invitación a sus ejecutores a profundizarlo y perfeccionarlo. La opinión de cada quien acerca de cuál puede ser el camino más conveniente a seguir dependerá, creemos, de su convicción democrática y de su confianza en el pueblo.

Referencias

Acemoğlu, D. y Robinson, J. (2012). *Por qué fracasan los países. Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*. Deusto.

Bacigalupo, E. (1996 [1984]). *Manual de derecho penal. Parte general*. Temis.

- Barbacetto, G.; Gómez, P. & Travaglio, M. (2017). *Mani pulite 25 anni dopo*. PaperFirst.
- Bielsa, R. y Peretti, P. (2019). *Lawfare, guerra judicial-mediática*. Ariel Argentina.
- Bourdieu, P. & Teubner, G. (2001). *La fuerza del derecho*. Ediciones Uniandes.
- Bradshaw, S. & Howard, P. (2017). Troops, Trolls and Troublemakers. A Global Inventory of Organized Social Media Manipulation. *Computational Propaganda Research Project*. Oxford Internet Institute. https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:cef7e8d9-27bf-4ea5-9fd6-855209b3e1f6/download_file?file_format=pdf&safe_filename=Troops-Trolls-and-Troublemakers.pdf&type_of_work=Report
- Calderón Castillo, J.; Chaves García, N.; Estepa, C. y Ruiz, J. R. (2021). *Lawfare recargado en Ecuador*. Celag.org. www.celag.org/lawfare-recargado-en-ecuador/
- Chamorro, G. (2020). *Lawfare, o la continuación de la política por otros medios*. Nuestra América.
- Chomsky, N. y Herman, E. (2000). *Los guardianes de la libertad*. Crítica.
- D'Adamo, O.; García Beaudoux, V. y Freidenberg, F. (2007). *Medios de comunicación y opinión pública*. McGraw Hill.
- Duarte, M. (2002). El Consenso de Washington y su correlato en la reforma del Estado en la Argentina: los efectos de la privatización. En M. Schorr; A. G. Castellani; M. Duarte y D. Debrott Sánchez, *Más allá del pensamiento único. Hacia una renovación de las ideas económicas en América Latina y el Caribe*. Clacso.
- Duggan, P. (2018). *¿Quién mató a Nisman?* Planeta.
- Estepa, C. M. y Maisonnave, M. A. (2020). Poder judicial, medios de comunicación y política. *Lawfare en Argentina*. *Nullius: Revista de pensamiento crítico en el ámbito del Derecho*, 1(2). revistas.utm.edu.ec/index.php/Nulluis/article/view/2476
- Fernández-Albertos, J. (2005). Dividir lo indivisible: separación de poderes y soberanía popular en James Madison. *Revista de Estudios Políticos Nueva Época*, (128).
- Ferrajoli, L. (2013). *Dei diritti e delle garanzie*. Il Mulino.
- Ferrarella, L. (17 de febrero de 2000). Mani pulite 2565 imputati. *Corriere della Sera*.
- Holzer, M. (2012). Offensive lawfare and the current conflict. *Harvard Law School National Security Journal*, (4). harvardnsj.org/2012/04/offensive-lawfare-and-the-current-conflict/
- "Mani pulite-25 anni dopo", il libro. Dai Pm "manettari" ai "comunisti salvati", ecco le post verità su tangentopoli". (24 de febrero de 2017). *Il Fatto Quotidiano*. www.ilfattoquotidiano.it/2017/02/24/manipulite-25-anni-dopo-il-libro-dai-pm-manettari-ai-comunisti-salvati-ecco-le-post-verita-su-tangento-poli/3415022/
- "La volta che Borrelli chiese scusa per Mani pulite: 'Non ne valeva la pena'". (20 de julio de 2019). *Il Sole 24 Ore*. <https://www.ilssole24ore.com/art/la-volta-che-borrelli-chiese-scusa-mani-pulite-non-valeva-pena-ACDCL9Z>
- Kittrie, O. (2016). *Lawfare. Law as a weapon of war*. Oxford University Press.
- Moro, S. (2004). Considerações sobre a operação mani pulite. *Revista Centro de Estudos Judiciais*, (26). www.conjur.com.br/dl/artigo-moro-mani-pulite.pdf
- Morozov, E. (2015 [2013]). *La locura del solucionismo tecnológico*. N. V. Piñeiro (Trad.). Katz Editores.

- O'Donnell, G. (2003). Democracia, desarrollo humano y derechos humanos. En G. O'Donnell, M. Iazzetta, J. Vargas Cullel (Comps.), *Democracia, desarrollo humano y ciudadanía: reflexiones sobre la calidad de la democracia en América Latina*. Homo Sapiens. Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo.
- (2004). El desarrollo de la democracia en América Latina. En *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*. Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo.
- Paci, C. (2016). Tangentopoli, la politicità della giurisdizione e Magistratura Democratica. *Questione Giustizia*. www.questionegiustizia.it/articolo/tangentopoli_la-politicita-dellagiurisdizione-e-magistratura-democratica_22-04-2016.php
- "El juez del lava jato en la Corte Suprema". (04 de abril de 2017). *Página/12*. www.pagina12.com.ar/29803-el-juez-del-lava-jato-en-la-corte-suprema
- Pereyra, P. (2013). *Política y transparencia. La corrupción como problema público*. Siglo XXI Editores.
- Raitzin, K. (2020). La instrumentalización de escándalos mediáticos en Argentina: un estudio exploratorio sobre las representaciones de la corrupción en el sitio web del diario Clarín. *Intersecciones en Comunicación*, 1(14). <https://www.riid.unicen.edu.ar/xmlui/bitstream/handle/123456789/2322/LA%20INSTRUMENTALIZACI%3%93N%20DE%20ESCANDALOS%20MEDIATICOS...pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Romano, S. (2020). Lawfare y neoliberalismo en América Latina: una aproximación. *Sudamérica. Revista de Ciencias Sociales*, (13), fh.mdp.edu.ar/revistas/index.php/sudamerica/article/view/4662/4896
- Romano S. (Comp.). (2019). *Lawfare, guerra judicial y neoliberalismo en América Latina*. Mármol Izquierdo Editores.
- Romano, S. y Vollenweider, C. (2020). ¿Lawfare o lawfear? La guerra judicial y el miedo. *Celag.org*. www.celag.org/lawfare-o-lawfear-laguerra-judicial-y-el-miedo/
- Santoro, D. (07 de diciembre de 2019). El "nuevo relato K" para encubrir la corrupción. Constitucionalistas rechazaron el uso del término "lawfare" que hizo Cristina Kirchner en la causa Vialidad. *Clarín*. www.clarin.com/politica/constitucionalistas-rechazaron-uso-termino-lawfare-hizo-cristina-kirchner-causa-vialidad_0_zgntrexx.html
- Tiefenbrun, S. (2010). Semiotic definition of lawfare. *Case Western Reserve Journal of International Law*, (43). scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1142&context=jil
- Tirado Sánchez, A. (2021). *El lawfare, golpes de estado en nombre de la ley*. Ediciones Akal.
- Vollenweider, C. y Romano, S. (2017). Lawfare. La judicialización de la política en América Latina. *Celag.org*. www.celag.org/wp-content/uploads/2017/03/LawfareT.pdf
- Wagner Alujas, J. (2020). El lawfare y su inserción en América Latina. *Nullius. Revista de pensamiento crítico en el ámbito del Derecho*, 1(2). revistas.utm.edu.ec/index.php/revistanullius/article/view/2619
- Welze, H. (1956 [1940]). *Derecho penal parte general*. C. Fontán Balestra (Trad.). Depalma.
- Zaffaroni, R. E.; Alagia, A. y Slokar, A. (2007 [1977]). *Manual de derecho penal*. Parte general (2ª ed.). Ediar
- Zaffaroni, R. E.; Caamaño, C. y Vegh Weis, V. (2021). *¡Bienvenidos al lawfare! Capital Intelectual*.

GASTÓN SAGRETTI*

Los medios de comunicación Técnicas de control y su incidencia en el proceso penal

"Es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre".

*Corte Interamericana de Derechos Humanos
(opinión consultiva oc-5/85).*

Introducción

Históricamente los medios de comunicación han tenido un papel preponderante en la sociedad. Influyen en la mayoría de las decisiones que se toman, sean económicas, políticas, criminales y hasta en las "cotidianas". Es tal el poder real que tienen, que esta corporación es considerada, hoy en día, como un segundo poder; el primero es el financiero y apenas el tercero es el político, con sus leyes y estructuras⁽¹⁾.

Los medios de comunicación son los grandes creadores de la ilusión de los sistemas penales.

Son quienes impulsan lo que Zaffaroni llama criminología mediática o la palabra⁽²⁾ de los medios masivos de comunicación, que implica "la creación de una realidad a través de la información, subinformación y desinformación mediática en convergencia con prejuicios y creencias, que se basa en una etiología criminal simplista asentada en una causalidad mágica. Lo mágico es la especial idea de causalidad que se usa para canalizar la venganza contra un determinado grupo".

(*) Abogado, UBA, Maestrando en Derecho Penal, UDESA, Docente de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho, UBA.

(1) (Zaffaroni et. al., 2019: 115).

(2) Además de estas "palabras" –entendiéndose en el sentido de discursos– se suman otras tres: la Criminología Académica o teórica, la Palabra de los Muertos –víctimas de Estados Masacradores– y la palabra de los movimientos sociales críticos.

Sin los medios masivos, la experiencia directa de la realidad social permitiría que la población se percate de la falacia de los discursos justificadores y, al mismo tiempo, no se podrían inducir los miedos en el sentido que se desean⁽³⁾.

Hoy en día son, además, una herramienta de los grupos financieros para imponer sus ideas, guiadas por sus propios beneficios económicos. Resultan de vital importancia, ya que manipulan, incitan y determinan conductas.

Se destaca que el poder punitivo no podría ser ejercido en la forma selectiva en que se realiza sin una criminología mediática.

Para la imposición de su discurso, se valen de determinadas técnicas de control social, mediante las que, no solo van a determinar los temas a debatir en la sociedad (fenómeno conocido como *agenda-setting*), sino que además incitan a pensar de una determinada manera (técnica del *framing*).

Esta selección de temas no es inocente, sino que es previa y específicamente escogida según los intereses que se persiguen.

Por otro lado, utilizan técnicas de manipulación para fomentar la estigmatización de un determinado grupo de la sociedad. Se construye un ellos, distinto de un nosotros, al que hacen responsable de todo lo malo que ocurra, y sobre el que mayormente recae la criminalización (aunque también, no casualmente, la victimización y "policiazación"⁽⁴⁾). En términos más claros, tienen el poder de circunscribir todos los males que le ocurren a una sociedad a un grupo de personas.

Es por eso que en este artículo analizaremos no solo las técnicas de control social que usan estos grupos, sino también cómo influyen en las decisiones que se toman en el país. Además, se cotejará el discurso con la realidad, con las estadísticas criminales de la República Argentina.

Finalmente, tras analizar la postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno a la libertad de expresión, se ensayarán posibles soluciones para los problemas que plantea esta realidad paralela construida por los medios de comunicación.

Técnicas agenda-settings, framing e ignorancia por distracción

La teoría de la *agenda-settings*⁽⁵⁾ se atribuye a McCombs y a Shaw, quienes en 1972 publicaron un estudio para demostrar el papel que tuvieron los medios de comunicación en la campaña presidencial de 1968 en Carolina del Norte. En ese trabajo, se corrobora

(3) (Zaffaroni, 1998: 131-132).

(4) (Zaffaroni, et al. ob. cit., 2019: 127).

(5) Se entiende por *agenda settings*, el proceso en que los medios, por selección, presentación e incidencia de sus noticias, determinan los temas acerca de los cuales el público va a hablar. Los medios imponen los temas más discutidos en la sociedad.

ró, que los asuntos que los votantes consideraban como esenciales eran justamente aquellos que los medios de comunicación habían previamente seleccionado y sobre los que habían volcado su actividad informadora⁽⁶⁾. Es decir, que la *opinión pública* termina siendo un "eco de regreso de la propia voz de los medios"⁽⁷⁾.

La idea principal es que los medios de comunicación tienen el poder de situar un determinado tema en primer término del debate público⁽⁸⁾, convirtiéndolo así en un asunto de interés nacional, y ello con independencia de la importancia intrínseca de dicho tema.

Su trabajo se podría resumir en la elección de los sucesos que se transformarán en noticia, la jerarquización de las noticias según su importancia y en la tematización o conversión de una noticia en tema de debate social⁽⁹⁾.

La selección de la noticia se elige conforme a un criterio que generalmente será de acuerdo al interés periodístico o particular y al interés socioeconómico que representa ese medio. La selección de la información no es inocente. Primero, porque como remarkamos, estas corporaciones tienen sus propios intereses (económicos, políticos, etc.), y segundo, porque también son instrumentos de persuasión y propaganda, una forma de hacer política.

Sin embargo, sería ingenuo pensar que los medios de comunicación actúan aisladamente a la hora de fijar la agenda política. No controlan de forma total este poder, ya que forman parte de un entramado en el que cada grupo sigue sus propios intereses.

Es así que, en esta búsqueda de maximizar sus intereses, los medios de comunicación informen sobre acontecimientos que atraen. Insisten con lo que cautiva y conmueve al público: *lo espectacular*. En los criterios de noticiabilidad impera lo negativo. De ahí que las malas noticias (un caso particularmente desagradable, un mal fallo judicial, entre otras situaciones) tienen reservado un lugar de privilegio en los medios de comunicación⁽¹⁰⁾.

Generalmente, suelen recurrir a la publicidad de determinados delitos: contra la propiedad cometidos por un exclusivo grupo de personas, hechos morbosos, etc. Este tipo de noticias, además, tiene la ventaja de ser información barata, fácilmente accesible y

(6) Se trató de un pequeño sondeo hecho entre los votantes indecisos, en las elecciones presidenciales norteamericanas de 1968, conjuntamente con un análisis sistemático de contenido sobre la manera en que los medios informativos que consumían esos votantes presentaban los temas principales de la elección.

(7) (Sartori, 1998: 72).

(8) Se debe aclarar, que en el proceso de marcar la agenda también intervienen otros actores (poder político, medios de comunicación y grupos de poder).

(9) (Fuentes Osorio, 2005: 16-51).

(10) (Varona Gómez, 2011:18).

versátil. Por otra parte, la mayor parte del material de comunicación de entretenimiento televisado (cerca del 70%) es importado e insiste en la temática policial, que cumple la función de hacer internalizar, desde las primeras etapas de la vida, la atribución al sistema penal de un falso valor protector respecto de derechos que son más o menos comunes a todos, particularmente el derecho a la vida⁽¹¹⁾.

Son los medios de comunicación los que eligen sobre qué va a debatir la sociedad y por cuanto tiempo lo hará, ya que una vez que esa noticia pierde el interés se la deja de lado.

Pueden decidir situar en determinado momento a la delincuencia en general o a otro tipo de delincuencia en el centro del debate público, creando una extraordinaria presión en el poder político para que actúe de una manera determinada. Esto se debe, en parte, a que la política actual es una *política-espectáculo*⁽¹²⁾.

No puede desconocerse que lo criminal es mediático. Tampoco que se trata de un problema nuevo. Allá por fines del siglo XIX, Gabriel Tarde escribía que "La prensa es el poder soberano de los nuevos tiempos". Unos años más tarde, por el 1900, volvía a escribir que: "...el arte de gobernar se ha convertido en gran medida en la habilidad de servirse de los medios"⁽¹³⁾. Incluso, Nietzsche, se refería a la prensa popular de su época con la expresión: "La turba escupe su bilis y a eso llama periódico"⁽¹⁴⁾.

En nuestro margen, mediando el año 1900, una revista que llamó la atención fue Caras y Caretas, cuya novedad radicaba en que los textos venían acompañados de fotografías de actores que dramatizaban las situaciones (se pasó de la galería institucional del rostro al reportaje fotografiado)⁽¹⁵⁾.

Sin embargo, lo característico de estos tiempos está dado por el medio que se utiliza: la televisión, herramienta que se distingue por hacer suceder imágenes descontextualizadas y cuyo intérprete –la voz de la tv– utiliza un lenguaje poco sofisticado. A esto se le debe sumar la aparición de las redes sociales, principal medio de información de los jóvenes, cuya novedad radica en la potenciación de la realidad mediática.

Otra técnica relevante en la materia en trato es aquella que se conoce como "framing", concepto atribuido a Erving Goffman⁽¹⁶⁾, y hace referencia a la importancia decisiva que tiene, a la hora de interpretar un hecho, el contexto o marco de referencia en que dicho suceso es encuadrado (de ahí la palabra frame que significa marco o encuadre).

(11) (Gusis et al., 2012: 58).

(12) (Zaffaroni, 2011: 402).

(13) (Zaffaroni, 2011: 366).

(14) (Caimari, 2004: 169).

(15) (Caimari, 2004: 178).

(16) (Varona Gómez, 2011: 21).

Implica que los medios de comunicación, además de condicionar el modo de pensar, proporcionan los esquemas de interpretación básico que vamos a utilizar. **Es decir, los medios no solo fijan la agenda pública, sino que también dictan al público una forma de pensar sobre ciertos asuntos.** Aquí es cuando entra a jugar el encuadre noticioso: se seleccionan y enfatizan palabras, expresiones e imágenes para conferir un punto de vista, enfoque o ángulo de una información.

Encuadre, es seleccionar algunos aspectos de la realidad percibida y hacerlos más destacados en el texto comunicativo.

Estos encuadres noticiosos o frames pueden dividirse (según la teoría de la comunicación) en dos: episódicos (se centran en hechos o individuos) o temáticos (hacen referencia al contexto social, político o económico). Lo importante de esta distinción es que los encuadres episódicos inducen a la audiencia a responsabilizar de los problemas al individuo en particular, mientras que los temáticos extienden la responsabilidad al contexto amplio⁽¹⁷⁾.

Lo relevante **es que a partir del uso de esta técnica se permite construir una determinada imagen de la delincuencia, del delincuente y de la justicia penal.** Imagen que no se corresponde con la realidad criminal.

Por último, resta hacer referencia a una técnica relativamente nueva y típica del tardocolonialismo⁽¹⁸⁾. Sostienen Zaffaroni y Dias dos Santos que la ignorancia es un recurso indispensable para el ejercicio del poder. En un primer momento, se impidió la adquisición de medios (ignorancia por incapacitación), pero luego -sucidadas las etapas coloniales- apareció una nueva técnica productora de la ignorancia y consiste en mantener ocupada a la persona en algo diferente, distraerlo y hacer que los medios de adquirir información se empleen con otro objeto. El tardocolonialismo promueve una ignorancia por distracción.

Esta técnica no solo se vale de cotidianas noticias sensacionalistas, sino de todo un conjunto complejo de técnicas, tales como la aceleración de noticias que impide o dificulta detenerse y fijar la atención, la reproducción de series televisivas policiales que muestran a la violencia como la única vía posible de solución de conflictos, y por otra parte desestimula la propia información mediante la indigestión por sobreabundancia informativa, la vulgarización y deformación simplista de los comunicadores⁽¹⁹⁾.

(17) (Varona Gómez, 2011: p. 23).

(18) Actualmente se ejerce sobre los países del hemisferio Sur una nueva fase del colonialismo llamada "tardocolonialismo". El control social punitivo de nuestros días responde a un marco del poder planetario diferente al que generó las críticas criminológicas de la segunda mitad del siglo pasado. Este nuevo momento de poder lo facilitó la "revolución tecnológica" y en nuestra región impacta sobre el control social punitivo con rasgos particulares. La dominación actual se ejerce mediante el endeudamiento de los Estados.

(19) (Zaffaroni et al., 2019: 125).

Ejemplos mediáticos: Petitorio Blumberg y Víctima-Héroe. Ley 27.375 y contraposición con datos estadísticos

A) Al respecto de la ley 25.886 no me detendré a analizar las consecuencias en materia penal que introdujo su sanción (que en términos generales aumentó las penas mínimas y máximas para la portación de armas y para los robos cometidos con ellas, impuso mayores requisitos a los condenados por delitos sexuales para acceder a la libertad condicional y aumentó los castigos de los secuestros extorsivos), sino su motivación y el papel que jugaron los medios de comunicación.

La mentada ley fue fomentada por algunos sectores sociales, acompañados por algunos medios de comunicación. Los reclamos se encasillaron tras la figura de Juan C. Blumberg, padre de una persona que fue secuestrada y asesinada. Este señor elaboró lo que se conocía como Petitorio Blumberg.

El diario La Nación, con fecha 01/04/2004, publicó una noticia titulada “Todos por Axel. Multitudinaria marcha contra la inseguridad” en la que se lee: “Juan Carlos Blumberg [...] reclamó penas más duras”⁽²⁰⁾. Por su lado, el diario Clarín, en una noticia del 27/08/2004, publicó “Otra vez fue masiva la marcha de Blumberg reclamando seguridad”⁽²¹⁾, y dice “el padre de Axel habló durante tres cuatro horas [...] Señores muévanse, escuchen a los ciudadanos, gritó en un tramo”.

Esta presión mediática provocó que tan solo cinco días más tarde la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados se avocara al análisis de varios proyectos de ley que propiciaban reformas al Código Penal.

El día 7 de Abril del año 2004 sesionó la Cámara de Diputados con la finalidad de tratar, entre otros, este proyecto. Juan C. Blumberg estuvo presente en el recinto y muchos legisladores hicieron referencia a él. Otros sectores, en cambio, criticaron la hiperactividad del Congreso de la Nación que en pocos días sancionó como ley una buena cantidad de reformas penales exigidas en el Petitorio Blumberg.

Ese día, quien habló en nombre de la Comisión de Legislación Penal, el Sr. Damiani, sostuvo que: “...nadie debe entender que estamos tratando un tema nuevo, impuesto en últimas horas, o que venimos a hacerlo desde un arrebato surgido por presiones...”. Sin embargo, momentos más tarde dijo: “Claro que hay una presión. Algunos nos preguntan si la presión que sufrimos es la del petitorio o la de la marcha, y yo digo que es la que cada uno de nosotros recoge a lo largo del territorio de la República [...] En todas las plazas del interior hubo argentinos presionados, como nosotros, por esta ola de inseguridad [...]

(20) <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/multitudinaria-marcha-contra-la-inseguridad-nid588493/> (disponible al 30/04/2021)

(21) https://www.clarin.com/ediciones-antiores/vez-masiva-marcha-blumberg-reclamando-seguridad_0_r1xbhyhy0tl.html (disponible al 30/04/2021).

Cuando se me confió esta responsabilidad jamás pensé que iba a contar con un acompañamiento tan cercano y decidido por parte de quien optó por transformar el dolor en lucha, y en vez de encerrarse en su luto ha estado presente en nuestras discusiones...”.

Esta última declaración permite identificar lo que Zaffaroni distingue como “víctima-héroe”. Se trata de una víctima ideal que puede provocar identificación con un grupo determinado de la sociedad y que se presenta como vocera de la criminológica mediática.

A la víctima-héroe se la pone frente a una cámara y se le hace reclamar un mayor control social represivo, a la vez que se limita cualquier punto de vista diferente, pues cualquier objeción por parte de un tercero se proyecta como irrelevante y enemiga de la víctima⁽²²⁾ frente a su dolor. Además, una vez que deja de ser funcional a sus intereses, la criminología mediática se desprende de ella, la ignora hasta silenciarla por completo, sin importarle el daño psicológico que ha ocasionado al interrumpir el duelo.

B) Por otro lado, el día 6 de Julio del año 2017 se sancionó la ley 27.375, publicada en el boletín oficial el día 28 de Julio del año 2017, que modificó la ley de ejecución de la pena privativa de la libertad nro. 24.660⁽²³⁾.

Al examinar el debate parlamentario nos encontramos con un nuevo ejemplo de la manipulación mediática. Cuando le cedieron la palabra al diputado Luis Alfonso Petri dijo que: “...hay un reclamo constante y reiterado de la ciudadanía en el sentido de cerrar la puerta giratoria”.

Por su parte, el diputado Martín Osvaldo Hernández sostuvo: “...la necesidad de responder a una sociedad que ve cómo los autores de los delitos aprovechan las fallas de un sistema que debe ser modificado, fallas que finalmente terminan siendo una incitación a persistir en la carrera delictiva”.

Si bien esta ley introdujo varias modificaciones, me detendré en dos artículos en particular, en el número 30 que modificó la redacción del artículo 56 bis de la ley de ejecución y en el artículo 38 que modificó el artículo 14 del Código Penal de la Nación.

El primero de ellos impide otorgar el beneficio de prueba a los condenados por determinados delitos⁽²⁴⁾, mientras que el artículo 38 impide concederle la libertad condicional a los reincidentes y los condenados por la misma lista de delitos.

(22) Recordemos que “no hay peor enemigo que quien niega la emergencia y las posibles soluciones a ellas”. Quien advirtió ello fue Frederich Spee en su obra *Cautio Criminalis* que inauguró la criminología crítica. Vale aclarar que Spee era confesor de las mujeres enviadas a la horca por el delito de brujería, y señaló que, al menos a quienes él confesó, no eran brujas. Al respecto, ver E. Raúl Zaffaroni, *Estudio Preliminar de la Cautio Criminalis de Frederich Spee*.

(23) Principalmente afecta el régimen de progresividad de la pena y la atenuación del encierro, limitando para algunos delitos los institutos de salidas transitorias, semi-detención, libertad condicional o libertad asistida, lo que se traduce en un endurecimiento de la pena en cuestión.

(24) Aquellos incluidos en los artículos 80, 119, 120, 124, 125, 125bis, 126, 127, 128 -1º y 2do párrafo-, 130, 142 bis anteúltimo párrafo, 144 ter inciso 2, 165, 166 –inciso 2do, 2do párrafo– 170 antepenúltimo

Para este análisis tomaré el delito cuyo bien jurídico es el más importante, el tipificado en el artículo 80 (homicidios agravados).

Según el Sistema Nacional de Información Criminal⁽²⁵⁾ en el año 2016, en toda la República Argentina, hubo 2.625 víctimas de Homicidios Dolosos. En el año 2017, esa cifra disminuyó a 2.289 víctimas. En el año 2018 aumentó a 2.362 víctimas y en el año 2019 esa cifra -una vez más- disminuyó a 2.291 víctimas. Por su parte, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el año 2016, hubo 146 víctimas, en el año 2017, 143, en el año 2018 hubo 133 y en el año 2019 hubo 96.

Desde otra perspectiva, si nos enfocamos en la tasa de homicidios cada 100.000 habitantes, en toda la República Argentina, vemos que la misma fue de 6,6%, 5,2%, 5,3%, y 5,1% para los años 2016, 2017, 2018 y 2019 respectivamente⁽²⁶⁾.

Si tomamos esta última referencia, una tasa de 5,1% cada 100.000 habitantes, **resulta ser ampliamente menor que la tasa de 6,1% de víctimas de homicidios promedio del mundo**, según lo concluye el informe Global study on homicide, 2019 edition⁽²⁷⁾ llevado adelante por la Oficina de Drogas y Crimen de las Naciones Unidas. Sin embargo, basta con leer un diario o sintonizar un noticiero para escuchar o leer: "acá, te matan por cualquier cosa".

Parecería ser cierto, tal como dice Zaffaroni, que los medios masivos de comunicación son los encargados de generar la ilusión de eficacia del sistema, haciendo que se perciba solo como peligro la amenaza de muerte violenta.

Por otra parte, si dejamos de lado el homicidio doloso y nos enfocamos en otro delito que suele ser muy popular entre la criminología mediática, aquel que afecta a la propiedad, nuevamente los datos sociales parecieran desmentir la necesidad de entrar en pánico. Específicamente, en la categoría robo, en el año 2016 hubo 71.226 hechos, en el año 2017 68.219 hechos, en el año 2018 70.916 hechos y en el año 2019 hubo 62.791 hechos⁽²⁸⁾.

De este breve análisis, se pueden sacar dos conclusiones. Por un lado, que el delito de homicidios dolosos, a diferencia de lo que mediáticamente se postula, tiene una baja tasa de víctimas.

y anteúltimo párrafos, 145 bis y ter, 306, arts. 5, 6 y 7 de la ley 23.737, artículos 865, 866 y 867 del Código Aduanero y casos en los que se aplica el artículo 41 quinquies del Código Penal.

(25) <https://www.argentina.gob.ar/seguridad/estadisticascriminales> (disponible al 30/04/2021).

(26) <https://estadisticascriminales.minseg.gob.ar/reports/Informe%20Nacional%20Estadisticas%20Criminales%202019.pdf>. (disponible al 30/04/2021).

(27) <https://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/global-study-on-homicide.html> (disponible al 30/04/2021).

(28) <https://www.argentina.gob.ar/seguridad/estadisticascriminales> (disponible al 30/04/2021).

Y segundo, que los hechos delictivos –a los que se le atribuye toda la responsabilidad de nuestra inseguridad existencial– no tienen un crecimiento exponencial de acuerdo al transcurso de los años, sino que incluso, en muchos casos, disminuye.

Ante esto, ¿como se explica que la preocupación ciudadana por la (in)seguridad no solo no merma sino que aumenta? ¿por qué en años donde la tasa disminuyó, se siguió insistiendo en aumentar la atención de estos delitos?. Un claro ejemplo lo constituye la mencionada ley nro. 27.375, cuya sanción fue en el año 2017 y el pretexto de alguno de los legisladores, tal como se vio, fue el reclamo social para acabar con la puerta giratoria no obstante, ese mismo año, los homicidios dolosos disminuyeron considerablemente en comparación con el año 2016.

No podemos sino compartir las conclusiones de Susana Soto Navarro⁽²⁹⁾ en punto a que la atención mediática a la delincuencia explica la preocupación ciudadana por la misma y no, como cabría suponer si los medios fueran un mero reflejo de la realidad, la propia realidad delictiva.

Consecuencias: El ellos. Más figuras penales (criminalización primaria). Gran Encarcelamiento

Indicamos que los medios de comunicación, mediante el uso de las técnicas de control social referidas, delimitan cuál es la imagen del delincuente y de la delincuencia en una sociedad.

En nuestro país, esta está asociada a un determinado grupo social, que encarna un *ellos*, identificado a través de estereotipos, y distinto del resto de las personas *decentes* que conforman la sociedad. Estos delincuentes, los ellos, deben ser separados de la sociedad si se pretende vivir en paz.

Así como en Europa y Estados Unidos la figura del ellos la representa el inmigrante, aquí involucra no solo a la pequeña masa de criminales violentos sino también a aquellos parecidos que no cometieron ningún delito ni lo van a cometer.

El mecanismo funciona de esta manera, primero la criminología mediática muestra a la pequeña masa de criminales estereotipados que delinquen e instantáneamente a los que no delinquen, pero son parecidos. Se hace entrever que los semejantes, en algún momento, harán lo mismo que los criminales. El ellos por excelencia es el pibe de clase baja, quien el día de mañana hará lo mismo que su parecido.

En este proceso, el miedo es clave. El *ellos* debe ser temido. Para eso se bombardea a la población solo con noticias donde hayan participado adolescentes de barrios margi-

(29) (Varona Gómez, 2011: 4).

nales, y eso con la intención de que triunfe el populacherismo punitivo que pregona la mágica solución de *mayores penas-menos cantidad de delitos*.

Zaffaroni sostiene que es la *criminología mediática* la que selecciona a los criminales. El poder punitivo escoge a sus víctimas de acuerdo al reclamo público, es decir, de acuerdo a la *opinión pública*, que en definitiva es un *eco de regreso de la propia voz de los medios*.

Asimismo, la reproducción mediática de este tipo de discursos mediáticos, en consonancia con el poder político, no hacen más que ampliar la cantidad de conductas criminalizadas que en definitiva les permite a las agencias policiales ejercer su poder de una manera más arbitraria. Este ejercicio de poder punitivo termina recayendo sobre un determinado sector de la sociedad: hombre, no mayor a 35 años de edad, no blanco y proveniente de sectores carenciados.

El aumento de las escalas penales no solo se traduce en un mayor nivel de penas sino también en un mayor número de prisioneros preventivos⁽³⁰⁾, que trae a colocación una sobrepoblación carcelaria y un deterioro de las estructuras. Es por estas condiciones, que en muchos casos, se asimila a las cárceles argentinas como verdaderos *campos de concentración*, lo que permite afirmar que las condenas se ejecutan como penas ilícitas⁽³¹⁾.

Medios de comunicación, control y libertad de expresión

En este punto, luego de enunciar la mecánica de los medios de comunicación, está claro que la información es publicada por un cierto motivo, y que su accionar puede alterar el normal funcionamiento de alguna de las instituciones de nuestro país. En este sentido es que debemos preguntarnos *¿se puede controlar lo que dicen los medios de comunicación o si ello, acaso, lesiona la libertad de expresión?* Normalmente, cuando se intentó esbozar algún tipo de control posterior de la información, los medios de comunicación salieron a su cruce bajo la temática de que se afecta la libertad de expresión.

Tomemos un ejemplo de un tema al que luego volveremos. Hablo de la cláusula que se intentó agregar en la Ley de Organización y Competencia de la Justicia Federal con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en las Provincias. Aquella, de forma muy breve, sostenía que lo jueces debían comunicar al Consejo de la Magistratura cualquier intento de influencia de parte de, entre otros, los poderes mediáticos.

(30) (Gusis et al., 2012: 65).

(31) En esta dirección, Zaffaroni propone, teniendo en cuenta que las penas ilícitas no dejan de ser penas, que los tribunales las tomen en cuenta a la hora de sentenciar.

Rápidamente, ello fue catalogado –incluso por políticos– como un “amedrantamiento contra los periodistas que pone en riesgo la libertad de expresión”⁽³²⁾. Sin embargo, en ningún momento se habla sobre censura, sino de darle a los jueces una herramienta frente a un posible intento de influencia por los grupos de poder, entre los que se encuentra el mediático.

Veamos cual es el alcance que la Convención Americana de Derechos Humanos le otorga a la libertad de expresión. El artículo 13 de esa Convención, instrumento con rango constitucional desde el año 1994, protege el derecho que tiene todo hombre a la libertad de pensamiento y expresión. No obstante ello, en el inciso 2 aclara que este derecho no es absoluto, sino que el ejercicio de este derecho puede estar sometido a responsabilidades ulteriores “...las que deben estar fijadas por ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás o, b) la protección de la seguridad nacional, la salud o la moral pública”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos si bien destaca la tarea que cumple el periodista “El periodismo es la manifestación primaria y principal de la libertad de expresión...”⁽³³⁾, reconoce la necesidad de establecer un régimen que asegure la responsabilidad y la ética profesional de los periodistas y sancione las infracciones a esa ética.

Entre las prohibiciones explícitas que el artículo 13 de la Convención dirige al Estado figura la *censura previa* (caso Palamara Iribarne vs. Chile, caso Norín Catrimán y otros vs. Chile, entre otros), que constituye una forma de supresión radical de la posibilidad de expresar el pensamiento.

Sin embargo, como se sugirió antes, este derecho no es de carácter absoluto, esto es, existen límites para su ejercicio y controles de su adecuado desempeño. Queda la posibilidad de exigir a quien ejerce ese derecho, la responsabilidad que corresponda en función del desbordamiento, la desviación, el exceso, el abuso en que incurra con tal motivo. La responsabilidad es una consecuencia natural de la conducta indebida: nadie se encuentra por encima del orden jurídico, exento de todo control de la conducta (Opinión consultiva 5/85 de 13/11/1985; Caso Mémoli vs. Argentina; Caso Valle Jaramillo y otros vs. La Colombia, entre otros).

En los casos “Ricardo Canese” y “Palamara Iribarne”, la Corte Interamericana resolvió que las causales de responsabilidad ulterior deben estar expresa, taxativa y previamente fijadas por la ley, ser necesarias para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”, y no deben, de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa.

(32) <https://www.infobae.com/opinion/2020/08/22/la-clausula-maldita/> (disponible al 24/05/2021).

(33) (García Ramírez et al., 2007: 22).

En un mismo sentido habla el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, artículo 19.

El máximo Tribunal de nuestro país también se ha expedido en el sentido que venimos hablando. Es decir, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión no es absoluto, no debe estar sometido a censuras previas y puede haber un control de responsabilidad ulterior (Corte Suprema, 8/9/1992- Servini de Cubria, JA 1992-IV-18; Corte Suprema, 24/11/1998-Díaz, JA 1999-II-180; fallo 324:975 y fallo 327:789).

Por su parte, la Convención Europea de Derechos Humanos prescribe: "Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión [...] El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa [...] El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito...".

Algunas propuestas

Con este horizonte, pienso que la libertad de expresión no puede estar sometida a un control previo, censura previa, pues ello sí limitaría el derecho que tiene toda persona a buscar, recibir y difundir información, lo que afecta la democracia de un país.

Sin embargo, como se desarrolló, existen situaciones en las que producto de la publicación de información parcializada se afecta *el funcionamiento armónico y normal de las instituciones*. Ejemplo de ello fueron el Petitorio Blumberg y la ley 27.375, proyectos que han sido fomentados por los medios de comunicación y grupos de poder para su provecho. Ambos casos tuvieron consecuencias graves. No solo se lesionaron los derechos de algunas personas, sino que alteraron el normal funcionamiento de las instituciones, como dijimos, la ley 27.375 impide para ciertos delitos acceder al período de prueba -y con ello acceder a salidas transitorias o a la incorporación al régimen de semilibertad- y conceder la libertad condicional, lo que, claramente, desnaturaliza la finalidad de la ejecución de la pena privativa de la libertad y pone en jaque el fin resocializador de la institución carcelaria.

A todo esto, se le debe sumar la ampliación de la criminalización secundaria⁽³⁴⁾ que arraiga un crecimiento desmedido en la población carcelaria, afectando las condiciones

(34) Zaffaroni, Alagia y Slokar la definen como la acción punitiva ejercida sobre personas concretas, que tiene lugar cuando las agencias policiales detectan a una persona a la que se atribuye la realización de cierto acto criminalizado primariamente, la investiga, en algunos casos la priva de su libertad ambulatoria, la somete a la agencia judicial, ésta legítima lo actuado, admite un proceso (o sea, el avance de

de encierro: mayor cantidad de internos por celda, problemas de higiene, posibles peleas entre internos, entre otras situaciones.

En este sentido, entiendo que se deben tomar medidas para evitar que la publicación de noticias, que no son inocentes y tienden a desinformar, generen consecuencias para los derechos ciudadanos.

Deberíamos debatir si necesitamos sancionar una ley que no solo enumere taxativamente cuales son los supuestos en los que los periodistas incurren en un abuso de este derecho, sino además crear un órgano autónomo y autárquico, cuya misión se centre en analizar las consecuencias de la actividad de los medios de comunicación y de los periodistas. Así, cerciorado el abuso de este derecho, el órgano dispondrá la creación de una Comisión –para el caso en concreto– en la que participen periodistas matriculados y ciudadanos. Algo así como un jurado escabinado, haciendo un paralelismo entre el mixtión de profesionales –periodistas matriculados– y legos –o ciudadanos–. Reviste fundamental importancia la participación de la ciudadanía, pues según la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la sociedad la que debe observar cuidadosamente el ejercicio de la libertad de expresión⁽³⁵⁾. Así, ante un dictamen favorable, se aplicarán las sanciones que se estipulen por ley.

El problema con este planteo radica en establecer *¿cual será el parámetro para considerar que una noticia es pasible de algún tipo de responsabilidad en los términos del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y del artículo 19 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos?*

El criterio que se fije deber tener un amplio consenso general y debe estar guiado por una sola noción: la verdad, pero no aquella entendida como una relación de conocimiento que se establece entre un sujeto cognoscente y el objeto conocido, o a conocer transcendente a él⁽³⁶⁾, concepto que está conformado por un componente subjetivo (verdad real o material), sino más bien a la verdad como sinónimo de la realidad. Para ello, es menester contar con datos empíricos. En este sentido, por ejemplo, si estadísticamente (empíricamente) se demuestra que en la Argentina hay una tasa de 5,1 % de homicidios dolosos (tasa cada 100.000 habitantes del año 2019), que es menor a la tasa promedio mundial (también del año 2019), pero las noticias insisten con remarcar que se vive en una ciudad en la que prácticamente te matan por cualquier cosa, podríamos preguntarnos si no se trata de una noticia que no solo desinforma, sino que también infunde un

una serie de actos secretos o públicos para establecer si realmente ha realizado esa acción), se discute públicamente si la ha realizado y, en caso afirmativo, admite la imposición de una pena de cierta magnitud que, cuando es privativa de la libertad ambulatoria de la persona, es ejecutada por una agencia penitenciaria (prisionización).

(35) (García Ramírez et al., 2007: 20).

(36) (Maier, 2016: 798).

temor y crea una realidad paralela que no es tal. Considero que estas son las noticias tendenciosas que exceden la buena información.

Es lógico que sigan la línea editorial que más los beneficie y publiciten noticias conforme a sus intereses⁽³⁷⁾. Lo que de ningún modo puede ocurrir es la divulgación de noticias que no se condicen con la realidad, con los datos.

La libertad de expresión es imprescindible, pero de ninguna manera, so pretexto de violar la libertad de expresión, se puede permitir que se afecten los derechos de otros ciudadanos o se altere el orden público. Ese debe ser el límite.

No es algo nuevo este control. En varios países existe lo que se llama “Consejo de la Prensa”. Por ejemplo, en Perú, este consejo es una asociación civil sin fines de lucro, no gubernamental y sin afiliación partidaria, dedicada a la defensa de la libertad de expresión y a la promoción del ejercicio ético.

Es cierto, también, que los medios de comunicación necesitan de los poderes del Estado. Ya sea para promover -y en su caso sancionar- proyectos de ley afines a sus intereses, como así también para aplicarlas. Por ello, las propuestas que aquí se sugieren también deben abarcar a los poderes del Estado. Es que se trata de un mecanismo en donde los medios de comunicación necesitan de los políticos y de los jueces afines, y a su vez los políticos y los jueces afines necesitan de estos medios de comunicación.

En lo que hace a la relación entre el Poder Judicial y los medios de comunicación, se evidencian dos principales problemas: la judicialización de sus intereses y la presión a los jueces.

En cuanto al primer problema, se está observando que los medios masivos de comunicación están judicializando sus asuntos. La ley esta siendo utilizada para conseguir lo que desean.

También se da que los magistrados son *linchados mediáticamente*, y más aún cuando deben tomar decisiones que afectan los intereses de las corporaciones. Se los exhibe en los noticiosos, los estereotipan y se los condiciona a resolver conforme a esos intereses, ya que de lo contrario serán enemigos de la sociedad. Los jueces temen al linchamiento mediático de los monopolios, lo que incide en el aumento de la prisionización. Principalmente repercute en el instituto de la presión preventiva.

Para estas situaciones fue que se pensó el artículo 72, inciso “e” de la “Ley de Organización y Competencia de la Justicia Federal con asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en las Provincias” o más conocido como proyecto de Reforma Judicial,

(37) Si bien es cierto que los medios de comunicación terminan siendo quienes en definitiva dan a conocer la noticia, no se me escapa que este mecanismo implica una conjunción entre distintos grupos de poder (medios de comunicación, poder legislativo, poder judicial y grupos económicos).

cláusula introducida por la Comisión de Justicia y Asuntos Penales y ubicada en el título IV "Reglas de Actuación".

Concretamente, dice: "los jueces y las juezas de todos los fueros con jurisdicción federal con asiento en las provincias y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, deberán dar estricto cumplimiento a las reglas de actuación que a continuación se indican, en el desarrollo de la función judicial que le ha sido encomendada:... e) **"Comunicar en forma inmediata al Consejo de la Magistratura de la Nación cualquier intento de influencia indebida, en sus decisiones por parte de personas, grupos de poder, miembros del Poder Judicial, Ejecutivo o Legislativo, amistades o grupos de presión de cualquier índole, y solicitar las medidas necesarias para su resguardo. La influencia indebida no requerirá contenido económico para configurarse..."**".

Este inciso fue modificado durante su debate, ya que el texto original mencionaba explícitamente a los poderes políticos, económicos y mediáticos.

Con la sanción de este inciso en particular, el Estado Nacional tomó el camino de visibilizar un problema que no es nuevo, que los Jueces pueden sufrir presiones de parte de grupos de poder, entre los que se encuentran los medios de comunicación.

Además, le da a los magistrados una herramienta de defensa "la inmediata notificación al Consejo de la Magistratura que tomará las medidas necesarias para su resguardo".

Por último, permite reflexionar que no solo los protagonistas tradicionales del proceso (juez, fiscal, defensa, entre otros) pueden incidir en la sentencia, sino que además hay que contemplar la posibilidad de que esa decisión haya sido influenciada por estos grupos. Nuevamente, se afecta el normal desenvolvimiento de este poder.

En definitiva, esta cláusula constituye un avance importantísimo para evitar que los Jueces tomen decisiones en base a presiones externas.

Para el supuesto del Poder Legislativo, lo más lógico sería regular el lobby⁽³⁸⁾ político. Claro está que hay algunos políticos que son afines a los totalitarismos financieros y medios de comunicación. Es notorio, que desde la crisis del 2001 a la fecha hayan sido presentados más de 25 proyectos destinados a regular la actividad del lobby en el Congreso de la Nación Argentina, pero ninguno de estos se ha convertido en ley hasta ahora. Sería interesante, de una vez por todas, adoptar este camino para darle una mayor transparencia a las decisiones que se toman en ese recinto. Poder entender el motivo por el cual un legislador fomentó o no la sanción de una determinada ley. Lo hizo conforme a su ideología -y las de sus votantes- o fue conforme a intereses corporativos.

(38) El término lobby se puede traducir como grupo de presión y se refiere a aquellos colectivos que intentan influir sobre los representantes políticos.

En este sentido fue que se dictó, en el ámbito del Poder Ejecutivo, el decreto 1172/03 “Acceso a la información pública”, publicado el día 4 de Diciembre del año 2003. A través de esta norma la Administración Pública Nacional procura dar publicidad a los actos de gobierno. Cobra particular importancia, en relación a la ausencia de una ley nacional de lobby y para el objeto de este estudio. Dicho instituto establece la obligación de los funcionarios de registrar públicamente las audiencias que mantienen con ciudadanos en materia de gestión de intereses, es decir, cuyo objeto consiste en influir en el ejercicio de sus funciones y/o decisiones⁽³⁹⁾.

En todo caso, el control de estos funcionarios (tanto del Poder Ejecutivo como del Poder Legislativo) será electoral, ejercido por la ciudadanía, a través del voto popular.

Conclusiones

En este breve artículo intentamos explicar cuales son las técnicas que utilizan los medios de comunicación (consistentes en crear realidades paralelas, manipular, infundir temor, entre otras), las que, vale aclarar, aunque no tienen fines conspirativos, sí transforman a la política en un verdadero show, en la que los políticos o telepolíticos⁽⁴⁰⁾ toman “decisiones” (sancionan leyes), y repercuten en la política criminal.

Decisiones que lejos de traducirse en la mera expansión y extensión punitiva teórica, tienen consecuencias reales. Por un lado, en aquellas personas que tendrán contacto con el sistema punitivo (mayor criminalización secundaria, deterioro en la salud por condiciones de detención –ya sea eventual o por tiempo prologando–.) como también en aquellas que, si bien realmente no tienen contacto directo con la cuestión criminal, se ven presas del temor al que condiciona la realidad paralela creada y difundida.

Ante ello, se impone tomar medidas tendientes a evitar que estas falsas noticias, *fake news*, que generan consecuencias negativas, se pasen por alto, como si se tratase de un simple error de comunicación. Para ello, y entendiendo que es necesario garantizar la libertad de prensa, se invita a reflexionar sobre la posibilidad de un control posterior de la información, para, con información real, contrarrestar los efectos negativos de la mala información. Además, resulta imperioso transparentar la participación ciudadana en el ámbito legislativo. Se debe crear, de una vez por todas, un registro de audiencias, de acceso público, para que los ciudadanos puedan conocer si un determinado legislador esta fomentando la sanción de una ley por intereses.

En definitiva, estas propuestas tienen como intención mitigar los daños ya causados por las *fakes news*, que la sociedad no este condicionada a vivir la realidad que los tota-

(39) (Araujo et al., 2009: 11).

(40) (Zaffaroni, 2011: 402).

litarismos financieros y los medios de comunicación plantean de acuerdo a sus intereses, y que las instituciones funcionen de acuerdo al espíritu para las que fueron creadas, en protección de los intereses de la sociedad y no de grupos de poder a los que solo les interesa sus beneficios económicos.

Referencias

- Alagia, Barresi, Ciarniello, Espina, Gusis, Slokar, Vacani y Zaffaroni**, 2021, "Penas ilícitas y hermenéutica penal", (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar).
- Araujo, María Fernanda y braguinsky, Eugenia**, 2009, "Apuntes para una definición del lobby y la gestión de intereses en Argentina", (Buenos Aires: Fondo Regional para la promoción de la transparencia).
- Caimari, Lila**, 2004, "Apenas un delincuente. Crimen, castigo y cultura en la Argentina, 1880-1955", (Buenos Aires: editorial Siglo veintiuno).
- Costa, Jean Paul, Mugueta García y López Jacoiste** (trad.), "La Libertad de Expresión según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo".
- Fuentes Osorio, Juan L.**, 2005, "Los medios de comunicación y el derecho penal", Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología.
- García Ramírez, Sergio y Gonza, Alejandra**, 2007, "La Libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", (México).
- Goffman**, citado en **Varona Gómez**, 1974, "Frame anylisis: An essay on the organization of experience".
- Gusis, Gabriela y Vega, Pablo D.**, en **Zaffaroni** (Dir.)/ **Vacani** (Coord.), 2012, La Medida del castigo, (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: editorial Ediar).
- Inchausti, Miguel Á.**, en **Dálessio/ Bertolino** (Directores), 2006, "Libertad de prensa y delitos contra el honor", Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, editorial LexisNexis.
- Maier, Julio B.J.**, 2016, "Derecho Procesal Penal. Fundamentos", (Buenos Aires: editorial Ad-Hoc).
- Martín, Adrián M.**, en **Dálessio/ Bertolino** (Directores), 2006, "Tendencia expansionista de un sistema penal autoritario. Un análisis del agravante prevista en el art. 189 bis, acáp 2 párr 8º Cpen. (según ley 25886)", Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, editorial LexisNexis.
- Sartori, Giovanni**, 1998, "Homo videns. La sociedad teledirigida", (Buenos Aires: editorial Taurus).
- Spee, Frederich**, en **Zaffaroni** (Dir.), 2017, **Cautio Criminalis** (Cautela Criminal), (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: editorial Ediar).
- Soto Navarro, Susana**, citado en **Varona Gómez**, 2005, "La influencia de los medios en a percepción social de la delincuencia".
- Varona Gómez, Daniel**, 2011, "Medios de comunicación y punitivismo", InDret Revista para el análisis del Derecho.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia Alejandro y SLOKAR, Alejandro, "Derecho Penal. Parte General", (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: editorial Ediar).

Zaffaroni, Eugenio Raúl, 1998, "En busca de las penas perdidas", (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: editorial Ediar).

Zaffaroni, Eugenio Raúl, 2011, "La Palabra de los muertos. Conferencias de Criminología Cautelar", (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: editorial Ediar).

Zaffaroni, E. Raúl y DIAS DOS SANTOS Ílison, 2019, "La nueva crítica criminológica", (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: editorial Ediar).

Zaffaroni, E. Raúl (coord), 2020, "Morir de cárcel. Paradigma jushumanistas desde el virus de nuestros tiempos", (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: editorial Ediar).

Zaffaroni, Raúl E., 2020, "Penas ilícitas. Un desafío a la dogmática penal", (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: editorial editores del sur).

<https://www.ppn.gov.ar/index.php/estadisticas/boletines-estadisticos/2957-boletin-estadistico-ppn-n-19> (disponible al 30/04/2021).

https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informe_sneep_argentina_2019.pdf (disponible al 30/04/2021).

<https://www.argentina.gob.ar/seguridad/estadisticascriminales> (disponible al 30/04/2021).

<https://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/global-study-on-homicide.html> (disponible al 30/04/2021).

<https://estadisticascriminales.minseg.gob.ar/reports/Informe%20Nacional%20Estadisticas%20Criminales%202019.pdf> (disponible al 30/04/2021).

NAYLA SANTISTEBAN*

Persecución judicial, garantías penales y opinión pública: un análisis sobre las causas judiciales contra Cristina Fernández de Kirchner durante el período 2015-2019

Introducción

Durante los años 2015 y 2019 nuestro país vivió una serie de acontecimientos que implicaron una nueva configuración en la convivencia democrática.

Mediante los medios de comunicación, parte del poder judicial y sectores del oficialismo se comenzaron a iniciar múltiples campañas mediáticas que desembocaban en causas penales. Siempre dirigidas contra una serie de personas que habían pertenecido a la fuerza política saliente. Pero, sin dudas, existió una decisión de confrontar y acusar Cristina Fernández. Por supuesto, no de forma azarosa, ella es la política más importante de nuestro país y la responsable directa de un montón de medidas políticas que marcaron un antes y un después en la sociedad.

Fue así como asistimos a excavaciones en propiedades en el primer time, allanamientos transmitidos en vivo, ocho citaciones a indagatorias en un mismo día, distintas causas con mismo objeto procesal, etc.

Estas acciones fueron parte de una serie de embates judiciales que se dirigieron contra la ex presidenta. Mediante esta ponencia se busca reflexionar sobre el *lawfare*, la cobertura de los medios de comunicación y la vulneración de garantías penales como ejes constitutivos del *lawfare*.

(*) Abogada Universidad de Buenos Aires-Miembro del Instituto de Políticas Públicas de Seguridad y Justicia (IPPSEJU)

Aproximaciones sobre el lawfare

A partir de los últimos acontecimientos jurídicos, tanto a nivel regional, como nacional, es posible encontrar diversos conceptos de *lawfare*.

En su aspecto más general, se lo describe como un método de guerra en el que la ley se utiliza como un medio para lograr un objetivo militar. Este término fue acuñado por primera vez por el coronel Charles Dunlap, en un artículo del 2001⁽¹⁾

Rafael Bielsa y Pedro Peretti desarrollaron una definición teniendo en cuenta los objetivos “...*Designa el uso legítimo que puede hacer el Poder Judicial del Derecho nacional o internacional con el objetivo de dañar a un oponente, en la lucha para obtener determinado objetivo político, como la exclusión de cargos públicos...*” (BIELSA PERETTI: 2019:13).

Por su parte, Óscar Laborde, hace hincapié en el los actores políticos en disputa “...*las derechas de nuestra región lo han adoptado en los últimos años como mecanismo predilecto para derrotar gobiernos populares y denostar a sus dirigentes, con el objetivo de suplantarlo en el gobierno, encarcelarlos o por lo menos desprestigiarlos cruelmente. Y en esta guerra hacen uso indebido de instrumentos jurídicos para fines de persecución política, destrucción de imagen pública e inhabilitación de un adversario político...*”⁽²⁾

Haciendo hincapié en los efectos Cristina Caamaño sostuvo “...*tiene como efecto inminente un notorio debilitamiento de la democracia y la consolidación de un liderazgo mediático-político que deja a la ciudadanía vulnerable ante los deseos de las potencias económicas mundiales y los grandes grupos económicos...*” (ZAFFARONI CAAMAÑO VEGH WEIS:2020:63)

Asimismo, Valeria Vegh Weis, expresa “...*Se trata de una modalidad específica de la selectividad penal que se manifiesta a través de la manipulación del sistema mediático-judicial a iniciativa o con el soporte de los poderes corporativos nacionales y globales en un proceso de dos dimensiones. Por un lado, se procura la muerte política y jurídica de dirigentes progresistas a través de la presentación y diseminación de diversas denuncias penales, aún cuando los/as acusados/as no hayan cometido delitos. Por otro lado, se procura salvar de esa misma muerte política y jurídica a dirigentes funcionales al capitalismo financiero, aún cuando sí los hayan cometido...*”⁽³⁾

Por último, resulta oportuno traer a consideración la declaración judicial de Cristina Fernández. En el marco del juicio por obra pública en la provincia de Santa Cruz, la actual vicepresidenta, explicó lo que a su entender constituye el *lawfare* “...*Todo esto tuvo un*

(1) <https://harvardnsj.org/2012/04/offensive-lawfare-and-the-current-conflict/>

(2) <https://www.pagina12.com.ar/86842-la-guerra-juridica-o-lawfare>

(3) <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/09/doctrina89569.pdf>

claro intento que fue demonizar un proyecto político a través de las causas judiciales, es el lawfare, esto es el lawfare y la matriz que caracteriza las causas que se me siguen siempre es la misma. Inicio e impulso de causas por parte de adversarios políticos ampliamente difundidos por la prensa dirigentes políticos de la oposición que fueron oposición durante los 12 años de nuestros gobiernos van a los medios son impulsados por los medios para denunciar..." ⁽⁴⁾

Ahora bien, de las diferentes definiciones expuestas, pueden identificarse una serie de elementos en común, que durante los años 2015-2019 fueron parte de nuestra realidad jurídica-política. A su vez, se transformaron en elementos característicos de una época.

Criminalización: existe una clara intención de perseguir judicial y mediáticamente a dirigentes políticos que durante el ejercicio de sus funciones llevaron a cabo cierto tipo de medidas de gobierno.

Judicialización: esta criminalización sólo puede hacerse efectiva a través de la realización de múltiples denuncias penales donde los "empresarios morales" se encargan de constituir el nuevo perfil del delincuente.

Mediatización: el proceso de criminalización y judicialización se consolida a partir de la conformación de un sentido común en donde los medios de comunicación hegemónicos (televisión, radios y redes sociales) forman la opinión pública

Durante esos años, nuestro país asistió a una serie de medidas que en el plano económico, político y social tuvieron efectos muy regresivos y perjudiciales en tanto rol del Estado y acceso a derechos. Mientras el gobierno y los medios de comunicación centraban la atención diaria en criminalizar opositores políticos en paralelo se dolarizaron las tarifas de agua y luz, se despidió a miles de trabajadores del Estado, se implementó una reforma previsional que implicó un recorte en los haberes jubilatorios y una feroz represión policial, se eliminaron las restricciones en el mercado cambiario, se nombraron dos jueces de la Corte Suprema por decreto y se volvió a pedir a endeudar al país ante el Fondo Monetario Nacional. En decir, sin una agenda mediática en donde el *lawfare* tuvo la centralidad de la opinión pública, no hubiera sido posible la aplicación de un plan económico que implicó la reducción del Estado y una profunda transferencia de capitales a los monopolios financieros.

Mentira la verdad: sobre la criminología mediática

Durante los años aquí analizados coexistió una relación entre operadores judiciales y corporaciones comunicacionales. El fin de esta alianza, fue moldear a la opinión pública, y para ello de forma cotidiana y repetitiva se transmitía el mismo contenido e información a través de la televisión, la radio y las redes.

(4) https://www.youtube.com/watch?v=BEKNJyk53ZE&ab_channel=CristinaFern%C3%A1ndezdeKirchner

En este sentido, existió una constante y abundante cobertura mediática sobre todo tipo de decisión judicial que afectaba o implicaba a la ex presidenta. Se televisaron medidas de prueba en su contra como allanamientos y excavaciones en terrenos privados.

Uno de los momentos más lamentables del *lawfare* y la persecución mediática fue cuando una señal televisiva y sus “periodistas” difundieron conversaciones privadas entre Cristina Fernández y Oscar Parrilli. Las mismas eran producto de escuchas realizadas por orden judicial y de ninguna manera deberían haber sido difundidas en los medios de comunicación.

Respecto al rol de los medios de comunicación considero necesario mencionar lo expuesto por Eugenio Raúl Zaffaroni y Matias Bailone en *Delito y Espectáculo: La criminología de los medios de comunicación*⁽⁵⁾: “...*El sistema mediático posee entonces cuatro características centrales: tiene la capacidad de fijar los sentidos e ideologías del imaginario social dominante, se apropia de los diferentes léxicos sociales para neutralizar su capacidad crítica, celebra y exalta la vida del mercado y del neoliberalismo económico, y está comprometido con «el control selectivo de las informaciones y opiniones, a través de la interdicción, silenciamiento y estigmatización de ideas antagónicas, del mismo modo que en la descontextualización intencional de noticias...*”

Al respecto, considero necesario mencionar dos características que permitieron el desarrollo del *lawfare* en nuestro país: la capacidad de fijar sentidos e ideologías en el imaginario social dominante y el control selectivo de las informaciones y opiniones mediante la descontextualización de las noticias.

Eugenio Zaffaroni junto a Ilson Dias Dos Santos, en “La Nueva Criminología Crítica” sostiene que “...Con razón se ha dicho que es un error llamar hoy a los medios de comunicación el cuarto poder, cuando en realidad serían el segundo poder; el primero; el primero es el financiero, y apenas el tercero el político, con sus leyes y estructuras...” (ZAFFARONI DIAS DOS SANTOS:2019:115)

Sobre a la capacidad de fijar sentidos, mediante el poder que ejercen los medios, resulta interesante observar la cobertura mediática de las diferentes causas penales contra la ex presidenta y ex funcionarios:



☰ 🔍 Clarín Política Suscribirse por \$30 Ingresar

Análisis

¿Por qué no está Cristina Kirchner en el juicio de La Ruta del Dinero K?

La ex presidenta y su familia están relacionadas directamente con Lázaro Báez y sus negocios.

https://www.clarin.com/politica/cristina-kirchner-juicio-ruta-dinero_0_Zxn44G7Lq.html

(5) http://www.matiabailone.com/wp-content/uploads/0006-BAILONE-ZAFFARONI_massmaedia-2.pdf

INFOBAE

Cristina Kirchner 2017: ¿presa o candidata?

La ex Presidente afronta un escenario complejo, en el que convive con la política y el avance de las causas judiciales que la involucran



Por **Fabián Doman**
18 de Septiembre de 2016



<https://www.infobae.com/politica/2016/09/18/cristina-kirchner-2017-pres-a-o-candidata/>



Corrupción K

Los 28 empresarios y ex funcionarios de Cristina Kirchner que recibieron el Año Nuevo presos

Son dirigentes y empresarios vinculados al kirchnerismo que están alojados en las cárceles de Ezeiza y Marcos Paz.



https://www.clarin.com/politica/28-empresarios-ex-funcionarios-cristina-kirchner-reciben-ano-nuevo-presos_0_WRCyu96O9.html

Sobre el impacto mediático de las noticias Cristina Caamaño sostiene: “...Ella opera siempre de la misma manera: se introduce en la opinión pública el título impactante de una noticia, conteniendo siempre palabras que la opinión pública recepta en forma absolutamente negativa (“corrupción”, “malversación” o “defraudación” puede ser útiles para dicha función). Esta noticia se difunde a través de los medios hegemónicos, sin importar si hay o no medios base probatoria (de eso se tendrán que ocupar los operadores judiciales).” (ZAFFARONI CAAMAÑO VEGH WEIS:2020: 65)

Otro aspecto que resulta interesante es reflexionar sobre cómo, el vocabulario fue adquiriendo otro sentido. Frases relacionadas con la corrupción, la delincuencia, rutas del dinero, robos de PBI, y ex funcionarios, fueron parte del vocabulario habitual del *lawfare*.

Profundizando el análisis es necesario retomar las ideas de Zaffaroni y Dias Dos Santos sobre las técnicas de la publicidad antipolítica: “...En la creación mediática de la realidad

se utilizan refinadas técnicas de manipulación, ahora para estigmatizar a la política como sucia, corrupta y peligrosa, en tanto que los autócratas del totalitarismo financiero y los políticos afines a este se presentan como no políticos y poco menos que virginales..." (ZAFFARONI DIAS DOS SANTOS:2019:11)

Al respecto, el discurso antipolítico estuvo muy presente durante el gobierno de Cambiemos. Es decir, mientras el gobierno y el poder judicial motorizaban causas penales contra opositores, desde el oficialismo se instaló un discurso público en donde la lucha contra la impunidad y la corrupción eran los lemas principales. El mismo Presidente, atentando contra la independencia judicial, hizo declaraciones públicas donde afirmaba que desde el Ejecutivo iban a iniciar juicio político a aquellos magistrados que demoren las causas que investiguen delitos vinculados a la corrupción.⁽⁶⁾

"Preguntas tienen que contestar ustedes no yo"

Resta analizar las consecuencias jurídicas y políticas de la implementación del *lawfare* durante el periodo 2015-2019.

Desde el plano político, resulta oportuno vincular la guerra judicial llevada contra Cristina Fernández y los momentos seleccionados por el establishment para avanzar judicialmente contra ella. La idea es reflejar una serie de acciones que sin duda implicaron una afectación contra las más elementales garantías que en cualquier estado de Derecho deberían permanecer inalterables.

Consecuencias políticas

Durante el año 2017 Argentina atravesó un proceso electoral en el cual se definían representantes del Poder Legislativo. El día 13 de agosto se realizaron las PASO (Primarias Abiertas Simultáneas y Obligatorias) mediante las cuales se elegirían los candidatos de cada partido, previo a las elecciones del 22 de octubre.

Para esas elecciones Cristina decidió conformar una coalición denominada "Unidad Ciudadana" y presentarse como primera candidata a senadora por la Provincia de Buenos Aires. En la plataforma electoral de esa fuerza se encontraban ideas vinculadas con la protección de la industria nacional, la recuperación del empleo, el salario y las condiciones de trabajo, frenar el endeudamiento externo, etc.

En contraposición, el Pro, por entonces oficialismo, decidió presentar en la Provincia de Buenos Aires a Esteban Bullrich que ocupaba el Ministerio de Educación.

(6) <https://www.perfil.com/noticias/politica/Macri-Todos-tienen-que-saber-que-no-hay-mas-impunidad-20160707-0002.phtml>

Pese al intento del gobierno de ocultar los resultados provisorios de las PASO a fines de agosto del 2017 se determinó que Cristina había sido quien obtuvo la victoria electoral en la Provincia de Buenos Aires. Su fuerza obtuvo el 34,27 por ciento contra la del oficialismo que logró el 34,06. ⁽⁷⁾

Fue en este contexto electoral donde a principios de octubre de 2017 el Juez Claudio Bonadio citó a indagatoria a la ex presidenta y a un conjunto de ex funcionarios en la causa por el Memorandum con Irán. La misma sería el 26 de octubre 4 días después de la realización de las elecciones generales legislativas. Es decir, en una clara afectación a la convivencia democrática, la Justicia decidió citar a declarar a la principal referente opositora del país durante el desarrollo de una campaña y proceso electoral.

Al respecto, la ex presidenta denunciaba: *"...Hoy Argentina asiste a un gran show político, mediático y judicial digitado desde el Gobierno, que consta de dos claros objetivos: Por un lado, atemorizar a cualquier dirigente opositor que intente oponerse a esta segunda fase de ajuste y embestida contra los derechos de los trabajadores. Por otro, distraer a la ciudadanía argentina imponiendo una agenda judicial, mientras se implementan en el plano económico y político las distintas reformas anunciadas días atrás contra los trabajadores, los jubilados y la sociedad en general. Finalmente, reafirmar que nunca nos opusimos ni nos opondremos a que se realicen todas las investigaciones judiciales necesarias a los funcionarios públicos, sean del anterior o del actual gobierno, en el marco del debido proceso y del respeto a las garantías constitucionales, propias de un verdadero Estado de Derecho..."*⁽⁸⁾

Sobre la persecución judicial, Eugenio Raúl Zaffaroni y Matías Bailone en *Punitivos y Derechos Humanos* sostienen: *"...Se observa, en consecuencia, que por efecto del punitivismo (expansión horizontal y extensión vertical) aumenta el ejercicio del poder punitivo, tanto para las clases subalternas de toda sociedad (los de alto estado de vulnerabilidad) como para los que confrontan con el poder (políticos, periodistas, dirigentes sindicales, contestatarios, denunciantes, etc.) y para los perdedores en luchas hegemónicas (distintos competidores, financistas fracasados, banqueros desplazados, etc.)..."*

Consecuencias jurídicas

Para finalizar, resulta necesario reflexionar sobre las implicancias del avance del *lawfare* en detrimento del Estado de Derecho en nuestro país. Este avance podría medirse en términos de afectación al debido proceso y a las garantías constitucionales.

Cristina Caamaño realiza una clara descripción al respecto: *"...Durante estos últimos años ha florecido en América Latina una especie de congelamiento de garantías constitu-*

(7) <https://www.pagina12.com.ar/59748-al-final-aquellos-festejos-eran-puro-globo>

(8) <https://www.cfkargentina.com/unidad-ciudadana-esta-en-riesgo-la-democracia-argentina/>

cionales protagonizada por un sector judicial minoritario, con apoyo sustancial de los medios de comunicación hegemónicos, vinculado fielmente a una parcialidad política y cuya evidente finalidad se enfoca solo a la persecución de gobiernos nacionales y populares...” (ZAFFARONI CAAMAÑO VEGH WEIS:2020:65)

Teniendo en cuenta el aspecto jurídico, no puede obviarse la clara afectación de garantías que existió durante todo el transcurso de la persecución política sufrida por Cristina Fernández. En este sentido, puede mencionarse una violación a las garantías constitucionales del juez imparcial y la denominada garantía del juez natural.

Respecto a la imparcialidad, es necesario recordar, que la gran mayoría de causas contra Fernandez eran siempre sorteadas para que intervenga el mismo juzgado. El magistrado interviniente, Claudio Bonadio, en varias oportunidades y apariciones públicas, expreso su opinión negativa sobre Cristina Fernández.⁽⁹⁾ Este tipo de expresiones son causales de recusación que en si bien la defensa de la ex presidente planteo en varias oportunidades las mismas no fueron receptadas.

Vinculado a la garantía al juez natural es necesario detenerse en los sorteos donde siempre era seleccionado el mismo tribunal. Al respecto, el periodista Horacio Verbitsky, le consulto al matemático Adrian Paenza sobre las probabilidades matemáticas de que las causas que tenía Cristina Fernández terminen cayendo en uno de los doce juzgados de Comodoro Py. La respuesta fue abrumadora: *“...Dice Paenza entonces que por un lado quiere contar de cuántas formas posibles puede terminar el sorteo, es decir, si el sorteo fuera lo que debe, verdaderamente aleatorio y al azar y no estuviera todo arreglado. Ahí hay 61.917.364.224 posibles resultados. Por otro lado quiero contar cuántas posibilidades hay de que esa particular situación, que de los 10 casos 9 caigan en un mismo juzgado predeterminado: esas posibilidades son 110. Las probabilidad entonces se calcula dividiendo los casos favorables, que 9 caigan en un juzgado, en el de (Claudio) Bonadio y el restante en otro, sobre los posibles, que son todas las posibles distribuciones, entonces el resultado se obtiene dividiendo 110 sobre 61.917.364.224 y eso da 0,00000000177%. Algo así como 2 posibilidades cada mil millones...”*.⁽¹⁰⁾

Otra situación que refleja las implicancias del *lawfare* es el análisis de la cantidad de indagatorias a las que fue citada Cristina Fernández. Es interesante mencionar que la indagatoria, es la primera oportunidad que tiene el imputado de ser escuchado. Se encuentra su regulación en el artículo 294 del Código Procesal Penal de la Nación.

La misma consiste en una exposición de los hechos mediante un relato o a partir de un interrogatorio. Asimismo, la persona puede negarse a declarar sin que esto implique

(9) https://tn.com.ar/politica/bonadio-ahora-nadie-viene-patear-la-puerta-del-juzgado_655444/ <https://www.cfkargentina.com/recusacion-a-bonadio-por-la-causa-dolar-futuro/>

(10) <https://www.perfil.com/noticias/politica/calculo-matematico-que-hizo-adrian-paenza-horacio-verbitsky-sobre-cristina-kirchner-y-claudio-bonadio.phtml>

una presunción en su contra. Este acto procesal es sumamente importante ya que, se vincula con el derecho a ser oído durante el proceso y a su vez es la oportunidad más apropiada para que se ejercite la defensa material en todo sentido.

En este sentido, el derecho a ser oído se encuentra regulado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 8.1: "... Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter..." Asimismo, esta norma es receptada por la nuestra Constitución en el artículo 75 inciso 22.

Teniendo en cuenta la trascendencia de este acto de defensa y los compromisos internacionales mencionados es que resulta necesario mostrar cómo esta garantía judicial fue avasallada mediante el *lawfare*.

Contrariamente a lo expuesto es oportuno mencionar lo sucedido el 25 de febrero del 2019, día en que Cristina Fernández fue citada por Claudio Bonadío a declarar por ocho indagatorias consecutivas. Ese mismo día, casualmente, hubiera sido el cumpleaños de Néstor Kirchner.

Resulta obvio deducir que difícilmente una persona pueda ejercer una defensa técnica efectiva teniendo que presentarse por ocho hechos diferentes en un mismo día. Esta situación, totalmente inédita en Comodoro Py, sólo puede explicarse a través de la persecución judicial vivida por Fernández.

En este sentido, en el escrito presentado por la ex presidenta se hace referencia a la persecución y ensañamiento: "... *En el día de la fecha he sido convocada a prestar declaraciones indagatorias múltiples y simultáneas, en ocho supuestas investigaciones judiciales. Así, y en una suerte de función de cine continuado, se pretende hacerme responsable, una vez más, de la misma presunta asociación ilícita por la cual ya estoy siendo investigada ante otro Juzgado de este fuero y ante dos Tribunales Orales. Indudablemente, se trata de un hecho inédito en los anales de la jurisprudencia, que puede comprenderse en el marco de una persecución y ensañamiento al que sólo se atrevieron gobiernos totalitarios en tiempos en que el Estado de Derecho se encontraba suspendido. Aunque debo reconocer que en términos cinematográficos, esta película merecería recibir un Oscar por su originalidad...*"⁽¹¹⁾

Sobre la afectación de garantías procesales y persecución política Eugenio Zaffaroni y Matías Bailone en "Punitivismo y Derechos Humanos" sostienen:

"...A medida que se resiente la relativa imparcialidad de los jueces –conforme al derecho que va sufriendo el Estado de derecho-, disminuyen las garantías procesales, poniéndose de manifiesto que muchos habitantes de nuestra región –incluyendo a líde-

(11) <https://www.cfkargentina.com/escrito-presentado-el-25-de-febrero/>

res y dirigentes políticos y comunitarios- ven violado su derecho humano a un proceso equitativo. Llama la atención la reiterada aparición de jueces mediáticos y de otros, que responden a directivas del poder político de turno, como la reaparición del fenómeno de los presos políticos, en función de prisiones preventivas arbitrarias...”

Conclusión

Para finalizar me gustaría hacer propias las palabras de Graciana Peñafort en el Coheche a la luna en la nota “Elige tu propia aventura (judicial)”: “...Cuento esta historia con dolor, porque mi amigo Héctor se murió y no puedo pedirle las disculpas en persona. Y también la cuento con esperanza. Que llegue la luz a los sótanos de la democracia, ahí donde se arman estas operaciones. Y que el *lawfare* se acabe para siempre. Porque de las tantas enseñanzas que me deja lo que acabo de escribir, una es que un país con un Poder Judicial que aplique las leyes y con un periodismo que no se pliegue a las operaciones de los que están en contra de los intereses de país es el camino para ser una Argentina “socialmente justa, económicamente libre y políticamente soberana.” Eso salva vidas y dignidades. “Nunca más. Nadie más”...”⁽¹²⁾

Referencias

- Bielsa Rafael y Peretti Pedro** (2019), *Lawfare* Guerra Judicial-Mediática, Ariel, Buenos Aires
- Caamaño Cristina, Vegh Weis Valeria, Zaffaroni Raul**, (2021) Bienvenidxs al *lawfare*. Manual de Pasos Básicos Para Demoler el Derecho Penal
- Dunlap C. J.** (2001), *Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21 Century Conflicts*”
- Howard Becker** (2009) *Hacia una sociología de la desviación*
- Vegweis, Valeria** (2021) El *lawfare* como golpe por goteo. Un análisis desde la criminología crítica sobre democracia, sistema penal y medios en Latinoamérica. En *Revista de Pensamiento Penal*, septiembre de 2021, No.403.
- Zaffaroni, Raúl, Dias Dos Santos, Ílison** (2019) *La nueva crítica criminológica: criminología en tiempos de totalitarismo financiero* (CABA: Ediar)

(12) <https://www.elcoheteealaluna.com/elige-tu-propia-aventura-judicial/>

VALERIA VEGH WEIS*

El *lawfare* como golpe por goteo

Un análisis desde la criminología crítica sobre democracia, sistema penal y medios en Latinoamérica**

Introducción

Los medios de comunicación concentrados y también los independientes; la oposición y el oficialismo; Argentina, Brasil, Bolivia, Perú y muchos otros países de la Patria Grande. La palabra "*lawfare*" circula cotidianamente. Pero, ¿de qué se trata?, ¿cuáles son sus características?, ¿de dónde surge el término?, ¿por qué usamos un anglicismo en Latinoamérica?, ¿es un fenómeno nuevo? ¿cómo se combate? Estas preguntas demandan ser contestadas desde una perspectiva amplia e interdisciplinaria que convoque a las distintas aristas que atraviesan el fenómeno. Desde esa visión, este artículo propone ahondar en la criminología y trabajos clave como los de Stanley Cohen y Jonathan Simon, así como en el derecho penal, el derecho procesal penal y los análisis sobre medios de comunicación y geopolítica para elaborar una visión comprensiva del llamado "*lawfare*".

Particularmente, el artículo se enmarca en la llamada "criminología crítica", una escuela surgida en los años 70 en forma simultánea en Europa, Estados Unidos y América Latina. En los tres lugares se crearon asociaciones de criminólogos críticos que advirtieron que si se quería entender realmente el delito y el castigo había que analizar al sistema capitalista de producción, las peleas de poder e incluso el colonialismo y la desigual distribución de recursos entre el norte y el sur global. El *lawfare* no escapa a la necesidad de este abordaje complejo. La criminología crítica abocada al análisis

(*) Docente de Criminología (Facultad de Derecho, UBA y Universidad Nacional de Quilmes). Investigadora Posdoctoral (Konstanz Universität). Investigadora Asociada (Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory, Alemania).

(**) El presente artículo fue publicado en la *Revista Pensamiento Penal*, (2021), N° 403, disponible en: www.pensamientopenal.com.ar

de este fenómeno va a preguntarse por una diversidad de cuestiones, inclusive de: ¿qué significa el concepto?; ¿cuál es el vínculo con la corrupción?; ¿qué imagen tiene la gente de a pie cuando piensa en corrupción?; ¿siempre hubo corrupción y ahora se le presta más atención o es un fenómeno nuevo?; ¿hay causas de corrupción contra miembros de todos los partidos políticos o particularmente contra los de un signo político?; ¿a quiénes beneficia local y globalmente dar tanta centralidad a estas acusaciones?; ¿por qué se usa el derecho penal para investigar estos hechos?; ¿hay alternativas más efectivas como, por ejemplo, tratar los casos con la justicia civil y que se logre la devolución de lo supuestamente mal habido?; ¿sirve de algo poner gente presa para frenar la corrupción?

Buscando algunas respuestas a estas preguntas, la segunda parte de este artículo aborda el origen del término *lawfare* y brinda precisiones terminológicas elaboradas en el Norte global, principalmente en los Estados Unidos, como así también aquellas propuestas desde el Sur global, particularmente desde Latinoamérica. La tercera parte explora las distintas aristas que abre el *lawfare* con relación a la democracia, el sistema penal y los medios de comunicación en Latinoamérica. Ello incluye el análisis sobre qué constituye delito, cómo influye la geopolítica y la influencia norteamericana, los vínculos entre acusaciones de corrupción y la agenda neoliberal, el rol de los medios concentrados y los poderes judiciales, y los límites del castigo como solución a problemas sociales estructurales. Finalmente, el artículo cierra con reflexiones acerca de qué hacer frente al *lawfare*, proponiendo el desarrollo de una “criminología cautelar popular” como mecanismo preventivo, antipunitivo y democratizador del saber legal.

Origen y precisiones terminológicas sobre el *lawfare* en el Norte y el Sur global

Antes de que comenzara el nuevo siglo, dos coroneles chinos, Qiao Liang y Wang Xiangsui, publicaron el libro *Unrestricted Warfare* (1999). Allí planteaban que la guerra en el sentido bélico tradicional no alcanzaba en la nueva configuración geopolítica, por lo que proponían entonces tres dimensiones más sutiles de la guerra que no precisan de misiles. Argumentaban por una “guerra psicológica” orientada a la transformación de las emociones y la influencia en la psiquis de la población: la “guerra mediática” para lograr el control de la opinión pública y la “guerra judicial” a los efectos de criminalizar la disidencia. Casi contemporáneamente, un coronel de la fuerza aérea norteamericana, Charles Dunlap, se centró particularmente en la dimensión jurídica de la guerra y propuso un neologismo bajo el nombre de “*lawfare*”, contracción de los términos anglófonos “*law*” (ley) y “*warfare*” (guerra). Con este término, Dunlap caracterizó a que la forma bélica del siglo XXI estaba intrínsecamente ligada al “uso de la ley como arma de guerra” o, en otras palabras, que el *lawfare* constituye “un método de guerra donde la ley se usa como un medio de realizar un objetivo militar” (2001: 2).

Dunlap argumentó que el *lawfare* era un producto del “hiperlegalismo” utilizado por terceros países y por la comunidad internacional para desprestigiar las intervenciones de los Estados Unidos en el exterior, poniendo en riesgo la seguridad nacional. Más precisamente, el Coronel sostuvo que el origen del *lawfare* comenzó en la reacción internacional frente a los bombardeos en Kosovo y Serbia por la OTAN en 1999. Fue entonces, argumentaba Dunlap, que los medios de comunicación y la comunidad internacional empezaron a utilizar el lenguaje legal, especialmente el derecho internacional de los derechos humanos, para deslegitimar la intervención militar y el rol de los Estados Unidos. A partir de allí, el término *lawfare* fue aplicado extensamente durante la administración del presidente norteamericano George W. Bush y adjudicado a “actores débiles” que aprovechaban “foros internacionales, procesos judiciales y el terrorismo para socavar a los Estados Unidos” (Carter, 2005). Dice Dunlap:

“¿Está el *lawfare* convirtiendo a la guerra en algo injusto? En otras palabras, ¿está el derecho internacional socavando la capacidad de Estados Unidos para realizar intervenciones militares efectivas? ¿Se está convirtiendo en un vehículo para explotar los valores estadounidenses de manera que realmente aumenten los riesgos para los civiles? En resumen, ¿se está convirtiendo la ley en un problema en la guerra moderna en lugar de ser parte de la solución?” (2001: 1)

En la misma línea, Jack Goldsmith (2002) argumentaba que “varias naciones, ONG, académicos, organizaciones internacionales y otros actores en la comunidad internacional están tejiendo una red de derecho internacional e instituciones que hoy amenazan los intereses del gobierno de Estados Unidos”. Igualmente, Christi Bartman describió el *lawfare* como “la manipulación o explotación del sistema legal internacional para complementar objetivos militares y políticos” (2010: 3-4). Sin embargo, años después, Dunlap (2009) rearmó su conceptualización originaria y argumentó que el *lawfare* es en verdad una herramienta neutral que incluso podría ser utilizada por los Estados Unidos en su defensa exterior. En este sentido, Dunlap propone definir el *lawfare* como “la estrategia de usar (o incluso mal usar) la ley como sustituto de los medios militares tradicionales para lograr un objetivo operativo” y propone su utilización tanto como respuesta a las campañas de guerra del “enemigo” que intentan deslegitimar los objetivos y las intervenciones bélicas norteamericanas, como para expandir y legitimar los fines bélicos en sí mismos (Ansah, 2010).

Más recientemente, otros autores continuaron con esta línea que aborda el *lawfare* en sus dos dimensiones. Desde Inglaterra, Orde Kittrie (2016) argumenta que el *lawfare* ha adquirido dos formas diferenciadas. Por un lado, el “*lawfare* instrumental” se refiere al uso instrumental de herramientas legales para obtener los mismos o similares efectos a esos obtenidos tradicionalmente mediante la intervención militar tradicional. Por otro lado, está el “cumplimiento-aprovechamiento del *lawfare* dispar” que se refiere al uso de la ley para ganar ventajas en el conflicto armado tradicional, particularmente a través del derecho de guerra. La autora argumenta que, hasta ahora, Estados Unidos ha sido mayormente una víctima del *lawfare*. Incluso, la reticencia a ratificar tratados internacionales

y a ser miembro de la Corte Penal Internacional obedece, según Kittrie (2016), al temor norteamericano frente a la comunidad internacional y al uso del derecho internacional como arma de denuncia en su contra. En este sentido, recuerda Kittrie que, bajo el gobierno de George W. Bush, los Estados Unidos buscaron incluso mermar el rol de la Corte Penal Internacional a través de los llamados "acuerdos del artículo 98", firmados con más de cien países que se comprometieron de este modo a no aceptar la jurisdicción de la Corte con relación a imputados norteamericanos. Sin embargo, argumenta la autora, el *lawfare* también puede consistir en crear leyes nacionales habilitando juicios contra grupos terroristas y sus financistas, entre otras modalidades que podrían beneficiar la política de seguridad nacional norteamericana.

Por su parte, John Comaroff se apegó a la primera concepción de Dunlap, entendiendo el término *lawfare* desde una perspectiva negativa pero ya no en función de los intereses norteamericanos sino como una herramienta enmarcada en la dinámica geopolítica dominada por el imperialismo y el poscolonialismo. Desde esta visión, Comaroff (2001) definió al *lawfare* como "el recurso a instrumentos legales, a la violencia inherente a la ley, para cometer actos de coerción política". Junto a Jean Comaroff, años más tarde, volvió a analizar el término, al que entonces describieron como el uso por parte del imperialismo de "sus propios códigos penales, sus procedimientos administrativos, sus estados de emergencia, sus estatutos y mandatos y órdenes judiciales, para disciplinar a sus súbditos mediante una violencia legible y legal" (2007: 144). De todos modos, los autores marcan que el *lawfare* puede también convertirse en "un arma de los débiles, tornando la autoridad en contra de sí misma y demandando recursos, reconocimiento, voz, integridad y soberanía en los tribunales" (2007: 145).

En esta línea, Hedi Viterbo resume las dos visiones contrapuestas del término. Por un lado, como ley del imperio, el *lawfare* implica el despliegue de la ley por parte de los Estados más poderosos en el marco de la planificación, ejecución y legitimación de sus polémicos objetivos militares. En este sentido, el *lawfare* puede operar en reemplazo de la guerra tradicional o como soporte de esta. Por otro lado, el *lawfare* del derecho internacional de los derechos humanos involucra los intentos de individuos, organizaciones liberales de derechos humanos y otras entidades políticas de aprovechar la ley para restringir o reprimir las políticas y prácticas estatales violentas.

La pregunta subsiguiente es: ¿cómo se produce la transferencia normativa (Duve, 2018) de este concepto creado y pensado en el Norte global hacia Latinoamérica, donde no hay actualmente guerras o procesos militares entre Estados? Sin perjuicio de la ausencia de guerras entre países, sí es posible identificar en nuestro continente dinámicas en las que la ley se utiliza en clave bélica para justificar el avasallamiento al estado de derecho dentro de las fronteras de cada Estado. Lo que es más, así como en el plano internacional el *lawfare*, al menos en una de sus concepciones, viene a reemplazar o, subsidiariamente, a reforzar el uso directo de la fuerza militar, en Latinoamérica el *lawfare* parece reemplazar, siempre que el juego de fuerzas lo haga posible,

el rol de los golpes militares tradicionales. De este modo, causas penales impulsadas en el marco de gobiernos democráticos sirven para deslegitimar y sacar del juego a dirigentes políticos opositores sin necesidad de llegar a un estado de no derecho. En palabras de Bielsa y Peretti:

“Los magistrados han sido cooptados en reemplazo de los militares, que ya estaban demasiado desacreditados a los ojos de la población por su protagonismo en materia de violación a los Derechos Humanos durante las dictaduras. Lo nuevo no es la irrupción de los jueces en el ámbito de la política (judicatura y política no necesariamente son conceptos que se excluyen), sino el desenfado y el protagonismo que adquiere la camarilla judicial. Esto es lo novedoso... El poder real ya no necesita más a los Jorge Rafael Videla (1925-2013). Ni a los Humberto de Alencar Castelo Branco (1897-1967), aquel mariscal que en 1964 usurpó el gobierno en Brasil. Ahora los suplantán con jueces como Sergio Moro”. (2019: 12)

Es más, particularmente los elementos propuestos en *Unrestricted Warfare* (1999) parecen clave al momento de analizar las realidades latinoamericanas y el uso bélico del derecho dentro de marcos democráticos. La “guerra psicológica” toma forma en la insistencia en grietas o divisiones dicotómicas entre posiciones políticas simplificadas (populismo vs. antipopulismo) o entre oposición y oficialismo (kirchnerismo vs. antikirchnerismo, PT vs. anti-PT). La “guerra mediática” adquiere dimensiones exacerbadas a partir de la problemática concentración de medios (Estepa y Maisonnave, 2020). Finalmente, la “guerra judicial” pone sobre relevo que se trata de un poder no democrático que, en la región, está particularmente exento de control cívico, que ha actuado como legitimador de dictaduras militares⁽¹⁾ y como protagonista de procesos destituyentes (Zanin *et al.*, 2019) y que no ha experimentado la transformación posdictatorial que sí moldeó a los poderes Ejecutivo y Legislativo de nuestros países, principalmente a través de los mecanismos de control cívico de antecedentes (Centro de Estudios Legales y Sociales [CELS], 2016).

Desde este marco, algunas definiciones terminológicas articuladas desde nuestro Sur incluyen la de Rafael Bielsa y Pedro Peretti, quienes describen al *lawfare* como “el uso ilegítimo que puede hacer el Poder Judicial del derecho nacional o internacional con el objetivo de dañar a un oponente, en la lucha para obtener determinado objetivo político, como la exclusión de una candidatura a cargos públicos”. Agregan los autores que se trata de “una distorsión en la aplicación de la ley ejecutada por jueces al servicio del poder político-económico-mediático, que persigue a los opositores al modelo de apropiación inequitativa” (2019: 12). Maximiliano Rusconi (2019) señala que se trata de la violación de las garantías procesales y una aplicación de la selectividad penal en un grado aún mayor que el presente en el sistema penal ordinario para la persecución de

(1) Ver, por ejemplo, www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-acordada-sobre-reconocimiento-gobierno-provincial-nacion-fa30996876-1930-09-10/123456789-678-6990-3ots-eupmocsollaf

gobiernos caracterizados por una mayor sensibilidad social. Graciana Peñafort, letrada de Héctor Timmerman en la causa sobre el Memorándum con Irán en la Argentina y otros expedientes catalogados como "*lawfare*", define el término como "la persecución política que utiliza la ley como herramienta y que, además de la ley, requiere de los medios de comunicación para la instalación. Tiene, además del persecutorio, efecto psicológico sobre la política" (Fontevecchia, 2020). Por su parte, desde Brasil, Azar y Tavares da Motta (2020) proponen definirlo como "la manipulación de los institutos jurídicos y del propio Poder Judicial para obtener resultados en la esfera política (y) llevar la disputa política más allá de las urnas".

Construyendo sobre estos precedentes, es posible sugerir que si bien siguen vigentes formas de destrucción física individual de disidentes políticos como en el caso de Mariele Franco en Brasil (Miranda, 2019) e incluso golpes militares tradicionales como ocurrió en Bolivia (Yasenza, 19/11/2019), estas opciones operan en forma subsidiaria al mecanismo de *lawfare*. En otras palabras, el *lawfare* sustituye el uso directo de la fuerza y la "muerte física" como opción principal y, en cambio, opera a nivel institucional con miras a la "muerte jurídica y política" del o la disidente. La "muerte política" procura erosionar la imagen pública y caudal electoral del perseguido/a judicialmente, deslegitimarlo/a y convertirlo/a en los causantes de todos los males del país, siendo el caso de Cristina Fernández de Kirchner en Argentina por demás elocuente ("Después del sobreesimiento en "dólar futuro", qué causas tiene Cristina Kirchner y en qué estado se encuentran", 2021). La "muerte jurídica" busca inhabilitar al perseguido/a de la posibilidad legal de participar en política, tal como exponen los casos de Amado Boudou en Argentina o Evo Morales en Brasil ("Amado Boudou: "Me gustaría que se revierta la imposibilidad de ejercer cargos públicos", 2021; "Un tribunal rechaza el pedido de habilitar la candidatura de Evo Morales al Senado", 2020). En casos extremos, esta muerte jurídica puede incluso precisar de cárcel efectiva de dirigentes políticos de renombre, como enseñan el caso de Ignacio "Lula" da Silva en Brasil o el de Milagro Sala en Argentina (CELS, 2021; Santoro y Tavares, 2019; Tribunal Superior Eleitoral [TSE], 2018).

Hay tres aspectos particularmente interesantes que surgen de esta conceptualización. En primer lugar, en tanto la muerte política y jurídica buscan influenciar disputas políticas y electorales concretas delimitadas en el tiempo, no precisan de una condena firme. Lo relevante es sacar del juego político a dirigentes clave en momentos políticos decisivos (una votación clave en el parlamento, un momento de convulsión social, una elección). En este sentido, una nulidad o revocación posterior de una sentencia condenatoria no afecta la buena salud del *lawfare*. En segundo lugar, se advierte que el *lawfare* no solo afecta a la persona específicamente identificada como objetivo, sino que opera como espada de Damocles para disciplinar a todos y todas aquellas que procuran continuar una línea ideológica similar. En tercer lugar, al tratarse una muerte (incluso si es política y jurídica), cabe identificar a los verdugos. En este caso se trata de un complejo de verdugos en franca asociación ilícita (Zaffaroni *et al.*, 2020).

Estos verdugos tienen eje en el Poder Judicial que actúa “por las buenas”, ya sea por ímpetu propio o por promesas de cargos, promociones, contratos u oficinas, o “por las malas” con amenazas de juicio político u obstrucción de ascensos. Sin embargo, la actuación del Poder Judicial necesariamente se entrelaza con otros actores, incluidos los servicios de inteligencia, generalmente concebidos como auxiliares de justicia a disposición de la orden de turno, y el poder corporativo o poder real a nivel local y global. Ellos son los principales beneficiarios de que el país asuma un rumbo político alineado con la agenda neoliberal y de que se interrumpan programas orientados a la justicia social que implican “gasto” fiscal y reforzamiento de la soberanía nacional. En este sentido, los intereses norteamericanos han sido siempre clave en el destino de la política latinoamericana. En palabras de Rusconi (2019), “el derecho penal disciplina (...) bajo el mismo patrocinio regional de los EEUU, a los procesos políticos. Nunca más gobiernos de centroizquierda o de impronta popular’, sería la consigna no escrita de cada expediente penal en trámite”. Finalmente, el poder mediático concentrado tanto en su forma tradicional (televisión, radio, diarios) como a través de las redes sociales, son un verdugo clave. Sin los medios, la denuncia que da pie al *lawfare* no sería más que una anécdota en tribunales. Los medios son los que hacen de esa denuncia un “pánico moral” (Cohen, 2001) que llega a toda la ciudadanía. Los hechos y la suerte del proceso son transmitidos bajo las palabras y conceptualizaciones de los comunicadores que devienen en traductores monopólicos y único puente entre un Poder Judicial aislado y una ciudadanía privada del servicio de justicia.

Otro aspecto central del *lawfare* que muchas veces pasa desapercibido es que este se entrama en la selectividad general del sistema penal. El mecanismo selectivo es aquel que opera en la jurisdicción ordinaria a través de, por un lado, leyes, policías, poderes judiciales y sistema penitenciarios que priorizan la criminalización de pobres jóvenes, sin perjuicio de que los delitos perpetrados sean actos toscos contra la propiedad o vinculados al consumo o microtráfico de estupefacientes con leve o nulo daño social (sobrecriminalización). Por otro lado, el mecanismo selectivo implica que estas mismas leyes, policías, poderes judiciales y sistema penitenciarios minimizan o excluyen la criminalización de personas poderosas o con mayor estatus social, sin perjuicio de que los delitos perpetrados sean actos lesivos con gran impacto social tales como endeudamiento nacional con malversación de fondos, privatización de espacios públicos a través de negociaciones incompatibles o delitos ambientales (infracriminalización) (Vegh Weis, 2017).

El *lawfare* no escapa a estas dinámicas de sobre e infracriminalización. A través de la sobrecriminalización, el *lawfare* busca la muerte política y jurídica de dirigentes progresistas. La persecución contra Lula es quizás el ejemplo por excelencia de “*lawfare* por sobrecriminalización”. Se abusó del derecho penal con tipos penales abiertos y una sentencia que logró inhabilitarlo jurídicamente de participar en política y que incluso logró privarlo de su libertad física. Se abusó del derecho procesal penal mediante el *forum shopping*, la pri-

sión preventiva ilegítimamente utilizada, las escuchas telefónicas ilegales, la valorización arbitraria de la prueba y la violación de las comunicaciones. Se abusó de la criminología mediática mediante la utilización de medios de comunicación y redes sociales para adjudicarle un delito sin evidencias, desacreditando su imagen pública y su carrera política. En resumen, mediante el “*lawfare* por sobrecriminalización” se aplicó el derecho penal, el derecho procesal penal y la criminología en forma desproporcionada respecto de los daños sociales falsamente atribuidos al expresidente para atentar contra su vida política y jurídica.

En contraposición, el “*lawfare* por infracriminalización”, más usualmente inadvertido en los análisis político-legales, busca salvar de la muerte política y jurídica a los dirigentes políticos funcionales al poder económico real. Continuando con el caso de Brasil, este concepto evidencia que el *lawfare* no terminó con la nulidad de las causas que originalmente ocasionaron la sobrecriminalización de Lula, sino que continúa en la infracriminalización del juez Sergio Moro y del propio presidente Jair Bolsonaro, involucrado en el armado de las causas contra Lula. La situación en Argentina guarda líneas similares en tanto, incluso cuando expedientes armados contra Cristina Fernández de Kirchner como la llamada causa “dólar futuro” son archivadas (cfr. Vegh Weis, 13/04/2021) e información clave sobre los articuladores judiciales (conocidos como “mesa judicial”) sale a la luz, el “*lawfare* por infracriminalización” permite que los actores impulsores de la sobrecriminalización permanezcan indemnes al poder punitivo (cfr. “Persecución a Indalo: el método de Ercolini y Hornos para complacer intereses ajenos”, 2021). En esta lógica se inscriben las causas contra dirigentes alineados con la agenda neoliberal, sin perjuicio de los grandes daños sociales en los que hubieran incurrido, como muestran los casos del Correo Argentino o deuda externa contra el expresidente Mauricio Macri (cfr. Lijalad, 2021).

Asentadas las características principales del *lawfare* en Latinoamérica, cabe analizar aquellos conceptos en el idioma castellano susceptibles de reemplazar el anglicismo “*lawfare*”, particularmente el término “guerra judicial” y “golpe blando”. El primero resulta problemático desde las lecciones aprendidas de los organismos de derechos humanos en la Argentina. Es que en la última dictadura cívico-militar (1976-1983) se utilizó el término “guerra sucia” para dar cuenta de la existencia de dos bandos beligerantes, de algún modo equivalentes. Sin embargo, no existía una confrontación igualitaria entre organizaciones de izquierda y militares, sino una situación de terrorismo de Estado dirigido por los segundos para aniquilar a las primeras. En igual sentido, tampoco existen dos bandos igualitarios en la Latinoamérica del presente. En cambio, el *lawfare* cuenta con el respaldo de poderes corporativos y mediáticos monopólicos, embajadas y servicios de inteligencia. En una situación geopolítica global en la que estos poderes concentrados son crecientemente superiores, incluso que los Estados (Davis *et al.*, 2015), se evidencia que sus capacidades no pueden ser equiparadas a las que puedan detentar dirigentes progresistas, ni siquiera cuando se encuentran en ejercicio del gobierno.

Por su parte, el concepto de “golpe blando” o “golpe mediático-legal” es más claro, aunque no da cuenta de las situaciones en las que el *lawfare* se utiliza contra dirigentes que no se encuentran en el gobierno (por ejemplo, Milagro Sala), mientras que, asimismo, puede generar la idea equivocada de que el mecanismo tiene necesariamente lugar en un momento específico (el golpe) a través de una denuncia particularmente explosiva. En cambio, en la mayoría de los casos, lo que ocurre es que diversas denuncias y acusaciones van erosionando a través del tiempo la vida política y jurídica del dirigente o la dirigente atacada (como evidencia el caso de Cristina, con más de una decena de denuncias acumuladas). En este sentido, un concepto relevante que puede enriquecer el término en discusión es la noción de “goteo”. Zaffaroni explica que los genocidios y masacres no ocurren únicamente a partir de la aniquilación masiva de grupos determinados en momentos de no derecho, sino que también tienen lugar en contextos democráticos a partir del accionar cotidiano de las fuerzas de seguridad contra las poblaciones marginalizadas. En sus palabras:

“A diferencia de las que hemos visto y que ocupan a los internacionalistas, [las masacres por goteo] no produce todas las muertes juntas, pero las van produciendo día a día (...) El ejemplo más claro de esto lo tenemos en la violencia que padece hoy México, donde la masacre por goteo está derivando en una masacre ordinaria, con un número de cadáveres muy alto”. (Zaffaroni, 2011: 306-307)

En sentido similar, es posible proponer que los golpes blandos también ocurren por “goteo”, es decir, a través de la acumulación cotidiana de noticias, denuncias y testimonios por una diversidad de hechos que coinciden en atacar a un o una dirigente determinada. El “golpe por goteo” tiene la particularidad de que no precisa acusaciones particularmente sólidas, sino que se construye a partir del goteo de pequeños casos que pueden incluso consistir en acusaciones frías, sin evidencia, presentadas a pesar de la certeza de la imposibilidad jurídica de que se avance en un procesamiento. De esta forma, el golpe por goteo, a través de la presentación de una multiplicidad de causas y denuncias, permite no solo abrumar a la ciudadanía con una abundancia de datos difíciles de procesar y comprender, sino crear asimismo la sensación de que, de una u otra forma, es imposible que con todas esas causas en juego no haya al menos una que sea “verdad”. A la vez, el golpe por goteo permite que, incluso cuando algunas de las causas se desestimen o declaren nulas, haya muchas otras cartas en juego que permitan continuar con la maniobra mediático-judicial.

¿Qué es entonces el *lawfare* o golpe por goteo? Se trata de una modalidad específica de la selectividad penal que se manifiesta a través de la manipulación del sistema mediático-judicial a iniciativa o con el soporte de los poderes corporativos nacionales y globales en un proceso de dos dimensiones. Por un lado, se procura la muerte política y jurídica de dirigentes progresistas a través de la presentación y diseminación de diversas denuncias penales, aun cuando los/as acusados/as no hayan cometido delitos. Por otro lado, se procura salvar de esa misma muerte política y jurídica a dirigentes funcionales al capitalismo financiero, aun cuando sí los hayan cometido.

Puntos que abre el *lawfare*, o golpe por goteo, con relación a la democracia, el sistema penal y los medios en Latinoamérica

Todo preso es político

Esta frase de la banda de rock Patricio Rey y Sus Redonditos de Ricota⁽²⁾ permite describir con claridad el primer punto que abre el golpe por goteo. Se trata de exponer que, si bien desde los albores del derecho moderno, la ley se presenta como objetiva, racional y avalorativa, en realidad representa un catálogo de valores y decisiones político-legales en un lugar y tiempo determinado. Un ejemplo claro es cómo una misma conducta como consumir marihuana para uso personal constituye delito en ciertos estados de los Estados Unidos y no en otros. Cruzando una avenida o ruta, la misma conducta pasa de ser una acción legal a un delito, evidenciando que no acarrea un mal intrínseco, sino que su valorización legal depende de decisiones de política criminal discrecionales. La misma situación se repite con relación a la interrupción voluntaria del embarazo (Vegh Weis, 2021b).

En similar sentido, el golpe por goteo expone que los jueces no son dioses imparciales o meros aplicadores racionales de la ley, sino portavoces de decisiones jurisdiccionales que avalan o desacreditan determinadas interpretaciones de la ley. Ello tiene mucha vinculación con los medios concentrados de comunicación que transmiten que "la Corte Suprema confirma una sentencia o dice que tal es culpable" como una verdad absoluta, omitiendo los intereses políticos y las posiciones ideológicas detrás de cada pronunciamiento jurisprudencial. Es más, ello no se limita a las "causas políticas" con funcionarios o dirigentes involucrados. Toda decisión de los jueces es política incluso en casos nimios como el hurto. Un juez puede decidir que la persona hurtó por necesidad y que entonces no merece castigo porque existe una afectación a la culpabilidad (ver, por ejemplo, el concepto de culpabilidad por vulnerabilidad en Zaffaroni, 2007) y otro puede decir que se afectó la propiedad privada y que nada justifica ese accionar, procediendo a condenar al imputado (Vegh Weis & White, 2020).

En términos del golpe por goteo, esta aplicación valorativa de la ley se refleja en el mal uso del derecho penal y procesal penal. En el primero, el mal uso se evidencia en la aplicación de tipos penales abiertos (por ejemplo, asociación ilícita, traición a la patria, abuso de poder), en la aplicación extensiva de los tipos penales (en desmedro del principio de legalidad) y en la expansión de la autoría y las asignaciones de responsabilidad en la cadena jerárquica gubernamental (en detrimento del principio de culpabilidad y el derecho penal de acto) (Zaffaroni *et al.*, 2020).

En el terreno procesal, el golpe por goteo y la discrecionalidad en la aplicación de la ley se evidencian en la alteración de las reglas de la competencia y la garantía de juez

(2) La frase pertenece a la canción "Todo preso es político" –incluida en el disco *Un baion para el ojo idiota* (1988)– y se puede escuchar en: www.youtube.com/watch?v=KegVwSIS44U

natural (*forum shopping*); en el uso de la figura de arrepentido (no para buscar la verdad, sino para culpar al objetivo de la persecución penal) y de escuchas telefónicas y demás órdenes invasivas del ámbito privado sin orden judicial o usadas en causas en las que no fueron ordenadas (para humillar y no para esclarecer los hechos); en el (ab)uso de la prisión preventiva por causas no previstas legalmente como los vínculos residuales (incluso en causas que dependían mayormente de evidencia escrita e incluso de documentos públicos, y no de testigos); y/o en la valoración de prueba endeble (por ejemplo, copias de cuadernos en la causa contra Fernández de Kirchner, o la invocación de convicciones en lugar de evidencias en el caso contra Lula). Como resume Rusconi (2019), lejos de un derecho y un sistema judicial objetivo, el *lawfare* muestra la manipulación selectiva de la dogmática y el derecho procesal penal. Como sostiene el autor:

“Se requiere un Estado dispuesto a realizar las tareas de inteligencia ilegal, monopolios comunicacionales encargados de darle apariencia de legitimidad al origen de la información, fiscales y jueces con doble vara, aceptación generosa de la información que llega sorpresivamente y de modo anónimo, un uso indiscriminado de la prisión preventiva, multiplicación hasta el infinito de las mismas imputaciones para lograr que ‘toque’ un juez dispuesto a asociarse a la persecución (*forum shopping*), un Poder Ejecutivo que de modo descarado estipule la agenda de los jueces y fiscales dóciles, organismos institucionales plegados a dicha estrategia como acusadores, consejos de la magistratura que protejan a los jueces socios y apliquen correctivos a los jueces independientes, defensores oficiales que hagan la vista gorda, legisladores ‘barulleros’ que ayuden al clima protector de los que se suman a la persecución ilegítima, una embajada poderosa que contribuya al ‘protectorado’”. (2019: párr. 13)

Sin perjuicio de estos avasallamientos al Estado de derecho, el golpe por goteo abre posibles discusiones de relevancia para nuestras democracias. En un reflejo de lo ocurrido en la Argentina con la ley de medios (Guzmán, 2017), la puesta en evidencia del golpe por goteo abre la posibilidad de desmentir la visión objetiva y avalorativa del derecho y clarificar frente a la ciudadanía el rol político, discrecional y selectivo ejercido por la ley y los sistemas de justicia, como base para el cambio.

Geopolítica y neoliberalismo: los intereses norteamericanos en Latinoamérica

Esta mirada más amplia del *lawfare* como parte del sistema penal más general permite asimismo vislumbrar que no se trata de un fenómeno local sino regional y que, en tono con la selectividad penal, afecta mayormente a dirigentes de un cierto lado del espectro político en momentos electorales clave. Los ejemplos incluyen a: Cristina Fernández de Kirchner, acusada en diez causas penales en Argentina en momentos electorales clave; la destitución parlamentaria de Dilma Rousseff en Brasil y la detención preventiva de Lula justo antes de las elecciones nacionales; la persecución penal a Rafael Correa en cuanto dejó la casa de gobierno; las denuncias contra el hijo de la expresidenta de Chile

Michelle Bachelet por tráfico de influencias; las causas penales contra Evo Morales y sus funcionarios/as; la destitución y las acusaciones de nepotismo y sobrepagos contra Fernando Lugo en Paraguay; el aval de la Corte Suprema a la destitución del jefe de Estado Manuel Zelaya en Honduras; los ataques por el caso "Odebrecht" que terminaron en la renuncia del presidente del Perú, Pedro Pablo Kuczynski; y los embates incesantes y acusaciones de corrupción contra el presidente de Venezuela Nicolás Maduro, entre otros (cfr. Estepa y Maisonnave, 2020).

El común denominador es la "lucha contra la corrupción", 'asociaciones ilícitas', etc. La construcción de un discurso, de un relato, cohesionado, unificado en cada uno de los trámites y en diversos países" (Rusconi, 2019). ¿Es que la corrupción surgió y se extendió por toda América Latina en el mismo momento y justo cuando gobiernos progresistas estaban en el poder, terminaban su mandato o lideraban encuestas electorales? ¿Es que de pronto en toda América Latina se expandió espontáneamente un compromiso militante contra la corrupción?

En juicio político al presidente y nueva inestabilidad política, Aníbal Pérez-Liñán (2009) presenta información del Foreign Broadcast Information Service que colecta las noticias en medios de comunicación de todos los países de América Latina. Los datos muestran que, a comienzos de los 80, solo había once informes de corrupción en América Latina pero que apenas diez años más tarde el número llegó súbitamente a doscientos. ¿Entonces sí aumentó la corrupción? No parece. Este aumento "no prueba que la corrupción se haya vuelto más amplia; muestra, de hecho, que las acusaciones en los medios se han vuelto más frecuentes", dice Pérez-Liñán. Es decir, que estos procesos no son arbitrarios, sino que, en línea con el Plan Cóndor en la década del 70, comparten "un contenido dominante, fomentado y favorecido por el país bélicamente más poderoso del planeta, los Estados Unidos", orientado hacia gobiernos de determinado espectro político (Bielsa y Peretti, 2019: 18).

Efectivamente, el rol de la corrupción comunicado como un gran problema regional tiene como marco los planes de ajuste y privatización impulsados por las instituciones financieras internacionales (FMI, BM, BID) y organismos bilaterales estadounidenses en América Latina (USAID). En los documentos de evaluación de los países conteniendo "recomendaciones" y en los procesos de formación de líderes locales a través de "buenas prácticas", estos organismos incluyen:

"... el relato de la 'corrupción' como un mal propio (inevitable) de lo público y del Estado. Esta corrupción debe ser extirpada del Estado apelando entonces a las del sector privado (eficiencia y transparencia) para desplazar la "lógica" de lo público, asociada al derroche y a la mala gestión de "los políticos" (léase: militantes, funcionarios con trayectoria en partidos políticos), apostando a la formación de técnicos (supuestamente apolíticos)". (Romano, 2019)

En este marco se inscriben las recomendaciones sobre reformas de justicia como parte de la batalla contra la "ineficiencia del Estado" y la persecución judicial por "corrupción"

de aquellos dirigentes que propiciaron políticas intervencionistas y de ampliación del Estado en contra de las instrucciones de “eficiencia” y privatización (Romano, 2019). El gobierno norteamericano en particular ha tendido a la expansión de la Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) como pilar de su política exterior, pese a que no necesariamente la aplica fronteras adentro (Koehler, 2015).

Claro que el poder del norte no opera solo, sino que, como aclara Zaffaroni (2019a), el *lawfare* es el resultado de la combinación de intereses de los poderes financieros internacionales y locales. Esta mixtura entre injerencia norteamericana e intereses locales pudo observarse claramente en el caso contra Lula. Conversaciones filtradas por *The Intercept* dieron cuenta de la colaboración entre Sergio Moro y funcionarios estadounidenses, lo que se evidenció en la normativa en la que se inscribió la causa: la FCPA. Efectivamente, la causa contra Lula tiene sus orígenes en un proceso iniciado por el Departamento de Justicia norteamericano contra la corporación transnacional brasileña Odebrecht en diciembre de 2016 por obras realizadas en territorio estadounidense. En ese marco, Estados Unidos pidió la colaboración de los tribunales en aquellos países latinoamericanos donde la compañía había realizado obras (Brasil Wire, 2018). Por su parte, en Argentina, el cable 1222 de *Wikileaks* puso en evidencia una reunión entre el entonces jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Mauricio Macri, y personal de la Embajada de Estados Unidos, en la que estos últimos criticaron la desestimación de los cargos penales presentados contra Luis D’Elía, quien luego sería encarcelado en causas enmarcadas como *lawfare* (Estepa y Maisonnave, 2019).

En fin, todo lo analizado no desmiente que la corrupción sí es un problema sistémico de nuestra región y del planeta (Zaffaroni *et al.*, 2020). Pero aquí no se trata de crear un mundo mejor sino de decisiones geopolíticas diseñadas desde el Norte global en conjunción con el poder real local para utilizar las acusaciones contra los díscolos regionales de la agenda neoliberal.

El *lawfare* como estrategia de gobernabilidad

El alcance regional del fenómeno y las acusaciones de corrupción discrecionales no como fin, sino como excusa en el marco de una agenda geopolítica global coadyuvan a comprender al golpe por goteo como una “estrategia de gobernabilidad”. Este concepto fue propuesto por el criminólogo crítico norteamericano y profesor de la Universidad de Berkeley Jonathan Simon. El profesor advierte que, desde los años 70, operó un cambio en la política estadounidense (y del mundo) en el que la agenda de justicia social (distribución de la riqueza, acceso a la educación y la salud) fue desplazada con el argumento de una “emergencia” (el aumento del delito). No se trataba de que efectivamente hubiera una emergencia o un real aumento del delito común, sino de infundir miedo y un sentimiento de inseguridad (Kessler, 2009) para llevar a cabo políticas neoliberales de ajuste bajo la cortina de la pelea contra el delito. Simon agrega que la “guerra contra el delito” tuvo la particularidad de otorgar poder concentrado al Ministerio Público de la Fiscalía: “la guerra

contra el delito ha transformado a los fiscales estadounidenses en un importante modelo de autoridad política, al tiempo que les ha otorgado una enorme jurisdicción sobre el bienestar de las comunidades con poca atención a la falta de responsabilidad democrática” (Simon, 2007: 33). Los fiscales aparecieron desde entonces como representantes del interés cívico y de las víctimas, y como los grandes contrincantes morales de los acusados, poniendo en juego las garantías constitucionales que protegen a estos últimos.

En el *lawfare*, el delito específico que se usa para gobernar bajo el paradigma neoliberal mientras se mantiene obnubilada a la población bajo falsas emergencias es la corrupción. Aquí también la resolución de la emergencia se pone en manos de jueces y fiscales estrella en el fuero federal. Es decir, en el golpe por goteo, la estrategia se redirige específicamente al delito de corrupción como mecanismo para aislar moralmente a los acusados y acusadas, poner al Poder Judicial como representante legítimo de los intereses ciudadanos a los que se les “está metiendo la mano en el bolsillo” y crear una cortina mediática para correr el eje mientras medidas orientadas a imponer la agenda neoliberal en desmedro de la justicia social pasan desapercibidas.

En fin, mientras Simon nos advirtió sobre el uso del delito común como estrategia de gobernabilidad en el siglo pasado, hoy toca llamar la atención sobre el uso de acusaciones sobre delitos de cuello blanco de políticos adversarios como estrategia de gobernabilidad en el siglo XXI. Es decir que el *lawfare* aparece bajo los ropajes de la lucha contra la corrupción, pero constituye en realidad una estrategia de gobernabilidad para disciplinar a las dirigencias de nuestra región en nombre de la transparencia y los valores ciudadanos.

Criminología mediática e *influencer* para poner el sello de “corrupto/a”

Sin perjuicio de la complejidad geopolítica y normativa de los procesos descriptos, los medios de comunicación concentrados abordan la temática prescindiendo de los saberes penales y criminológicos. Siguiendo una agenda corporativa que muchas veces los y las excede, los y las comunicadores (y no los/as expertos/as) son quienes indican quién es el delincuente, qué es delito y qué castigo se necesita. De esta forma, voluntaria o involuntariamente, los medios reafirman ideas distorsionadas sobre el delito y el castigo dándolas como verdad absoluta (*fake news*) en lo que constituye la llamada “criminología mediática” (Zaffaroni, 2011).

A ello se suma que, por fuera de los diarios, la televisión y la radio, se encuentran las redes sociales que proveen información de forma ininterrumpida. Cuando esta información crea sentidos sobre el delito y el castigo, podemos referirnos a la “criminología *influencer*” (Vegh Weis, 10/04/2021). De este modo, mucha de la información que incorporamos sobre qué es el delito, quiénes son los delincuentes y cómo enfrentar este “flagelo” es el resultado de escrolearse en las redes sociales y leer los posts de personas, medios o robots *influencers*. Efectivamente, mucha de la información que circula en las redes ni

quiera está creada por seres humanos sino por cuentas robotizadas para diseminar información falsa. Por ejemplo, un estudio sobre la causa "Vialidad Nacional" contra Fernández de Kirchner mostró que un 80% de los comentarios generados en las redes fueron creados por trols. Es decir que ocho de cada diez comentarios que se esparcieron por las redes y fueron consumidos por usuarios desprevenidos fueron producidos por personas contratadas para escribirlos y así crear sentido y opinión pública. El resultado es que la criminología *influencer*, a través de personas y de algoritmos, complementa la criminología mediática, ampliando y difundiendo información e incluso presentándola como chiste, meme, *sticker*, GIF u otra forma de entretenimiento. De esta forma, la criminología *influencer* llega a más gente y se consume casi mecánicamente y a cada rato, bajo la sensación de que se trata de entretenimiento o dispersión, cuando en realidad se está recibiendo data en forma constante.

Las criminologías mediática e *influencer* resultan fundamentales con relación a los golpes por goteo. Una causa penal que no es comunicada y transmitida efectivamente masivamente no cumple con el objetivo. Al contrario, incluso una causa penal destinada al archivo puede ser funcional al *lawfare* si, mientras se encuentra activa, es transmitida a la gente de a pie, creando la idea de que el denunciado o la denunciada es culpable. Para eso, el éxito del procesamiento no es tan importante como la foto en la puerta de los tribunales filmando cuando se presenta la denuncia, y los trols y *boots* tuiteando y posteando "nueva causa penal contra x" sin explicar el contenido. En palabras de Bielsa y Peretti (2019), "para que la infamia se materialice en un hecho político, es requisito básico su masividad (...). Sin masividad, el descrédito queda reducido al viejo chisme de pueblo, relativamente inofensivo, despojado de su potencialidad para demoler, estallar en el ámbito público e irrumpir avasallador en la escena política" (2019: 10).

En este objetivo, las criminologías mediática e *influencer* no se limitan a comunicar el delito imputado, sino que lo transmiten como un "pánico moral". Este concepto ya mencionado fue creado por el criminólogo sudafricano y profesor de la London School of Economics, Stanley Cohen. El profesor explicaba que determinados episodios, personas o grupos son amplificadas, distorsionados, sobredimensionados y definidos como terribles amenazas a los valores de la sociedad y dan lugar a procesos colectivos reactivos. Estas alarmas no son ingenuas, sino que son funcionales a intereses de grupos con poder. En sus palabras:

"... en los medios de comunicación masiva se presenta su naturaleza de manera (...) estereotípica; editores, obispos, políticos y demás personas bienpensantes se encargan de erigir barreras morales; se consulta a expertos que emiten su diagnóstico y solución (...). A veces el pánico pasa y cae en el olvido (...) otras, tiene repercusiones más graves y perdurables y puede llegar a producir cambios en las políticas legales y sociales o incluso en la forma en que la sociedad se concibe a sí misma". (Cohen, 2001)

Siguiendo a Cohen, los grupos de poder determinan cierta desviación como emergencia (por ejemplo, "la corrupción") distorsionándola a tal punto de tratarla como un moderno demonio que todo lo devora ("el cáncer de la corrupción"). Esta dinámica exige entonces

la exageración (“el escándalo de la corrupción”), la especulación (“en el gobierno son todos corruptos y es inevitable”), y la simbolización negativa (políticos estereotipados y fotos bajo el título “la foto que faltaba”). En otras palabras, la causa es una herramienta para lograr efectos comunicacionales extrajurídicos: crear pánicos morales y presionar y condicionar a dirigentes para que lleve a cabo una determinada política o para hacer imposible su mandato o su candidatura.

Concentrados en la creación y propagación de pánicos morales, las criminologías mediática e *influencer* se caracterizan por desestimar el conocimiento legal específico y ser tolerantes respecto de la diseminación de información incorrecta. Esto ya ocurre a diario cuando programas de televisión, diarios o redes transmiten la opinión de famosos sin conocimiento en la temática, tal como expone el caso de la conductora televisiva Viviana Canosa, quién afirmó saber cómo solucionar el Covid- 19 (“Viviana Canosa fue multada por “atentar contra la salud pública” en su programa”, 2021). En igual sentido, cualquier comunicador opositor tiene la libertad de afirmar cómo reformar la justicia o frenar la corrupción, ya no con el objeto de proveer información validada, sino de generar un gran impacto mediático contra determinados dirigentes.

Así, los hechos del caso, la imputación y la responsabilidad del sindicato o sindicada no suelen ser foco de la información, sino que la noticia se encuentra al servicio del *lawfare* como estrategia de gobernabilidad, desestimando lo que realmente pasa judicialmente en el caso. Por ejemplo, los comunicadores refieren en términos generales a la “corrupción” pese a que, como tal, no es un tipo penal. No se transmite información precisa sobre si las acusaciones posibles refieren a tipos penales específicos como el enriquecimiento ilícito, la omisión maliciosa, las negociaciones incompatibles, las exacciones legales, la malversación de caudales públicos, el peculado, el cohecho, el soborno transnacional, el tráfico de influencia, la administración infiel o el fraude en perjuicio de la administración pública. En la misma línea, se transmiten acriticamente acusaciones por traición a la patria, desconociendo que el tipo penal solo aplica cuando se usa la función pública para unir fuerzas con el enemigo o prestarle socorro, atentar contra la Nación y/o someterla al dominio extranjero en un contexto de guerra. Con ello, en lugar de utilizar información validada para dar cuenta de la corrupción como un problema estructural y complejo de casi todas las sociedades actuales –y que atraviesa a todos los partidos políticos– y de brindar los detalles normativos y judiciales de cada caso, el problema se transforma en una emergencia, se transmite para crear pánico moral, se reduce a *slogans* (por ejemplo, “se robaron dos PBI”) y se identifica exclusivamente con determinados partidos políticos (por ejemplo, “la corrupción K”).

A todo ello se agrega que, bajo el argumento de que se trata de una emergencia, violaciones a las garantías constitucionales son ninguneadas o incluso legitimadas en medios y redes sociales, mermando la base del estado de derecho que nos protege a todos y todas frente al poder punitivo del Estado. Cuando los medios y las redes difun-

den la imagen de Amado Boudou siendo detenido en pijamas en su living, estamos aceptando que el derecho a la privacidad puede ser pisoteado sin consecuencias. Cuando los medios y las redes publican el contenido de llamadas telefónicas entre personas detenidas y sus abogados, se legitima que no hay problema en hacer pelota el derecho de defensa que protege las conversaciones entre los acusados y sus abogados. Cuando se publica “escándalo de corrupción” sin que se haya probado judicialmente que la persona en cuestión realmente cometió un delito, estamos tirando por la ventana el principio de inocencia que protege a toda ciudadana y ciudadano hasta que se pruebe lo contrario con una sentencia firme. Cuando se anuncia en los medios y las redes sin ninguna crítica que una vez más otra causa judicial contra Fernández de Kirchner volvió a caerle por sorteo al mismo juez, aunque sea matemáticamente imposible que todas las causas sean sorteadas a un mismo juzgado, estamos desconociendo el derecho al debido proceso y el derecho a un juez imparcial que es básico de cualquier democracia. Cuando se habla de “impunidad” apenas se presenta una denuncia sin dar tiempo a la investigación judicial se violan los principios de inocencia y debido proceso una vez más. Así es que las criminologías mediática e *influencer* no solo operan contra determinados dirigentes, sino que abren un riesgo para toda la democracia.

Con pánicos morales y emergencias, falta de información validada, desprecio al conocimiento normativo y jurisprudencial del caso, y la reducción de la noticia a *slogans* discrecionales, el resultado es que gran parte de la ciudadanía termina sin saber qué es lo que realmente está pasando. Las ciudadanas y los ciudadanos que trabajan todo el día y que además tienen familia, amigos y hobbies, probablemente no cuentan con el tiempo, ni las ganas ni el conocimiento para ponerse a ver qué hay detrás de cada noticia, chequear si es verdad y reflexionar largamente al respecto. Ello se complejiza aún más por el hecho de que, aun los o las interesadas en ahondar en los casos en concreto, se encuentran con que los medios y las redes operan como traductores monopólicos y no hay otras formas de contacto entre la ciudadanía y el Poder Judicial. En otras palabras, la gente de a pie y el Poder Judicial constituyen mundos completamente separados, solo unidos por el puente de las criminologías mediática e *influencer* (Vegh Weis, 2021).

Poder Judicial: ¿feudos selectivos o servicio de justicia?

Como señalamos, el rol de las criminologías mediática e *influencer* no son exclusivos de las causas de *lawfare*. Al contrario, operan cotidianamente en las causas ordinarias a través de la creación de pánicos morales como “el aumento del delito” o el “sentimiento de inseguridad” (Kessler, 2009). Tampoco la tolerancia frente a las violaciones a las garantías constitucionales matizadas por los medios y las redes son resorte exclusivo de las causas de *lawfare*. En vez, muchos de los aspectos preocupantes del golpe por

goteo son la realidad cotidiana en una amplia cantidad de causas penales contra acusados comunes (es decir, no funcionarios o dirigentes) que se tramitan en nuestros tribunales. La parcialidad de los jueces, la violación al debido proceso, no conocer el rostro de los funcionarios judiciales, no saber cuando se va a resolver la causa, ser impotente frente a lo que debería ser un servicio de justicia y el abuso de la prisión preventiva son problemas sistemáticos del sistema penal. La diferencia con respecto a las causas de *lawfare* es que estas injusticias pasan aún más inadvertidas porque afectan a los pobres, a los jóvenes, a los morochos.

Esta observación refuerza la línea previa sobre el uso del sistema penal como una estrategia de gobernabilidad de los “de abajo” (en las causas ordinarias) y de aquellos “de arriba” que eligen representar los intereses de los sectores marginalizados (en las causas de *lawfare*). En otras palabras, el sistema penal persigue a los grupos más pobres y a los que defienden una agenda que tiende a defender sus intereses. Es más, la sobrecriminalización de los marginalizados/as (en las causas ordinarias) y de los/as dirigentes que en mayor o menor medida defienden sus intereses (en las causas del *lawfare*) se complementa con la infracriminalización de los poderosos/as (en las causas ordinarias) y de los dirigentes que pertenecen a este grupo social o que al menos los representan en la esfera política (en las causas del *lawfare*). “Por todo ello la selectividad del sistema penal sigue siendo el gran problema ético. El mismo de siempre. El mismo, pero [que, en el *lawfare*, es] peor” (Rusconi, 2019).

Para ahondar en esta doble vara de la selectividad penal es clave el concepto de interseccionalidad. Este da cuenta de que poder y marginalidad están atravesados por la clase, el estatus social, el género y el color de piel, entre otros factores. Es decir, no todas las personas marginalizadas sufren la sobrecriminalización de la misma manera. Al contrario, los sistemas penales operan en forma diferente (y más dura) contra las personas no blancas, indígenas y/o pobres. Claro que, en términos de género, las tasas de encarcelamiento de mujeres son más bajas respecto de los hombres, pero ello se explica en gran parte en función del control social patriarcal: las mujeres son controladas por una amplia gama de controles sociales que van desde la familia, la escuela y el barrio a los medios de comunicación y la religión, colocando al sistema penal en un rol subsidiario (Federici, 2009). Pero, ¿qué sucede con las mujeres que escapan a la imagen moldeada por el control social patriarcal? ¿Qué pasa cuando mujeres fuertes, empoderadas, lideresas, ocupan el centro de la agenda política? Cuando las mujeres desatienden los “aspectos prescriptivos del estereotipo de género al que están asignados” y ocupan lugares de decisión tradicionalmente reservados a los hombres “es posible suscitar conductas discriminatorias y hostiles contra ellas” (D’Adamo *et al.*, 2008). Y ello se evidencia particularmente en el *lawfare* por sobrecriminalización contra mujeres dirigentes.

La primera estrategia en estos casos suele ser desacreditar el supuesto liderazgo y atribuirlo al “hombre de al lado”. Ello ocurrió con Cristina Fernández de Kirchner cuando

ganó las elecciones presidenciales del 10 de diciembre de 2007, sucediendo a su esposo, Néstor Kirchner. Tal como cuentan Azar y Tavares da Motta (2020), “su llegada al poder fue precedida por una fuerte campaña mediática que refirió al ‘matrimonio presidencial’ y advirtió que el verdadero ‘hombre fuerte del gobierno’ continuaría siendo el ex-presidente”. En forma similar, la presidencia de Dilma Rousseff en Brasil fue presentada como una administración títere con Lula como el verdadero poder.

Subsidiariamente, cuando la estrategia del “hombre de al lado” se muestra insuficiente, el poder punitivo, a través del *lawfare*, abandona la disparidad de género con la que tradicionalmente opera entre las mujeres para ocuparse de díscolas. Es decir, en contraposición con la discrepancia en términos de género en las tasas de criminalización en delitos ordinarios, las mujeres lideresas, incluidas Cristina Fernández de Kirchner, Dilma Rousseff, Alejandra Gils Carbó y Milagro Sala, son objeto del *lawfare* por sobrecriminalización en igual medida que sus pares hombres. Es más, las características del *lawfare* por sobrecriminalización cuando de mujeres se trata guarda características particulares: el ámbito privado (“del que las mujeres no deberían haber salido”, conforme dispone la ideología patriarcal) se vuelve parte de la estrategia sobrecriminalizadora: “se desplaza el foco del tratamiento desde las cuestiones políticas a las cuestiones del orden privado. La apariencia, la familia, la maternidad, los sentimientos, la intimidad se convierten en el centro de la preocupación del discurso periodístico cuando de mujeres se trata” (Pérez y Aymá, 2017: 527).

Esta inclusión del ámbito privado privilegia ataques a la maternidad, con ejemplos de la criminología mediática e *influencer* publicando datos personales de la hija de Gils Carbó (“Clarín publicó el teléfono de la hija de Gils Carbó y ahora recibe amenazas”, 2017) o poniendo en duda la calidad de madre de Fernández de Kirchner a través de la publicación de información privada sobre la salud de su hija (Redacción Pronto, 2021). Asimismo, se incluyen ataques a la salud mental de estas mujeres, como las acusaciones contra Fernández de Kirchner como psicótica y perversa (Badaró, 2020). Incluso se hace pública su sexualidad, como evidencia la tapa de la revista *Noticias* con una caricatura de Fernández de Kirchner teniendo un orgasmo (Equipo Latinoamericano de Justicia y Género [ELA], 2012).

A ello se agrega la noción de interseccionalidad que explica cómo la selectividad en términos de género se multiplica cuando se entrecruza con otros aspectos como el color de piel, la etnia o el estatus social. En el caso de Milagro Sala, detenida en la provincia de Jujuy desde el 16 de enero de 2016, el golpe por goteo no solo incluyó falencias probatorias, abuso de la prisión preventiva y violación al debido proceso, sino incluso la vulneración de la división de poderes, resorte básico del sistema democrático. Ello ocurrió cuando el gobernador de la provincia de Jujuy instó a su mayoría legislativa a que sancionase una ley ampliando el número de miembros del tribunal máximo provincial para luego nombrar en las nuevas posiciones del tribunal a esos

mismos diputados partidarios que habían votado la ley, muchos de ellos familiares del propio gobernador. En las causas penales que se siguen a Milagro Sala se rechazaron sistemáticamente los testigos propuestos por la defensa; se negaron *in limine* las recusaciones de los jueces sin dar fundamento y sancionando a los abogados defensores por plantearlas; se privó a la defensa del derecho a presentar pruebas; se dieron beneficios a detenidos en otras causas para involucrar a Sala como instigadora años después de los hechos; se dispuso la prisión preventiva sin fundamento en riesgos procesales; y se le imputan nuevos hechos como instigadora, incluso cuando estos ocurrieron mientras ella se encontraba ya privada de libertad (Zaffaroni, 2021). La pregunta pendiente es si esta vulneración masiva de garantías procesales sería tolerada por la ciudadanía y el arco político si Milagro no fuese mujer, indígena y pobre, el ejemplo mismo de la interseccionalidad.

Volviendo entonces al análisis de este Poder Judicial (interseccionalmente) selectivo, que garantiza gobernabilidad neoliberal bajo el argumento de la lucha contra la corrupción, ¿cuál es entonces el límite de la intervención judicial en la política? Desde el derecho penal mínimo y el garantismo penal (Ferrajoli, 2001; Zaffaroni *et al.*, 2002), el principio básico es el respeto por las garantías constitucionales, incluido el equilibrio de poderes. Ello implica que el poder punitivo debe ser el último bastión del Estado de derecho para abordar conflictos, por lo que no se puede usar como comodín cuando el resultado electoral o las decisiones de gobierno disgustan. En otras palabras, el Poder Judicial no puede interrumpir, desvirtuar, sobrepasar o cancelar decisiones parlamentarias o una elección presidencial si no es en una situación de extrema gravedad constitucional. Sin embargo, el *lawfare* muestra que, a contramano, en el vínculo medios-sistema penal-política, los dos primeros (medios-sistema penal) se están usando no para transparentar el tercero (política) y luchar contra la corrupción, sino para gobernar por fuera de las líneas democráticas, incluso avasallando decisiones tomadas por órganos directamente elegidos por el pueblo. Es más, lo hace con un redoble de la selectividad penal que estigmatiza y sobrecriminaliza más audazmente a las mujeres, pobres y de color. Cerrando con una nota más optimista, la atención al *lawfare* podría servir para abrir el debate y revertir estas injusticias estructurales de los sistemas penales que nos han acompañado desde los albores de la modernidad (Vegh Weis, 2017).

Punitivismo y *lawfare*: la trampa de más castigo y el daño irreparable del poder punitivo

Continuando con la necesidad de limitar el poder punitivo asegurando el respeto máximo por las garantías constitucionales, se advierte que el uso del sistema penal no puede ser el camino para responder a la ilegítima sobrecriminalización de los dirigentes populares ni tampoco para revertir la infracriminalización de los daños sociales perpetrados por dirigentes alineados a la agenda neoliberal. De lo contrario, hay riesgo de incurrir en

un punitivismo circular en el que se responde a la sobrecriminalización con mayor poder punitivo, hasta que no queda nadie para cerrar la puerta de la prisión porque todos y todas quedaríamos adentro.

En este sentido, cabe advertir que si se insiste en el derecho penal y la retribución individual puede que otros sean los intereses en juego. ¿Cuáles son esos intereses? Volviendo al ejemplo del delito ordinario, es posible advertir que la presencia policial raramente soluciona la inseguridad en los barrios y que la prisión no asegura la rehabilitación y resocialización de la persona imputada (Vegh Weis, 2017). Por el contrario, el uso del poder punitivo contra las poblaciones marginalizadas utiliza el discurso de la seguridad cuando su accionar se centra en otro interés: el control social de estos sectores marginalizados. Cuando extendemos el análisis al *lawfare* por sobrecriminalización, se evidencia que el poder punitivo no está capacitado para abordar problemáticas complejas, enquistadas y globales como la corrupción, sino que lo que busca son otros intereses: fines extrajurídicos que, como se señaló previamente, constituyen estrategias de gobernabilidad sobre las personas imputadas y operan como espada de Damocles sobre todo un sector del arco político. Es más, la judicialización de la política corre el riesgo de deslegitimar la política como herramienta de transformación al difundir la percepción de que “todos los políticos son corruptos” o que los “empresarios pueden hacer mejor el trabajo”, en línea con la agenda del Norte global.

A todo ello se agrega que, incluso prescindiendo de esta perspectiva geopolítica crítica, el poder punitivo raramente logra solucionar conflictos efectivamente. Siguiendo las lecciones del abolicionismo penal (Hulsman, 2000), aparece claro que incluso en delitos toscos contra la propiedad como el hurto de celular, en el mejor de los casos la persona imputada es sometida a un proceso penal que lo dejará en peores condiciones para insertarse en el mercado de trabajo producto de los antecedentes penales, el proceso acarreará gastos impositivos pagados por todos los ciudadanos y ciudadanas y la persona afectada por el hurto deberá ir a tribunales a declarar y solo recibirá su móvil una vez que las pericias y el proceso lo permitan. En los casos de corrupción “exitosamente” resueltos, el escenario asimismo evidencia a una persona imputada, mientras que los bienes mal habidos difícilmente son recuperados para el Estado y la estructura estatal-corporativa que hace posible la corrupción queda intacta.

Es que la reducción de problemas sociales estructurales a acusaciones individuales es una característica intrínseca al derecho penal. En este sentido, Mamdani (2020) evidencia que incluso en los delitos más graves concebibles, el derecho penal deja el proyecto político y la propia violencia del Estado sin cuestionar. Del mismo modo, Samset (2020) argumenta que el derecho penal se centra en individuos y acciones entre individuos, desprendidos del contexto de normas, prácticas y condiciones en las que estos actúan. Por ello, incluso en los delitos más dolorosos como la violencia de género, el abolicionismo feminista llama a no centrarse en la condena a individuos violentos, sino en abolir

las condiciones que hacen posible la violencia de género en primer lugar. Con relación al *lawfare*, estas reflexiones abren el debate sobre cuál es la verdadera solución a la corrupción. Si realmente quisiéramos solucionar los problemas estructurales de falta de transparencia y concentración de poderes, la vía civil y la incautación de bienes, así como mecanismos preventivos y de contralor estructurales, parecerían ser mejores rutas para buscar soluciones de fondo.

En fin, hasta aquí hemos clarificado que el sistema penal debe ser limitado para asegurar el respeto por las garantías constitucionales que son esenciales para el sistema democrático, que su aplicación persigue efectos extrajurídicos ligados a intereses determinados y que, aun cuando no fuésemos críticos de su uso, difícilmente el poder punitivo pueda ir más allá de soluciones individuales y abordar problemas estructurales como la corrupción. Pero a todo ello se agrega otro elemento esencial: el uso del poder punitivo es irreparable. Una persona privada de su libertad que luego es sobreseída no puede recuperar ese tiempo de detención y el daño físico y emocional que ello involucra. Con el *lawfare*, ese daño irreparable no solo afecta a la persona en concreto sino a toda la ciudadanía. Quizás el caso de Lula sea el que mejor evidencia ello: el Tribunal Supremo Federal anuló todas las sentencias en su contra por falta de competencia del juez (TSF com Agências, 2021) y no solo se terminaron con ello los procesos, sino que incluso Lula puede volver a presentarse a elecciones. Sin embargo, esta sentencia llega luego de que él fuera etiquetado como corrupto frente a la ciudadanía, encarcelado y privado de competir electoralmente en las elecciones de 2018. ¿Podemos entonces decir que con la sentencia del Tribunal Supremo Federal se le ganó al *lawfare* en Brasil?

Hay tres efectos irreparables que la sentencia no puede revertir. En primer lugar, se advierte el daño a la vida individual, el tiempo en prisión, el sufrimiento frente a la incertidumbre, las experiencias de las que fue privado (incluido acompañar a su hermano y nieto fallecidos) (cfr. Pignotti, 2019). Este daño a la vida individual quizás es incluso más palpable en las acusaciones de la jurisdicción argentina contra Héctor Timmerman, al que, en el marco de una causa de *lawfare* por sobrecriminalización, se lo privó de viajar a los Estados Unidos a realizar un tratamiento contra el cáncer, enfermedad que terminó por causarle la muerte (Kollman, 2018). En segundo lugar, el etiquetamiento social como "corrupto" también resulta irreparable. Una vez que la estructura mediático-judicial del golpe por goteo crea esta idea frente a la ciudadanía, difícilmente una sentencia inteligible emitida años luego de los hechos pueda revertir la imagen social creada. Este descrédito de la política progresista trasciende la figura de Lula y afecta la calidad democrática del país. Finalmente, la irreparabilidad se evidencia en el terreno electoral. La sobrecriminalización de Lula permitió apartarlo de las elecciones, alterar el juego democrático y hacer posible la elección del oponente Jair Bolsonaro. La nulidad de las sentencias en su contra no puede devolverle a Lula la posibilidad de participar en el proceso electoral ni reparar los daños causados a la ciudadanía por la gestión de

Bolsonaro, incluidas políticas negacionistas de la pandemia que causaron centenares de miles de muertos y que podrían ser calificadas como un delito penal internacional (Idoeta, 2021). Ante esta situación, solo queda preguntarse ¿qué hacer? De eso se trata la próxima y última sección del trabajo.

Reflexiones finales: ¿qué hacer frente al *lawfare*? Criminología cautelar popular contra los golpes por goteo

En virtud de la irreparabilidad del accionar del poder punitivo, las medidas que puedan adoptarse desde los poderes judiciales son imprescindibles, pero no suficientes. Incluso el sistema penal más garantista y eficiente precisa un tiempo para la tramitación de las causas que puede ocasionar los mencionados daños irreparables en los tres niveles descritos. En otras palabras, la respuesta al *lawfare* no puede venir solo desde la pelea jurídica y la reforma judicial porque el derecho llega tarde, cuando la democracia ya fue manipulada, el etiquetamiento de los líderes como corruptos ya está consolidado y el daño a sus vidas individuales perpetrada. Este cuadro es una consecuencia inexorable de las características intrínsecas del sistema de justicia que actúa sobre individuos y no sobre cambios estructurales, interviene *a posteriori* y no preventivamente, y opera desde tribunales y con mecanismos y lenguajes desconectados de la ciudadanía.

Por el contrario, mecanismos preventivos desde la ciudadanía para confrontar los golpes por goteo pueden desarrollarse en los barrios y desde las organizaciones sociales. Un ejemplo clave en la Argentina fue la llamada movilización del 2x1 por juicios de lesa humanidad. La Corte Suprema emitió un fallo que privilegiaba el cómputo de pena para personas imputadas de delitos de lesa humanidad y la ciudadanía movilizada no esperó a que resortes judiciales nacionales o a nivel interamericano revirtieran la sentencia y ni siquiera que los otros poderes del Estado intervinieran. Ello, como se señaló hasta ahora, en el mejor de los casos solo habría ocurrido luego de cierto tiempo cuando los imputados probablemente ya hubiesen gozado de la libertad concedida. Fue el pueblo movilizad, por el contrario, el que tomó las calles en forma inmediata y logró preventivamente impedir la implementación de la sentencia y, a la vez, crear las condiciones para que institucionalmente se revirtiera el estado de cosas a través de la sanción de una ley con efectos generales para todos los imputados en condiciones similares.

Con el golpe por goteo es más complicado porque no es fácil comprender el curso de los expedientes (de qué se tratan las causas, cuándo son legítimas las decisiones y cuándo no, en qué expedientes se violan garantías constitucionales y en cuáles se respeta el estado de derecho) y no existen organismos de la sociedad civil específicamente dedicados a la lucha contra el *lawfare*. La propuesta para revertir estos desafíos es, de todos modos, con más derechos: crear y consolidar una "cultura legal popular" desde los movimientos sociales. La cultura legal popular consiste, en primer lugar, en incorporar el funcionamiento de la justicia en la agenda por la transformación social. En segundo

lugar, se trata de difundir conocimiento legal básico para quebrar con la torre de marfil en la que se encuentran los tribunales, facilitando un contralor cívico que evite que las causas penales del *lawfare* por sobrecriminalización avancen. En este objetivo se precisa una tarea de formación. Esta puede tener lugar a través de eventos que acerquen el derecho a los movimientos sociales y lo vuelvan comprensible, de medios alternativos y redes sociales que incorporen las novedades de tribunales para que la única voz no sea la de los medios hegemónicos, y de mecanismos de divulgación de información sobre los fiscales, defensores y jueces del *lawfare* para conocer sus acciones y quebrar con la protección del anonimato (Vegh Weis, 07/05/2021).

En la creación de esta cultura legal popular se inserta el diálogo con la universidad, en un proceso multidimensional que involucra una mayor descentralización y accesibilidad de las facultades para que más personas y más organizaciones puedan tener acceso –como muestra en Argentina, está el ejemplo de la apertura de universidades en el conurbano bonaerense (cfr. Centro de Estudios de Educación Argentina, 2018)–, investigaciones y formación entre la universidad y las organizaciones en los barrios en procesos informales de democratización del saber (como sucede con los proyectos de universidades populares) e involucramiento de las organizaciones sociales para nutrir las currículas, las herramientas académicas y el profesorado de las universidades.

La educación e investigación al servicio de necesidades y problemáticas sociales concretas puede ser fundamental en la resistencia frente al golpe por goteo. Las noticias falsas y la manipulación mediática pueden ser revertidos con datos fiables y claros a partir de estudios cualitativos y cuantitativos sobre las causas en curso y el accionar mediático-judicial, inclusive de quiénes son los imputados, quiénes son los que presentan los casos, qué normas se aplican, en qué tiempos se resuelven las causas, cuál es el rol del género, clase y etnia, quiénes están detrás de los partidos involucrados e incluso cuáles los intereses en juego.

Asimismo, la cofradía entre universidades y movimientos sociales puede abrir oportunidades para un mayor desarrollo de medios de comunicación alternativos comprometidos con el impulso de la cultura legal popular. Ello no desatiende la imprescindible necesidad de desmonopolizar los medios de comunicación existentes. Con la experiencia argentina respecto de la pelea contra molinos de viento que representa esta tarea, y sabiendo que la concentración de medios y su utilización partidaria constituyen una problemática regional (con corporaciones mediáticas operando en varios países), ¿no será tiempo de una estrategia regional para procurar la pluralidad de voces y pensamientos en los medios de comunicación?

Finalmente, el *lawfare* indica como imprescindible (aunque no suficiente) la necesidad de una reforma judicial. En este sentido, el golpe por goteo abre la puerta para cambios que no solo pueden revertir este fenómeno, sino que incluso pueden coadyuvar a

limitar los mecanismos de selectividad en general y asegurar un mayor respeto por los derechos de todas las personas sometidas al sistema penal. Una reforma con estos alcances incluye como bases la interseccionalidad, la interdisciplina y la transparencia.

El Poder Judicial federal que resuelve las causas de *lawfare* en la Argentina hoy solo cuenta con un 30% en cargos de decisión ocupados por mujeres, mientras los jefes del Ministerio Público Fiscal de las 24 provincias del país son varones (Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad, 2021). Buscando desarmar estas inequidades, la interseccionalidad involucra transformaciones estructurales en términos de equidad de género, pero también de clase y color de piel para asegurar la participación igualitaria en puestos de decisión en vistas a "que la justicia se parezca a la sociedad que representa" (Gómez Alcorta, 2021). Si bien es necesario destacar que la sola condición de ser mujeres, indígenas o trans no garantiza una sensibilidad específica respecto al *lawfare* o problemáticas sociales en general, sí resulta esencial en términos de aseguramiento de la igualdad. Incluso, siguiendo los resultados de algunas investigaciones, la mayor diversidad de género parece repercutir en decisiones jurisdiccionales más respetuosas del estado de derecho (Songer y Crews-Meyer, 2000). De todos modos, para que la interseccionalidad se materialice en el accionar concreto de la justicia, la distribución equitativa de cargos debe complementarse con formación comprensiva, obligatoria y crítica en el contenido de los exámenes escritos en los concursos y en las entrevistas personales, en la formación curricular a evaluar, en la forma de cursos obligatorios previos a asumir y como condición de continuidad en el cargo.

Una tarea compleja como lo es desarmar el accionar del *lawfare* difícilmente pueda darse solo desde el derecho. Como se señaló, el Poder Judicial emite sus decisiones por escrito, en una jerga incomprensible y sin rendición de cuentas. Equipos interdisciplinarios podrían abrir espacio a la inclusión de comunicadores para que los magistrados puedan hacer saber el resultado de sus acciones y decisiones a las personas involucradas en un lenguaje comprensible. La adopción de un lenguaje claro y sencillo con sentencias cortas puede nutrirse de experiencias concretas como las brindadas por el fallo "Arriola" de la anterior Corte Suprema o de las lecciones del juez Mario Juliano.⁽³⁾ Es más, cabe preguntarse si la inclusión de otras disciplinas podría dar lugar a que lo que hoy son concebidos como privilegios del empleo judicial exclusivos del sector (estabilidad, salario, ganancias, vacaciones) puedan ser reconcebidos como derechos susceptibles de traccionar mejores condiciones en otros gremios.

La interdisciplina podría incorporar canales de comunicación *online* y presencial directos donde periodistas especializados/as y los mismos actores del Poder Judicial, así como la ciudadanía interesada, puedan conocer el contenido de las resoluciones

(3) Ver el fallo CSJN, "Arriola, Sebastián y otros s/ recurso de hecho causa n° 9080", 25/08/2009, A. 891. XLIV; como así también la producción del juez Mario Juliano, disponible en: www.pensamientopenal.com.ar/autores/mario-alberto-juliano

judiciales, al menos de aquellas de trascendencia pública. Es decir, replicar en el Poder Judicial los mecanismos de accesibilidad presentes en el Poder Ejecutivo, por medio de los cuales los jefes de Estado y ministros explican el contenido de sus decretos y decisiones más relevantes ante la ciudadanía. En un ejemplo remarcable por la excepcionalidad que debería ser regla, Cristina Fernández de Kirchner (s. f.) utilizó las audiencias públicas en el marco de los procesos penales que se llevan en su contra para brindar un mensaje en lenguaje sencillo a los magistrados, pero también a la ciudadanía. Evidenciando que interés no falta, más de 20.000 personas vieron la audiencia en directo y cientos de otros miles en diferido. Más allá de los casos en concreto, estas audiencias abrieron el camino para pensar a la tecnología y la oralidad como puente entre la justicia y la gente de a pie. Otros cambios podrían incluir una página web amigable del sistema de justicia para que los usuarios/as puedan conocer la cara de los/as magistrados/as, sus cv e información sobre su formación, junto a links para acceder a las audiencias.

Por último, el lenguaje sencillo, la oralidad y la accesibilidad podrían allanar el camino hacia la transparencia y la rendición de cuentas como escudo para evitar la violación sistemática y sin consecuencias a las garantías constitucionales, tan cara al *lawfare*. En este sentido, la reforma debe involucrar cambios en materia de transparencia. Ello involucra desterrar el papel (en oposición al encuentro), la notificación (en oposición al diálogo) y la delegación de funciones (en oposición a la personalización). La actual composición de fiscalías, tribunales y defensorías constituye un escollo para este camino de oralidad y transparencia. Por cada juez, fiscal o defensor, hay veinte empleados que son los que verdaderamente conocen los detalles del caso, hasta el punto de que incluso toman declaración a los imputados y las víctimas. ¿Podrá una reforma judicial romper con este esquema feudal y propagar la multiplicación de dependencias a los fines de que cada magistrado sea responsable único de sus causas, más allá de contar con un soporte administrativo mínimo? ¿Puede incluso pensarse en un servicio de justicia descentralizado en el que los tribunales estén en los barrios con acceso directo para los vecinos y vecinas? (Vegh Weis, 2019).

Este puente con la ciudadanía como resorte para la transparencia y escudo frente a la violación de garantías precisa complementarse con monitoreo. En la actualidad desconocemos los criterios de los magistrados para rechazar o pedir la competencia en una causa, y/o elegir el orden en el que se resuelven los expedientes en trámite. ¿Podría una reforma judicial introducir un sistema de monitoreo a través de un observatorio de la sociedad civil como el que hoy realizan la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos y el Centro de Estudios Legales y Sociales respecto de nombramientos y ascensos en función del involucramiento en el terrorismo de Estado? (CELS, 2016: 2-16). El control cívico de las organizaciones sociales y de la sociedad civil podría entonces servir a la transparencia a la vez que de impulso al desarrollo de la cultura legal popular (Vegh Weis, 2021a).

En fin, desde los movimientos sociales, las universidades, los medios y la justicia, el golpe por goteo puede abordarse a partir de más derechos para los que no los pueden ejercer y más transparencia para los que hoy cuentan con privilegios. Se trata de desarrollar una “criminología cautelar popular” que pueda identificar preventivamente cuando, bajo los ropajes de lucha contra la corrupción, se utiliza el poder punitivo como estrategia de gobernabilidad para disciplinar a las dirigencias de nuestra región y mermar las tan necesarias agendas de justicia social.

Referencias

- “Amado Boudou: ‘¿Me gustaría que se revierta la imposibilidad de ejercer cargos públicos’”. (23 de julio de 2021). *Ámbito*. www.ambito.com/politica/amado-boudou/me-gustaria-que-se-revierta-la-imposibilidad-ejercer-cargos-publicos-n5230839
- “Después del sobreseimiento en ‘dólar futuro’, qué causas tiene Cristina Kirchner y en qué estado se encuentran”. (14 de abril de 2021). *Infobae*. www.infobae.com/politica/2021/04/14/despues-del-sobresimiento-en-dolar-futuro-que-causas-tiene-cristina-kirchner-y-en-que-estado-se-encuentran/
- Ansah, T. (2010). *Lawfare: A rhetorical analysis*. *Case Western Reserve Journal of International Law*, 43(87). scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol43/iss1/6
- Azar, I. R. & Tavares da Motta, L. (2020). Violência de gênero no lawfare: uma análise dos casos Dilma Rousseff e Cristina Fernández de Kirchner. En A. C. Aguilar Viana (Ed.), *Pesquisa, Gênero & Diversidade Memórias do III Encontro de Pesquisa por/de/sobre Mulheres*. Vol. 1. Editora Íthala.
- Badaró, M. (2020). Cacerolas: rebelión y felicidad. *Anfibia*. www.revistaanfibia.com/cronica/cacerolas-rebelion-y-felicidad/
- Bartman, C. S. (2010). *Lawfare: use of the definition of aggressive war by the soviet and russian federation governments*. Cambridge Scholars Publishing.
- Bielsa, R. y Peretti, P. (2019). *Lawfare. Guerra judicial-mediática. Desde el Primer Centenario hasta Cristina Fernández de Kirchner*. Planeta.
- Brasil Wire. (16 de marzo de 2018). Lula's defence: New evidence shows illegal cooperation between United States & Lava Jato investigators. *Brasil Wire*. www.brasilwire.com/lulas-defence-new-evidence-shows-illegal-cooperation-between-united-states-lava-jato-investigators/
- Carter, P. (2005). Legal combat: are enemies waging war in our courts. *Slate*. <http://slate.msn.com/id/2116169>
- Centro de Estudios Legales y Sociales [CELS]. (2016). *Derechos humanos y control civil de las fuerzas armadas*. Autor.
- (2021). Milagro Sala: 5 años de detención arbitraria y criminalización de la protesta social. *CELS*. www.cels.org.ar/web/2021/01/milagro-sala-5-anos-de-detencion-arbitraria-y-criminalizacion-de-la-protesta-social/
- Centro de Estudios de Educación Argentina. (2018). Las nuevas universidades del Conurbano Bonaerense. CEA, año 7, (23). repositorio.ub.edu.ar/bitstream/handle/123456789/8694/cea_agosto_2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- "Clarín publicó el teléfono de la hija de Gils Carbó y ahora recibe amenazas". (13 de octubre de 2017). *Perfil*. www.perfil.com/noticias/politica/gils-carbo-dara-de-baja-el-celular-de-su-hija-porque-clarin-lo-hizo-publico.phtml
- Cohen, S. (2001). *States of Denial: knowing about atrocities and suffering*. Blackwell.
- Comaroff, J. L. (2001). Law, culture and colonialism: a foreword. *Law and Social Inquiry*, 26(2). <https://www.cambridge.org/core/journals/law-and-social-inquiry/article/colonialism-culture-and-the-law-a-foreword/127843DF67C63ADF9098CD2AFC8F34B4>
- Comaroff, J. y Comaroff, J. (2007). Law and disorder in the postcolony. *Social Anthropology*, 15(2). onlinelibrary.wiley.com/toc/14698676/2007/15/2
- Crenshaw, K. (1989). Demarginalizing the intersection of race and sex: a black feminist critique of anti-discrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics. *University of Chicago Legal Forum*, 1989(1). chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8
- D'Adamo, O.; García Beaudoux, V.; Ferrari, G. y Slavinsky, G. (2008). Mujeres candidatas: percepción pública del liderazgo femenino. *Revista de Psicología Social*, 23(1). www.tandfonline.com/doi/abs/10.1174/021347408783399534
- Davis, K.; Fisher, A.; Kingsbury, B. & Merry, S. (2015). *Governance by Indicators*. Oxford University Press.
- Dunlap Jr., C. (2001). Law and military interventions: preserving humanitarian values in 21st Conflicts. *Humanitarian Challenges in Military Interventions Conference*. Washington DC. people.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf
- (2009). *Lawfare: a decisive element of 21st-Century Conflicts? Joint Force Quarterly*, (54). scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/3347/
- Duve, T. (2018). Global legal history: setting Europe in perspective. En H. Pihlajamäki; M. D. Dubber y M. Godfrey (Eds.), *The Oxford Handbook of European Legal History*. OUP.
- "Viviana Canosa fue multada por 'atentar contra la salud pública' en su programa". (21 de agosto de 2021). *El Observador*. www.elobservador.com.uy/nota/viviana-canosa-fue-multada-por-atentar-contra-la-salud-publica-en-su-programa-202189163410
- Equipo Latinoamericano de Justicia y Género [ELA]. (2012). La tapa de Noticias y la violencia mediática. www.ela.org.ar/a2/index.cfm?muestra&codcontenido=1237&plcontempl=12&aplicacion=app187&cnl=79&opc=50
- Estepa, C. y Maisonnave, M. (2020). Poder Judicial, medios de comunicación y política: *lawfare* en Argentina. *Nullius*, 1(2). <https://revistas.utm.edu.ec/index.php/revistanullius/article/view/2685/4142>
- Federici, S. (2009). *Caliban and the witch. Women, the body and primitive accumulation*. Autonomedia.
- Fernández de Kirchner, C. (2020). A un año... balance. *CFKArgentina*. www.cfkargentina.com/a-un-año-balance/
- (s. f.). *Intervención completa en la audiencia de la Cámara de Casación por la causa "dólar futuro"*. [Video]. YouTube. www.youtube.com/watch?v=F55YCVDXhtl

- Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y razón*. Trotta.
- Fontevicchia, J. (15 de marzo de 2020). Graciana Peñafort y Nelson Castro, debate sobre *lawfare* y periodismo. *Perfil*. /bit.ly/3dglrIA
- Goldsmith, J. (2020). The Soleimani Strike: one person decides. *Lawfare Blog*. www.lawfareblog.com/soleimani-strike-one-person-decides
- Gómez Alcorta, E. (2021). Del *lawfare* a una reforma judicial feminista y popular. *Movemos*. m.facebook.com/movemos.caba/videos/charla-debate-del-lawfare-a-una-reforma-judicial-feminista-y-popular/124749179617679/
- Guzmán, V. H. (2017). Una 'ley de medios' en los medios. La Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual argentina en el espacio público mediatizado. *Estudios sobre el mensaje periodístico*, 22(2).
- Hulsman, L. (2000). El enfoque abolicionista: Políticas criminales alternativas. En AAVV, *Criminología crítica y control social. El poder punitivo del Estado*. Juris.
- Idoeta, P. A. (26 de junio de 2021). Bolsonaro pode ser julgado em Haia por gestão da pandemia? *BBC*. www.bbc.com/portuguese/brasil-57576293
- Kessler, G. (2009). *El sentimiento de inseguridad. Sociología del temor al delito*. Siglo XXI
- Kittrie, O. F. (2016). *Lawfare law as a weapon of war*. OUP.
- Koehler, M. (2015). The uncomfortable truths and double standards of bribery enforcement. *Fordham Law Review*, 84(525). ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol84/iss2/8
- Kollman, R. (10 de enero de 2018). Con desprecio a la razón humanitaria. *Página/12*. www.pagina12.com.ar/88154-con-desprecio-a-la-razon-humanitaria
- Liang, Q. & Xiangsui, W. (1999). *Unrestricted warfare*. PLA Literature and Arts.
- Lijalad, A. (19 de septiembre de 2021). Correo: la causa cumple 20 años y los Macri aún no pagaron. *El Destape*. www.eldestapeweb.com/politica/correo-argentino/correo-la-causa-cumple-20-anos-y-los-macri-aun-no-pagaron-20219190550
- Mamdani, M. (2020). *Neither settler nor native. the making and unmaking of permanent minorities*. Harvard University Press.
- Miranda, D. (14 de marzo de 2019). Who ordered Marielle Franco's murder? *The Guardian*. www.theguardian.com/commentisfree/2019/mar/14/marielle-franco-murder-brazil
- Pérez, S. y Aymá, A. (2017). Medios, Multimodalidad, Género y Política: Cristina Fernández de Kirchner en *Noticias*. *Revista Observatorio*, 3(6). www.researchgate.net/profile/Sara-Isabel-Perez/publication/320185300_MEDIA_MULTIMODALIDADE_SEXO_E_POLITICA_Cristina_Fernandez_de_Kirchner_en_Noticias/links/5aa47aa20f7e9badd9a9b341/MEDIA-MULTIMODALIDADE-SEXO-E-POLITICA-Cristina-Fernandez-de-Kirchner-en-Noticias.pdf
- Pérez-Liñán, A. (2009). Juicio político al presidente y nueva inestabilidad política en América Latina. *EFE*.
- "Persecución a Indalo: el método de Ercolini y Hornos para complacer intereses ajenos". (7 de septiembre de 2021). *Ámbito*. www.ambito.com/politica/grupo-indalo/persecucion-indalo-el-metodo-ercolini-y-hornos-complacer-intereses-ajenos-n5270765

- Pignotti, D. (2 de marzo de 2019). Lula llora la muerte de su nieto Arthur. *Página/12*. www.pagina12.com.ar/178142-lula-llora-la-muerte-de-su-nieto-arthur
- Redacción Pronto. (9 de junio de 2021). ¿Qué dice el parte médico de Florencia Kirchner? *Pronto*. www.pronto.com.ar/actualidad/2021/6/9/que-dice-el-parte-medico-de-florencia-kirchner-176279.html
- Romano, S. (2019). *Lawfare: guerra judicial y neoliberalismo en América Latina*. Mármol-Izquierdo.
- Rusconi, M. (15 de julio de 2019). Crisis del derecho penal en la región: selectividad social vs selectividad ideológica. *Infobae*. www.infobae.com/america/opinion/2019/07/15/crisis-del-derecho-penal-en-la-region-selectividad-social-vs-selectividad-ideologica/
- Samset, I. (2020). Towards decolonial justice. *International Journal of Transitional Justice*, 14(3). <https://academic.oup.com/ijtj/article-abstract/14/3/596/6117967?redirectedFrom=fulltext>
- Santoró, A. E. R. & Tavares, N. L. F. (2019). *Lawfare brasileiro*. Editora D'Plácido.
- Simon, J. (2007). *Governing through crime: how the war on crime transformed american democracy and created a culture of fear*. OUP.
- Songer, D. R. & Crews-Meyer, K. A. (2000). Does judge gender matter? decision making in State Supreme Courts. *Social Science Quarterly*, 81(3). www.jstor.org/stable/42864001
- Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad. (2021). *Conversatorio: ¿Cómo incorporar la perspectiva de género en el Poder Judicial?* [Video]. YouTube. www.youtube.com/watch?v=9mTA7gOJOM
- Tribunal Superior Eleitoral [TSE]. (2018). TSE indefere pedido de registro de candidatura de Lula à Presidência da República. www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Setembro/tse-indefere-pedido-de-registro-de-candidatura-de-lula-a-presidencia-da-republica
- TSF com Agências. (15 de abril de 2021). Supremo Tribunal Federal confirma anulação do julgamento que condenou Lula da Silva. TSF. www.tsf.pt/mundo/supremo-tribunal-federal-confirma-anulacao-do-julgamento-que-condenou-lula-da-silva-13576509.html
- "Un tribunal rechaza el pedido de habilitar la candidatura de Evo Morales al Senado". (8 de septiembre de 2020). *EFE*. www.efe.com/efe/america/politica/un-tribunal-rechaza-el-pedido-de-habilitar-la-candidatura-evo-morales-al-senado/20000035-4337320
- Vegh Weis, V. (2017). *Marxism and criminology: A history of criminal selectivity*. Brill.
- (2019). Algunas notas para reflexionar sobre el modelo de cortes comunitarias en los Estados Unidos. En G. Fava y S. Alonso (Eds.), *Nuevas dimensiones del principio de legalidad en el proceso penal. Justicia restaurativa*. Rubinzal.
- (10 de marzo de 2021). Criminología influencer. *Página/12*. www.pagina12.com.ar/328642-criminologia-influencer
- (7 de mayo de 2021). Para derrumbar el lawfare, la pelea es desde abajo. *El Destape*. www.eldestapeweb.com/opinion/lawfare/para-derrumbar-el-lawfare-la-pelea-es-desde-abajo-2021575025
- (2021a). Criminologías y géneros. Por una reforma judicial feminista y antipunitivista. En Red de Profesoras de Derecho Penal (Ed.), *Reforma Judicial Feminista*. Editores del Sur

----- (13 de abril de 2021). El sobreseimiento de Cristina y Axel: ¿Le ganamos al *lawfare*? *Página/12*. www.pagina12.com.ar/335492-el-sobreseimiento-de-cristina-y-axel-le-ganamos-al-lawfare

----- (2021b). ¿Qué es la selectividad penal? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, (11).

Vegh Weis, V. y White, R. (2020). A marxist perspective on the 2030 Agenda for Sustainable Development. En J. Blaustein; K. Fitz-Gibbon; N. W. Pino y Rob White (Eds.), *The Emerald Handbook of Crime, Justice and Sustainable Development*. Emerald Publishing.

"Viviana Canosa fue multada por 'atentar contra la salud pública' en su programa". (21 de agosto de 2021). *El Observador*. www.elobservador.com.uy/nota/viviana-canosa-fue-multada-por-atentar-contra-la-salud-publica-en-su-programa-202189163410

Yasenza, C. (19 de noviembre de 2019). Entrevista a Eugenio Raúl Zaffaroni. Bolivia: Golpe de Estado al presidente indio. *La Tecla Eñe*. lateclaenerevista.com/entrevista-a-eugenio-raul-zaffaroni-bolivia-golpe-de-estado-al-presidente-indio-por-conrado-yasenza/

Zanin, C.; Martins, V. y Valim, R. (2019). *Lawfare: uma introdução*. Contraconcorrente.

Zaffaroni, R. (2007). Culpabilidad por la vulnerabilidad. *Ediciones SAJ*. www.sajj.gob.ar/doctrina/dacf070010-zaffaroni-culpabilidad_por_vulnerabilidad.htm

----- (2011). *La cuestión criminal*. Planeta.

----- (7 de agosto de 2018). Milagro. *Página/12*. www.pagina12.com.ar/9818-milagro

----- (2019). Prólogo. En S. Romano (Ed.), *Lawfare: guerra judicial y neoliberalismo en América Latina*. Mármol-Izquierdo.

Zaffaroni, R.; Alagia, A. y Slokar, A. (2002). *Derecho Penal. Parte General*. Ediar.

Zaffaroni, R.; Caamaño, C. y Vegh Weis, V. (2020). *Manual para destruir al derecho penal. Bienvenidos al lawfare*. Capital Intelectual.

Mesa 23

El rol de los medios de comunicación concentrados en la estrategia regional de *lawfare* contra los movimientos populares. Estudio de casos

Julieta Galera

Gustavo Bulla

Werner Vásquez Von Schoettler - Isabel Ramos Ávila

Susana Martins - Daniel Rosso

Pablo Gasloli - Susana Sel

Gilberto Paulino de Araújo - Roselei Camargo da Silva - Kenia Teixeira Santos

Alessandro Rezende da Silva

Luis Daniel Botero Arango

Palmira Chavero

Julián García Labrador

Horacio Lutzky

Luis Emanuel Amadeo - Bruno Bagnarelli

JULIETA GALERA*

***Lawfare* y medios hegemónicos al servicio del poder fáctico: la estrategia de desinformación, la construcción del relato y la construcción de sentidos del diario La Nación en el caso de Amado Boudou**

Introducción

El *lawfare* o guerra judicial es la nueva táctica de la estrategia de Guerra de Baja Intensidad (GBI) de la Doctrina de Seguridad Nacional de Estados Unidos para la restauración conservadora y la recuperación de su hegemonía en la región. Otras tácticas son los Golpes Parlamentarios y los Golpes Blandos. Los medios hegemónicos concentrados son actores y un mecanismo de poder clave en este entramado de poder. La desinformación, las fakenews, la posverdad y la instalación de un relato único son herramientas fundamentales para la construcción de sentidos en la opinión pública y de consensos, para garantizar el éxito del *lawfare* y de los Golpes Blandos para condicionar la democracia en América Latina.

GBI: golpes parlamentarios, golpes blandos y *lawfare* en América Latina

La Guerra de Vietnam marcó un punto de inflexión histórica en la doctrina de información y propaganda de guerra de Estados Unidos. En 1970 un comité de ultraderecha estadounidense redactó el Documento de Santa Fe, un informe para el Consejo de Seguridad Interamericana que marcó una nueva era en la política estadounidense de defensa

(*) Lic. en Ciencias de la Comunicación, UM- Especialización en Comunicación y Derechos Humanos, UNDAV- Maestría en Ciencias Sociales con orientación en Educación, ELA- CSO Derechos humanos. Libro de Actas

y seguridad nacional. El Documento de Santa Fe establece la guerra total y permanente como doctrina político-militar de Estados Unidos con el respaldo de las campañas de desinformación y propaganda de la Agencia de Información (USIA) y el apoyo logístico de la Agencia para el Desarrollo Internacional (AID) para garantizar la penetración, la colonización y el dominio de EEUU en América Latina (Sierra Caballero, 1999: 8-9).

Desde el inicio de este siglo, en Latinoamérica se han producido siete intentos de golpes de Estado parlamentarios y golpes blandos contra Hugo Chávez (2002), Evo Morales (2008), Manuel Zelaya (2009), Rafael Correa (2010), Fernando Lugo (2014), Dilma Rousseff (2016) y Evo Morales (2019).

Los golpes parlamentarios son golpes de Estado promovidos por el parlamento a partir del uso de normas legales y/o constitucionales de forma ilegítima o viciada de nulidad para sacar del poder a un gobernante, anulando la posibilidad de su participación o promoviendo su muerte política en la vida democrática e institucional de un país, como en el caso de Fernando Lugo, en Paraguay, y de Dilma Rousseff en Brasil.

La Guerra de Baja Intensidad en la última década ha actualizado sus mecanismos destituyentes para erosionar la democracia y realizar nuevas formas golpes de Estado contra gobiernos populares. Los golpes blandos o golpes mediáticos en América Latina no se pueden pensar sin entender qué es la guerra total. El presidente ULEPPIC (Unión Latina de la Economía Política de la Información, la Comunicación y la Cultura), Dr. Francisco Sierra Caballero, plantea que la guerra total es “una guerra informativa, una guerra electrónica de control, procesamiento y difusión de información, en la cual la informática, los medios digitales y las formas de guerra psicológica basadas en el manejo de la información y la propaganda juegan un papel primordial” (Sierra Caballero, 1999: 8-9) en favor de los intereses económicos y geopolíticos dominantes. Son batallas por la información que se libran tanto en los medios tradicionales, en medios digitales y en redes sociales en forma de ciber guerra, utilizando técnicas de hackeo, filtraciones, creando fakenews, fomentando la desinformación, la posverdad y la manipulación (Sierra Caballero y Sola-Morales, 2020: 9).

El golpe blando es el nuevo nombre utilizado por Estados Unidos en la jerga del lenguaje de la Guerra de Baja Intensidad para explicar las acciones desestabilizadoras utilizadas por el poder económico gracias al apoyo extranjero; a la concentración de la propiedad y al monopolio de la industria mediática en la región; al dominio estadounidense sobre las comunicaciones y la cultura de masas; al liderazgo tecnológico en el ámbito de las telecomunicaciones y la industria militar; y a agentes residuales de las dictaduras militares. Un golpe blando es la erosión de la democracia a través de distintas estrategias no violentas de manipulación social que tienen como objetivo la deslegitimación, la criminalización, la persecución política y el escarnio público de los políticos progresistas, que se completa con estrategias electorales de los partidos de derecha para volver al poder por medio de las urnas (Pérez Esquivel, 2016) con el objetivo de erosionar la democracia y cambiar las reglas del juego.

El bloque progresista de poder de América Latina, conformado por Argentina, Brasil, Bolivia, Ecuador, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Uruguay y Venezuela, entre 2002 y 2010 sufrió varios ataques desestabilizadores sin éxito porque el progresismo estaba en su máximo apogeo con liderazgos sólidos, bases sociales de apoyo en crecimiento y un proyecto de integración y desarrollo regional cada vez más consistente. Recién en la Cumbre del Mercosur de julio 2013, los mandatarios progresistas del Sudamérica expresaron su preocupación por el descubrimiento de una red de espionaje montada por la Agencia Nacional de Seguridad y la CIA de Estados Unidos en América Latina para promover el derrocamiento de los presidentes elegidos democráticamente de la región, que se conoció a partir del informe publicado por el diario O Globo sobre las filtraciones de Edward Snowden, que venían a complementar las informaciones de las filtraciones de WikiLeaks, de Julian Assange (Granja, 2013).

En esa Cumbre, el canciller argentino, Héctor Timerman dio a conocer documentación sobre el espionaje ilegal con información sobre correos electrónicos, conversaciones telefónicas y chats de usuarios de Facebook, Google, Microsoft y YouTube de dirigentes políticos del oficialismo y la oposición argentina. Entre las víctimas de espionaje estaban: el Vicepresidente argentino, Amado Boudou; el Gobernador de la provincia de Buenos Aires, Daniel Scioli; el Ministro de Justicia, Julio Alak; el ex Canciller Jorge Taiana y el ex juez español Baltasar Garzón.

El Informe de O Globo vino a confirmar sospechas que tenían nuestros gobiernos sobre espionaje político y comercial, pero también evidencian un cambio de objetivos políticos de EEUU para la región a partir de la muerte de Hugo Chávez. Las filtraciones de Edward Snowden generaron alarma entre los miembros del Mercosur, que expresaron su condena a la violación del derecho internacional, a la violación de la soberanía y a la intromisión de Estados Unidos en asuntos internos de nuestros estados nacionales.

Días antes de la Cumbre del Mercosur, en el acto por el Día de la Independencia nacional en Tucumán, la presidenta Cristina Fernández de Kirchner alertó a la ciudadanía sobre el espionaje de los servicios de inteligencia estadounidenses y destacó la sospechosa indiferencia de la oposición ante este hecho alarmante. En Argentina ya era público el contenido del cable 1222 de Wikileaks que pone en evidencia el vínculo entre la embajada de Estados Unidos, sectores del Poder Judicial y de dirigentes opositores de derecha. En ese cable consta un encuentro privado en 2009 entre Mauricio Macri, por entonces Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, y el embajador de Estados Unidos en el que se habla sobre la persecución judicial del dirigente social kirchnerista, Luis D'Elía, y la necesidad de su encarcelamiento (Estepa y Maisonnave, 2020: 80). Las filtraciones de Edward Snowden venían a confirmar que la oposición era aliada estratégica de Estados Unidos.

Hacia más de un año que la presidenta Cristina Fernández de Kirchner y el vicepresidente Amado Boudou eran víctimas del aparato de los medios hegemónicos con informes

periodísticos y denuncias judiciales de corrupción en su contra para desprestigiarlos y criminalizar al kirchnerismo, pero esta campaña de desinformación aún no tenía efectos. La maquinaria de *lawfare* ya estaba en marcha en la región. Evidentemente ni el gobierno argentino ni el bloque de gobiernos progresistas de la región pudo percibir la gravedad de la situación y la confianza en la fortaleza de sus liderazgos y en el bloque de poder regional fue su talón de Aquiles.

Plan Cóndor Comunicacional: medios de comunicación concentrados e información como armas de guerra

En América Latina la falta de pluralidad informativa debido a la enorme concentración mediática que fomenta el predominio de un mono-discurso, que anula la diversidad y las voces alternativas; la censura impuesta o inducida por las élites, los lobbies y los magnates económicos; el colonialismo anglosajón de los modelos de profesión periodística, impuestos a través de sociedades y agencias de prensa; la hiper-concentración de la publicidad y dominio de los grandes capitales nacionales y transnacionales; y el control absoluto de las élites (poder mediático, gobiernos y lobbies económicos o grupos transnacionales) sobre el sistema de medios hegemónicos, no sólo impiden el desarrollo de un sistema democrático plural, diverso y transparente, sino que condicionan el normal desarrollo de la democracia (Sierra Caballero y Sola-Morales, 2020: 10).

La concentración de medios hegemónicos implica que muy pocas empresas controlen la mayoría de los medios masivos y las telecomunicaciones. Los medios concentrados dominan el 95% de la producción y la distribución de la noticias de la región. En Argentina el Grupo Clarín posee el 80% de los medios de comunicación nacionales; Clarín y La Nación son los diarios impresos de mayor circulación y junto con Infobae constituyen los 3 portales más leídos. Esto evidencia que los medios concentrados impiden la pluralidad de voces, limitan la libertad de prensa y de expresión y condicionan la democracia.

Con el objetivo de potenciar esa capacidad de daño de los medios concentrados, unificar discursos y potenciar el alcance de ese discurso único, en América Latina en las últimas décadas se formó el Grupo de Diarios de América. Esta organización aglutina a los principales medios impresos de la derecha latinoamericana, que posee una audiencia de 200 millones de usuarios únicos y más de 1.000 millones de páginas vistas al mes en Internet en toda América Latina y el Caribe, y, junto con la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP), constituye una institución fundamental para los planes de Estados Unidos en la región. Este consorcio o pool de medios está integrado por los diarios: La Nación (Argentina), O Globo (Brasil), El Mercurio (Chile), El Tiempo (Colombia), La Nación (Costa Rica), El Universal (México), El Comercio (Perú), El Nuevo Día (Puerto Rico), El País (Uruguay), El Nacional (Venezuela) y La Prensa Gráfica (Salvador). Son once medios que comparten un principio rector: "Once periódicos. Once países. Una sola fuente" (Avakian y Cardo, 2019: 11).

Fernando Buen Abad, filósofo, semiólogo, especialista en medios y ex asesor de Hugo Chávez y Manuel Zelaya, plantea la tesis de la existencia de un Plan Cóndor Comunicacional, un programa geopolítico que persigue los mismos fines que el Plan Cóndor de las décadas del 70 y 80, que no tiene como método el uso de la violencia sistemática, sino el uso de los medios de comunicación como principal “arma de guerra ideológica” (Bernardo, 2015).

El slogan de la página oficial del Grupo de Diarios de América, “Once periódicos. Once países. Una sola fuente” y su forma de operar sustentan la tesis sobre la existencia de un Plan Cóndor Comunicacional para instalar ideas, construir sentido común y promover corrientes de opinión pública contra los gobiernos, líderes y partidos progresistas en el imaginario colectivo. Fernando Buen Abad plantea que los medios hegemónicos concentrados de la región desarrollan e instalan estructuras semánticas y sintácticas idénticas y emiten discursos únicos y unívocos de forma coordinada. No hay lugar para fisuras o disonancia porque constituyen una voz única que emite un único mensaje y lo repite de forma coordinada y sistematizada en toda la región que transforma en verdad la mentira e instala la sensación de opinión pública dominante ideas y valores impuestos por un pequeño grupo de poder, al tiempo que las dota de legitimidad social (Bernardo, 2015).

Buen Abad explica que los medios hegemónicos emiten su discurso único de forma sincronizada, con inmediatez y a gran velocidad. Esto está revestido de una lógica de estrategia militar. Hay una lucha territorial al mismo tiempo que hay una lucha semántica. El especialista en medios plantea que los medios concentrados del Grupo de Diarios América “hacen estallar un comentario difamador en Venezuela, esa misma mañana en una radio de un barrio de Buenos Aires la repiten, haciendo operar de esa manera la agenda en el territorio, al mismo tiempo que el Grupo Prisa de España reproduce la misma nota en Madrid, la CNN la reproduce en Estados Unidos, en México la réplica Televisa y Clarín hace lo suyo en Argentina”. Además, Buen Abad da cuenta de cómo los líderes opositores en connivencia con medios hegemónicos y think tanks instalan estructuras semánticas y sintácticas idénticas en sus discursos al poner en evidencia que en México, cuando ganó las elecciones, Enrique Peña Nieto dijo: “Hemos sembrado una semilla, de la que crecerá un árbol, del que tendremos los frutos”. Esa misma frase la dijo en Venezuela Henrique Capriles cuando perdió las elecciones frente a Hugo Chávez y también la dijo Sergio Massa en Argentina (Bernardo, 2015).

Me parece relevante destacar que el ex presidente de Ecuador, Rafael Correa, fue el único presidente del bloque progresista latinoamericano que en 2015 tomó y replicó el concepto de Plan Cóndor Comunicacional para instalarlo en la agenda progresista y generar conciencia social en la opinión pública sobre lo que estaba implícito en lo Golpes Parlamentarios y Golpes Blandos que venían sucediendo en la región. Rafael Correa denunció que “las fuerzas reaccionarias coordinan y tienen a su disposición más y mejores herramientas: medios de comunicación, grupos empresariales, fuerzas paramilitares,

ONGs, gurúes del marketing político y funcionarios judiciales” (Salinas, 2021). Pero este concepto potente no fue replicado por otros líderes del bloque progresista y sólo fue tomado y difundido el concepto de *lawfare* –menos sólido y más limitado en su carácter explicativo– luego de la pérdida del poder y del debilitamiento del progresismo en la región debido al éxito de la persecución política, la criminalización y la demonización del aparato de medios concentrados.

Entender cómo operan los medios masivos de comunicación hegemónicos en la región para manipular a las masas, instalar sentido común, generar opinión pública y lograr consentimiento ideológico contra los partidos y gobiernos progresistas de América Latina permite comprender cómo se gesta parte de los golpes blandos o golpes mediáticos en la región. Pero la guerra total no puede ser comprendida en su totalidad si no conocemos y entendemos qué es el *lawfare*, para qué sirve y cómo opera en el marco de la GBI.

Lawfare: la guerra total por otros medios

En la década del 90, la primera Guerra del Golfo vino a redefinir el concepto de Guerra Total y de GBI. La información cobró importancia fundamental. El mundo había cambiado: habíamos pasado de la Sociedad Industrial a la Sociedad de la Información. La explosión de Internet, las ideas de instantaneidad y de “aquí y ahora” implícitas en la producción y consumo de información también implicaron un salto cualitativo en las estrategias bélicas por otros medios.

En ese contexto, a fines de la década del 90, en 1999, dos militares chinos, Qiao Liang y Wang Xiangsui, escriben un manual bélico “Unrestricted Warfare-Thoughts on War and Strategy in a Global Era”, donde plantean nuevas estrategias militares, pero sin enfrentamiento directo, utilizando recursos legales del derecho internacional para debilitar al contrincante. En ese marco acuñan el concepto *lawfare* o guerra judicial que es una forma de “guerra no convencional” que utiliza al derecho y a la ley como herramientas (Salinas, 2021). Estados Unidos incorpora este concepto a la Doctrina de Seguridad Nacional en 2001 y empieza a poner a prueba la guerra judicial en distintos países del continente al tiempo que va perfeccionando sus mecanismos de aplicación.

Lawfare es el uso indebido de instrumentos jurídicos para fines de persecución política, linchamiento, desmoralización y destrucción de imagen pública e inhabilitación de un adversario político. Es una estrategia que se caracteriza por la ejecución de acciones aparentemente legales en combinación con una amplia cobertura de prensa que tiene como objetivo presionar al acusado y su entorno, con el fin de dejarlo más vulnerable a las acusaciones sin prueba, para lograr que pierda apoyo popular y para que carezca de capacidad de reacción.

Los abogados Constanza Estepa y Marcelo Maisonave (2020: 74) plantean que el *lawfare* consiste en el uso estratégico por parte de bloques de poder internacionales y

sus aliados locales, de resortes como el Poder Judicial, servicios de inteligencia, medios de comunicación hegemónicos y de tecnologías de la información y la comunicación, articulados con partidos político de derecha para desestabilizar gobiernos. Es una guerra por otros medios para garantizar el retorno del neoliberalismo y eliminar u obstaculizar cualquier proceso político, económico, social y cultural alternativo.

Para la politóloga Silvina Romano y la socióloga Camila Vollenweider (2020) dicen que el *lawfare* consiste en el “uso de la ley como arma para infundir miedo. Es una supuesta cruzada para salvar a la democracia y al Estado de Derecho en la que se traza una continuidad con el terrorismo de Estado materializada en el miedo como hilo conductor, en conjunto con la persistencia de objetivos políticos, económicos y geopolíticos”.

El *lawfare* es una estrategia legal creada por el departamento de Justicia de los Estados Unidos que busca interferir en las instituciones judiciales latinoamericanas con fines políticos, como una “Escuela de las Américas” para autoridades judiciales (Salinas, 2021).

La persecución de la política por parte del poder judicial resulta ser exitosa a la hora de criminalizar al enemigo político porque cuenta con el apoyo y la complicidad de los medios de comunicación concentrados. En un escenario donde el progresismo logró promover democracias sólidas y pujantes, la derecha conservadora recurre a la “juristocracia” y su articulación con el aparato mediático para dirimir la batalla que no logró ganar por la vía de las urnas, para lograr cierta legitimidad, al tiempo que le permite reorientar al Estado fácilmente hacia una vía neoliberal, recuperando el fuerte componente social anti político (Romano, 2020: 19).

Lawfare contra Amado Boudou: Causa Ciccone Calcográfica

La Causa Ciccone Calcográfica marca el inicio del asedio de los medios hegemónicos, la justicia y los poderes fácticos contra la dirigencia kirchnerista y la criminalización del kirchnerismo, con el objeto de que la derecha pueda regresar al poder por la vía democrática en Argentina. Amado Boudou, vicepresidente de Cristina Fernández de Kirchner (2011-2015), fue imputado en la Causa Ciccone en julio de 2014 por cohecho, negociaciones incompatibles con la función pública, presunta falsificación de documentos, entre otros delitos. La persecución contra el ex vicepresidente es un acto de aleccionamiento por promover la estatización del sistema de capitalización privado de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (AFJP) y afectar los intereses de los poderes fácticos.

En la última década, la persecución mediática y judicial contra funcionarios de gobiernos con una marcada revalorización de lo público y el rol del Estado como garante de la justicia social se ha exacerbado. El método elegido para desprestigiar es el armado de causas judiciales bajo el supuesto de corrupción. Medios hegemónicos, el poder eco-

nómico concentrado, servicios de inteligencia, ONGs de derecha y parte del aparato judicial buscan instalar una corriente de opinión pública según la cual todo lo que esté bajo la órbita de la administración del Estado es ineficiente, sospechoso y constituye un modelo incapaz de resolver los problemas que atraviesa el conjunto de la sociedad. El aparato de propaganda puesto al servicio de la criminalización de la política, la persecución ideológica, la estigmatización y la demonización social de líderes políticos progresistas es un *modus operandi* que tiene consecuencias destituyentes porque busca la muerte política de estos líderes, la anulación del disenso y la eliminación de los partidos políticos progresistas y su visión de mundo como opción política.

En este sentido, la causa Ciccone montada contra el ex vicepresidente Amado Boudou es la primera acción de guerra total en Argentina lanzada contra el kirchnerismo por el dispositivo de poder de los poderes fácticos, el poder judicial y el poder mediático como parte de sus objetivos de demonización, criminalización y eliminación del adversario y de domesticación social para normalizar lo ilegal, para eliminar el disenso ideológico, instalar sentido común a partir de la promoción y la instalación de un relato monolítico en todos los medios y construir consenso social que posibilitara una corriente de conformismo social respecto a un destino social y económico que se presentaba como única opción inevitable.

Mediante la causa Ciccone, Amado Boudou fue acusado de haberse quedado con la imprenta Ciccone calcográfica para apropiarse del negocio de impresión de billetes y enriquecerse ilícitamente, hecho incompatible con su función pública. Versiones periodísticas plantean que al ex vicepresidente le armaron una causa de *lawfare* para disciplinarlo porque se metió con el negocio de imprimir de Antonio Tabanelli, quien junto con Héctor Magnetto, CEO del Grupo Clarín, e importantes banqueros, tenía intereses financieros en las AFJPs con las que hacían negociados fraudulentos en detrimento de los jubilados (Lijalad, 2020) (Caballero, 2012).

La imprenta Ciccone desde hacía muchos años era prestadora del Estado al igual que empresa de Antonio Tabanelli. Durante las presidencias de Eduardo Duhalde y Fernando De la Rúa la empresa Boldt de Tabanelli creció exponencialmente por haber sido beneficiada con negocios con Lotería Nacional y con acuerdos para el censo nacional del año 2000. En abril de 2003, durante el gobierno de Duhalde, Martín Redrado, presidente del Banco Central, favoreció con numerosas licitaciones servicios de impresión de padrones y dinero de la Casa de la Moneda a Tabanelli. El 15 de julio de 2010 se anunció la quiebra de Ciccone Calcográfica. De manera sospechosa, el juez Javier Cosentino, que intervenía en la quiebra, decidió alquilarle las instalaciones de Ciccone a la empresa Boldt por un año, alentando la conformación de un monopolio. La Comisión Nacional de Defensa de la Competencia intervino remitiendo a la Ley de Defensa de la Competencia e hizo que la empresa Boldt perdiera el control de la impresión de dinero y los padrones (S/A, 2012). La pérdida de este negocio millonario fue el inicio del ensañamiento y linchamiento contra Amado Boudou.

En marzo de 2012, Guillermo Reinwick, yerno de Nicolás Tadeo Ciccone, que controlaba el 70% de las acciones de la Compañía de Valores Sudamericana SA, ex Ciccone Calco-gráfica SA, a través una solicitada publicada en *Ámbito Financiero* denunció una campaña de difamación y mentiras orquestada por Clarín, La Nación y Perfil, que difundían noticias sobre la causa contra Boudou para favorecer a la empresa Boldt, para que esta pudiera quedarse con Ciccone. En esa solicitada Guillermo Reinwick también expuso que Héctor Magneto había facilitado la presentación de Laura Muñoz en Radio Mitre para ponerla en escena (Mancinelli, 2012). Laura Muñoz era la ex pareja de Alejandro Vandenbroele, que lo acusó de ser testaferro de Amado Boudou en Ciccone. Dato con el que el relato de los medios sustenta todo el *lawfare* contra el vicepresidente. Con el tiempo, Reinwick fue ajustándose al guión pre-establecido por Clarín y La Nación y lo denunciado en esta solicitada quedó en el olvido.

Hoy los medios hegemónicos en su relato afirman que la causa Ciccone comenzó por una denuncia de Laura Muñoz. La realidad es que la causa fue iniciada un poco antes, por los dichos publicados en Clarín de Jorge Orlando Pacífico, un servicio de inteligencia, sargento del Ejército y dirigente del MODIN. El militar dijo que se había enterado de delitos de acción pública por una conversación en un café entre hombres a quienes escuchó decir que la empresa The Old Fund era una pantalla de la familia Ciccone y de un alto funcionario del gobierno nacional para recuperar la empresa (Verbitsky, 2021). De las declaraciones de algo que dijo haber escuchado una persona ignota en un bar que fueron publicadas por un medio masivo, un juez arma una causa y acusa al vicepresidente de la Nación de corrupción. Este es el ABC del *lawfare*: de una declaración sin pruebas publicada en un medio hegemónico el aparato judicial arma una causa contra un referente político.

En junio de 2014 el juez Ariel Lijo⁽¹⁾ imputó a Boudou por la Causa Ciccone y en mayo de ese año elevó la causa a juicio. Al día de hoy no hay ninguna evidencia de que Amado Boudou se haya quedado con acciones de Ciccone. La imprenta fue manejada por ejecutivos vinculados al Banco Macro, que conducía el fallecido Jorge Brito, y el dinero con el que se rescató Ciccone fue aportado por Brito y por el financista Raúl Moneta. Sin embargo, fueron innumerables las maniobras para evitar una pericia que indicara el flujo del dinero que sirvió para el rescate de la empresa Ciccone. Finalmente, Amado Boudou fue condenado y le impusieron cinco años y diez meses por negociaciones incompatibles con la función pública y por cohecho pasivo. Este último delito fue el decisivo: los jueces sostuvieron, que para rescatar la imprenta que estaba quebrada, Boudou recibió como coima el 70 por ciento de las acciones de la calcográfica sin ninguna prueba de eso (S/A, 2020).

(1) El Juez Lijo también es el juez a cargo de la causa Hotesur y la causa denominada "Ruta del dinero K" contra la presidenta, Cristina Fernández de Kirchner; de la causa contra Anibal Fernández por narco-tráfico en la que se lo señaló como el líder de una banda, "la Morsa" y del caso Nisman. Lijo es una pieza fundamental en el aparato judicial implicado en el armado de *lawfare* contra líderes del kirchnerismo.

La hipótesis principal de la acusación siempre fue que Vandebroele, titular de The Old Found, era un testaferro del ex vicepresidente. Amado Boudou nunca conoció a Vandebroele, algo que éste terminó reconociendo (S/A, 2020). El *lawfare* no necesita de delitos ni de pruebas para criminalizar, perseguir y encarcelar a un líder político progresista. Para ejecutar un *lawfare* sólo se necesitan medios concentrados con la capacidad de instalar una información falsa que a fuerza de repetición se pueda convertir en verdad en la opinión pública; una sentencia y su respectiva condena decidida de antemano; y un puñado de jueces inescrupulosos y parciales.

Estrategias de desinformación y artilugios para la producción de sentidos y la construcción de consensos del diario La Nación

Los medios hegemónicos tienen el poder de producción, de unificación, de coordinación y de instalación de agenda setting en la opinión pública; de construcción de marcos interpretativos de referencia a partir de los que se construye sentido común y comunidades de sentido compartidas por una porción de la sociedad; y tienen el poder para instalar la idea de verdad a partir de discursos verosímiles, porque todavía gozan de cierta credibilidad y son percibidos como portadores de “verdad”. En ese sentido, los periodistas líderes de opinión actúan como “influencers”, porque por la credibilidad que poseen cualquier información que emitan es creída y replicada al infinito (Flax, 2020: 6-7).

En el caso de *lawfare* contra Amado Boudou el grado de coordinación de acciones y unificación del discurso de los diarios Clarín y La Nación es inquietante. Durante 9 años Clarín y La Nación publicaron la misma “información”, con el mismo titular y la misma fotografía innumerables veces. Como plantea el especialista en medios, Fernando Buen Abad, queda en evidencia que el discurso único y unívoco está digitado desde el centro de poder por importantes think tanks que planifican la estrategia de comunicación y crean los mensajes para que los medios hegemónicos concentrados de derecha los repliquen y difundan.

Esa planificación, sistematización y coordinación de la estrategia de comunicación de los medios en la causa Ciccone es perceptible en las publicaciones de los diarios Clarín y La Nación desde el 9 de febrero de 2012 hasta la actualidad. La tematización o instalación de temas en la agenda setting de los medios que marcaban la agenda a los medios progresistas; la creación de estructuras semánticas, sintácticas y pictográficas idénticas en volantas, titulares, el cuerpo de la noticia y las fotografías elegidas; el encuadre o recorte de la realidad para producir informaciones y editoriales producidas por ambos medios durante todo el devenir de la causa Ciccone; el bombardeo y la repetición de temas, ideas y conceptos confusos y/o erróneos –sobre todo en lo inherente a los procesos judiciales y al funcionamiento de las instituciones democráticas–; la asunción de opiniones como hechos para la construcción paulatina de un discurso estigmatizante con una alta carga de odio; la omisión de citas de fuentes; la apelación al testimonio

de expertos, de testigos o de implicados como prueba indiscutible sin ningún otro elemento que la palabra; la visión unilateral de la verdad periodística; la criminalización del gobierno y de todos los referentes partidarios del kirchnerismo a partir de la hipérbola o exageración de los relatos; el uso de la metonimia que implica relacionar algo con una idea como si hubiera una relación natural o de algún tipo entre uno y otra en cuanto a la asociación de la idea de corrupción al kirchnerismo; el uso del sarcasmo como recurso expresivo, que implica que el emisor y su audiencia o comunidad de sentido construyen la idea de superioridad ética, moral y humana sobre el adversario; la demonización; el sensacionalismo o amarillismo; y la caricaturización o ridiculización del adversario y su grupo de referencia son todas estrategias y artilugios comunicacionales para la instalación de marcos de referencia compartidos, la construcción de sentido común, la fabricación del consenso y la construcción del consentimiento para legitimar prácticas judiciales infames y la muerte política y civil del ex vicepresidente Amado Boudou.

En enero de 2012 se hace pública la causa Ciccone en los medios. La causa no tuvo tanto impacto los primeros dos años. Desde el primer momento de la causa, Clarín y La Nación junto con operadores como Lilita Carrió intentan fomentar la destitución de Amado Boudou por medio de un juicio político e intentan asociar a la presidenta Cristina Fernández de Kirchner al armado de la supuesta estrategia de corrupción de la Causa Ciccone para ir por su destitución. Pero el relato o los tiempos para instalar el relato no eran los que se necesitaban, había que trabajar mucho el relato de la Corrupción K para hacer un Golpe Parlamentario contra Amado Boudou y Cristina Fernández de Kirchner. Y, además, la imagen de la presidenta y de su gobierno gozaba de muy buena salud y de niveles altísimos de adhesión social.

En abril de 2013 Jorge Lanata inicia su ciclo PPT en canal 13 con la denuncia de “la ruta del dinero K”, que denunciaba la supuesta fuga al exterior de capitales sospechados de lavado de dinero de la corrupción. A pesar de 7 meses de altos niveles de rating y una cobertura espectacular en los medios gráficos del Grupo Clarín y La Nación, en los primeros meses de 2014 la presidenta medía un 64% de imagen positiva.

En febrero de 2014 Clarín y la Nación comienzan a endurecer su avanzada mediática contra Amado Boudou para reforzar el relato sobre la corrupción del kirchnerismo y a incitar el pedido de indagatoria del vicepresidente por la Causa Ciccone. En ese momento, Clarín y Nación comienzan a construir un relato sobre supuestas pruebas y sobre los testigos que sindicaban a Boudou como culpable de enriquecimiento ilícito y corrupción. En junio de 2014 la justicia imputa a Amado Boudou, al tiempo que la oposición –el ARI, la UCR, el PRO, el PJ disidente y el Frente Renovador– pide juicio político para destituirlo, pero la correlación de fuerzas en el Congreso que favorecía al Frente para la Victoria lo impidió. Esto le sirvió al pool de medios hegemónicos para instalar la idea en el imaginario colectivo sobre que el kirchnerismo se había confabulado en el Congreso para encubrir la corrupción del vicepresidente y garantizar su impunidad. En

esa operación promueven a instalación de sentido sobre la idea de la corrupción K. Apelando al uso de la metonimia, La Nación y Clarín promueven la construcción de sentidos promoviendo la idea en el imaginario social que si el vicepresidente es corrupto y todo el bloque de diputados y los funcionarios kirchneristas lo apoyan, entonces todo político kirchnerista es corrupto.

Sentencias mediáticas: producción de sentido común y construcción de consenso para legitimar lo ilegal

El relato semántico, sintáctico y visual de La Nación y Clarín, que terminó por cristalizar un sentido común asociativo que atribuyó eficazmente a la letra “k” a la palabra corrupción, fue evolucionando lentamente.

La Nación no solo buscaba a instalar sentido común sobre la “corrupción k”. El relato de La Nación tenía como objetivo producir sentidos y construir consenso social sobre la idea de que el kirchnerismo era una amenaza comunista, un “peligro” para la democracia y otros disparates. Para eso, La Nación se valió del uso de fakenews y posverdad para instalar nociones falsas, fundamentos falaces e infundir miedo en la ciudadanía como estrategia de legitimación de la criminalización, persecución y anulación de cualquier forma de acción o movilización contraria a los valores impuestos por la derecha y los poderes fácticos a través del sistema de medios concentrados (Sierra Caballero y Sola-Morales: 2020, 24).

Las fakenews son noticias falsas creadas de manera intencionada y engañosa para difundir y promover confusión, para desestabilizar, para generar adhesiones a discursos de odio, para manipular a la opinión pública y, en última instancia, para obtener beneficios políticos y económicos. Posverdad es una estrategia de manipulación que apela a las emociones y a las creencias personales de la audiencia para crear, moldear e influir en la opinión pública, mediante la distorsión deliberada de la realidad. En esta concepción de comunicación e “información” la verdad, los hechos objetivos, no importa (Böcker Zavaro, 2021: 16). La estrategia de desinformación de fakenews y posverdad imposibilita el desarrollo democrático en la región porque anula la noción de verdad y la búsqueda de verdad; la transparencia, la pluralidad y la diversidad de voces; y socaba la libertad de expresión y la libertad de prensa.

En esta estrategia de fakenews y posverdad, la construcción de sentidos y de marcos de referencias sobre Amado Boudou fue paulatina. Cuando Amado Boudou ejercía sus funciones, la demonización de La Nación era sutil y apelaba a promover la idea de un vicepresidente corrupto y con falta de ética. Después de 2015 el discurso de La Nación se polariza, comienza a ser agresivo y tiene como objetivo promover la idea de que Boudou es un mafioso que manipula a la justicia y amenaza a testigos de la Causa Ciccone. El discurso de La Nación instala la idea de que Amado Boudou es culpable de corrupción

y que el kirchnerismo es sinónimo de corrupción. Ese sentido común instalado por el diario La Nación es acompañado por la construcción de consensos sobre la idea de que el kirchnerismo es despreciable y que hay que combatirlo y eliminarlo.

Cada vez que La Nación buscaba reforzar “el relato”, Hugo Alconada Mon realizaba un editorial que marcaba lo que la comunidad de sentidos, la audiencia debía pensar. Muchas veces estos editoriales sensacionalistas eran acompañados con dichos de Lilita Carrió, Germán Garavano, Ministro de Justicia, o Laura Alonso, titular de la oficina anticorrupción macrista, para imponerle a la justicia lo que debía hacer. Las opiniones y dichos de los voceros macristas y de los editorialistas de La Nación eran tomadas como datos y “pruebas”. En el relato de La Nación las voces oficialistas del kirchnerismo no tenían espacio: o no eran consultadas, o eran distorsionadas, o eran deslegitimadas. El objetivo era suscitar la “muerte civil mediática” de Amado Boudou, promoviendo una especie de censura moral, rechazo, condena y proscripción en el sentido común de la audiencia.

El *lawfare* tiene como fin construir a través de los medios lo que no puede demostrar en la justicia. La Nación en todo momento difundió fakenews con datos o con “argumentos” que no figuran ni han sido probados en los expedientes judiciales y que, por lo tanto, no son delitos. Esta distorsión de información en la opinión pública tenía como fin presionar a los jueces competentes a cargo de las causas para justificar las sentencias que los poderes fácticos necesitaban. En el *lawfare* la sentencia siempre es mediática.

La estrategia de *lawfare* tiene características básicas en su espeto comunicacional: el timing político, el sensacionalismo y la espectacularización del relato periodístico. En la doctrina del *lawfare* la articulación mediático-judicial tiene un “timing político” que es fundamental para el éxito de esta guerra jurídica. El caso se hace público a través de los medios en momentos de alto costo político para la persona o los grupos a los que se pretenden desprestigiar. (Feinmann, 2021).

En ese sentido, entre enero 2012 y febrero de 2014 la Causa Ciccone ocupaba poco espacio en La Nación, hubo momentos en los que había información pausada y las noticias sobre el tema ocupaban pocas páginas. Pero desde 2014 hasta hoy, el caso de *lawfare* contra Amado Boudou no ha dejado de estar en agenda ni un solo día y ha tenido momentos en los que el diario La Nación le ha dedicado hasta 15 artículos en un solo día a la causa Ciccone con el objeto de criminalizar, demonizar y estigmatizar al vicepresidente Amado Boudou para instalar sentido común y construir consenso social sobre la amenaza comunista kirchnerista y la corrupción K con el objetivo de legitimar la eliminación al kirchnerismo como actor/adversario político en el juego democrático.

En ese sentido, Amado Boudou dice que el “tiempismo” de los jueces genera mucho daño a la sociedad y a la democracia y que los tiempos han estado más teñidos del Código Electoral que del Código Penal (Boudou, 2021). El caso Ciccone empezó sin el expediente porque había que hacerlo rápido por los tiempos electorales. También es extraña la coin-

cidencia de las elecciones legislativas de octubre de 2017 con el comienzo del juicio. Los jueces habilitaron la feria judicial para fijar la fecha de inicio del juicio cuando todavía se estaban realizando medidas. Después de eso hubo tres semanas de receso porque uno de los jueces ya tenía pedidas sus vacaciones. También hubo una clara intención del tribunal para que el comienzo del juicio oral de la causa Ciccone coincida con la campaña de octubre de 2019 para tener la foto. Eso efectivamente sucedió: el juicio arrancó el 3 de octubre de 2019. Los acusadores, incluso, llamativamente desistieron de algunos testigos para acelerar los tiempos, para poder tener “noticias”. El ex vicepresidente fue condenado el 7 de agosto de 2018. A mediados de 2019 la cámara de casación confirmó la sentencia. A fines de 2020 la Suprema corte confirmó la sentencia sin mirarla (Boudou, 2021).

El sensacionalismo y la espectacularización del relato periodístico también fueron parte de la estrategia de criminalización, persecución ideológica, estigmatización y demonización del kirchnerismo. Los diarios impresos y digitales eran una pieza fundamental en el engranaje del ecosistema de medios concentrados al servicio del *lawfare* no sólo por la lógica del contrato de lectura y de credibilidad que viejos medios como La Nación tienen en el imaginario colectivo, que eran complementados con la televisión y la retroalimentación de la información producida por ambos medios tradicionales en redes sociales, sino por la incidencia que tienen en una ciudadanía cada vez más activa y participativa, pero al mismo tiempo con menos capacidad crítica (Sierra Caballero y Sola-Morales, 2020: 24).

La Causa Ciccone contra Amado Boudou alcanza su máxima expresión el día de la detención de Boudou, a partir de la espectacularización y el sensacionalismo de la cobertura de su detención en horas de la madrugada con la presencia de una veintena de móviles de televisión y a partir de la difusión de fotos de prensa del interior de la vivienda del ex vicepresidente y de él en el momento de ser esposado descalzo y en remera que fueron reproducidas por los medios tradicionales hasta el infinito y viralizadas en redes. La Nación no fue la excepción. Ese día dedicó varios artículos y editoriales a la cobertura, además de una galería de una veintena de fotos espectaculares de la detención del ex vicepresidente Amado Boudou que tienen como finalidad humillarlo, denigrarlo y socavar su imagen pública.

En ese sentido, el tratamiento mediático en ese momento fue un auténtico reality show. Lo mismo ocurrió con la difusión de distintas instancias indagatorias e instancias judiciales con el objetivo de mantener el tema en la agenda pública y promover la muerte política de Amado Boudou para aleccionarlo por su gestión en contra de los intereses de los poderes fácticos.

En conclusión

En este trabajo me propuse analizar la causa Ciccone, el *lawfare* contra el ex vicepresidente Amado Boudou, que marcó el inicio del asedio de los medios hegemónicos, la justicia y los poderes fácticos contra el kirchnerismo.

Durante la exposición analicé el *lawfare* o guerra judicial como nuevo mecanismo de la estrategia de Guerra de Baja Intensidad y guerra total de la Doctrina de Seguridad Nacional de Estamos Unidos para América Latina implementada para debilitar a los progresismos en la región y restaurar la hegemonía de EEUU en la región.

En ese marco, expuse qué es el Plan Cóndor Comunicacional para América Latina y cómo operan los medios hegemónicos concentrados en la región, que coordinan acciones, unifican su discurso y lo repiten hasta instalarlo como verdad gracias a su nivel de audiencia y su capacidad de influencia. En el caso de *lawfare* contra Amado Boudou, durante 9 años Clarín y La Nación publicaron la misma “información”, con el mismo titular y la misma fotografía innumerables veces. Indagué sobre cómo el diario La Nación fue construyendo sentido sobre “la corrupción K” y consenso a partir de mecanismos de desinformación, fakenews, posverdad y de lógicas propias de la estrategia de *lawfare* –como el timing, el sensacionalismo y la espectacularización–, con el objetivo de criminalizar, perseguir y lograr la muerte política del vicepresidente Amado Boudou para deslegitimar al kirchnerismo como actor político en el juego democrático para condicionar la democracia y promover una democracia de baja intensidad con el objetivo de lograr la restauración de la hegemonía conservadora neoliberal en la región.

Referencias

- Avakian, J. y Cardo, P. (2019). *Soberanía sudamericana en peligro*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Instituto Patria. www.institutopatria.com.ar/wp-content/uploads/2019/04/Avakian-Cardo.pdf
- Bernardo, H. (2015). *En América Latina hay bases militares y bases mediáticas. Entrevista a Fernando Buen Abad* Diario Contexto. Recuperado en: www.diariocontexto.com.ar/2015/06/01/en-america-latina-hay-bases-militares-y-bases-mediaticas/
- Böcker Zavaro, R. (2021). *Impeachment, lawfare y fake news en Brasil. Un espejo latinoamericano*. Recuperada en: <https://doi.org/10.17345/rio25-26.7-26>
- Caballero, R. (11 de marzo de 2012). La Luna le ladra a los perros. *Tiempo Argentino*. Recuperado en: www.tiempoar.com.ar/wp-content/uploads/2021/04/658-1.pdf
- Estepa, C. M. y Maisonnave, M. A. (2020). Poder Judicial, medios de comunicación y política: *Lawfare* en Argentina. *Nullius*, 1(2) Recuperado de: <https://revistas.utm.edu.ec/index.php/Nullius/article/view/2476>
- Facultad de Ciencias Sociales – UBA (3 de mayo de 2021). Amado Boudou en el Seminario El periodismo argentino en su laberinto: guerra mediática y jurídica, operaciones políticas, noticias falsas y otras delicias de la independencia. [Archivo de Vídeo]. Youtube. www.youtube.com/watch?v=q664BDarxiY&t=9873s
- Feinmann, S. (19 de enero de 2021). *PU: 5 claves para entender el fenómeno*. Instituto 25M Democracia. Recuperado en: <https://instituto25m.info/lawfare/>
- Flax, J. (2020). Nuevos desafíos para una democracia deliberativa: fake news y *lawfare* *Revista científica de la Red Internacional de Ética del Discurso* 5 Recuperado en: <http://qellqasqa.com.ar/ojs/index.php/eyd/article/view/395/344>

- Granja, G.** (2013). *Rafael Correa avisa de un nuevo Plan Cóndor para América Latina*. RT. Recuperado en: <https://actualidad.rt.com/actualidad/202522-correa-alertar-plan-condor-america-latina>
- Granosvky, M.** (10 de julio de 2013). La Argentina también fue blanco de la gran pinchadura. *Página 12*. Recuperado en: www.pagina12.com.ar/diario/elmundo/4-224148-2013-07-10.html
- Lijalad, A.** (5 de diciembre de 2020). El *lawfare* sigue intacto. La Corte Suprema confirmó la condena a Amado Boudou. *La Arena*. Recuperado en: www.laarena.com.ar/opinion-el-lawfare-sigue-intacto-2146652-111.html
- Mancinelli, J.** (4 de marzo de 2012). En Ciccone le apuntan a Boldt y a un socio secreto en una disputa millonaria. *Tiempo Argentino*. Recuperado en: www.tiempoar.com.ar/wp-content/uploads/2021/04/658-1.pdf
- Pérez Esquivel, A.** (2016). Democracia Golpe a golpe. En Gentilli, P, Santa María, V, y Trotta, N. (Ed.). *Golpe en Brasil. Genealogía de un golpe*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO –Grupo Octubre- UMET
- Romano, S.** (2020). *Lawfare* y neoliberalismo en América Latina: una aproximación. *Revista Sudamerica* 13.
- Romano, S. y Vollenweidr, C.** (16 de marzo de 2020). "¿*Lawfare* o *lawfear*? La guerra judicial y el miedo." *CELAG* Recuperado en: www.celag.org/lawfare-o-lawfear-la-guerra-judicial-y-el-miedo/
- S/A.** (15 de abril de 2012). El verdadero caso Ciccone. *Tres Líneas*. Recuperado en: www.treslineas.com.ar/verdadero-origen-caso-ciccone-n-612252.html
- . (2013). *Argentina denuncia datos sobre supuestos actos de espionaje en Sudamérica*. América Economía. Recuperado en: www.americaeconomia.com/politica-sociedad/politica/argentina-denuncia-datos-sobre-supuestos-actos-de-espionaje-en-sudamerica
- . (2016). El nuevo Plan Cóndor en América Latina. *Notas. Periodismo popular*. Recuperado en: www.notasperiodismopopular.com.ar/2016/04/25/nuevo-plan-condor-america-latina
- . (2 de diciembre de 2020). *La Corte Suprema confirmó la condena a Boudou en la causa Ciccone*. *Página 12* Recuperado en: www.pagina12.com.ar/309782-la-corte-suprema-confirmando-la-condena-a-boudou-en-la-causa-ci
- Salinas, E.** (2021). *Lawfare: La guerra judicial*. Recuperado en: <https://eduardosalinas.com/2021/03/31/lawfare-la-guerra-judicial>
- Sierra Caballero, F.** (1999). Propaganda y nuevo orden mundial. La información y la guerra en la nueva doctrina de seguridad pública. *Historia y Comunicación Social*, (4) Recuperado de <https://revistas.ucm.es/index.php/HICS/article/view/HICS9999110199A>
- Sierra Caballero, F. y Sola-Morales, S.** (2020). Golpes mediáticos y desinformación en la era digital. La guerra irregular en América Latina. *Comunicación y Sociedad*. <https://doi.org/10.32870/cys.v2020.7604>
- Verbitsky, H.** (28 de marzo de 2021). *¿Otra vez, Pagni?* El cohete a la luna. Recuperada en: www.elcohetelaluna.com/otra-vez-pagni
- Zubulet, C.** (S/F). *Esta situación es como si nos hubieran ocupado las tropas norteamericanas y hubieran impuesto un gobierno*. Entrevista a Stella Calloni. CCC N° 23 Recuperado en: www.centrocultural.coop/revista/23/esta-situacion-es-como-si-nos-hubieran-ocupado-las-tropas-norteamericanas-y-hubieran

GUSTAVO BULLA*

Revisitando la trazabilidad del caso Qunita

Plan Qunita: un caso emblemático de *lawfare*

El así llamado “caso Qunita” es un ejemplo emblemático de la aplicación del *lawfare* o guerra jurídico-mediática en la Argentina en los últimos años y especialmente en el período 2015/19 en que gobernó el presidente Mauricio Macri.

Su distinción obedece no tanto a que se haya manipulado una mega causa de las dimensiones de la llamada de los “Cuadernos”, sino por la estrategia multipropósitos que anidó.

En efecto, el ataque masivo del bloque de poder a esta política sanitaria lanzada por el segundo gobierno de Cristina Fernández de Kirchner durante 2015 tuvo por lo menos tres objetivos: desacreditar una política materno infantil de insoslayable sentido popular al combatir una de las causas principales de la muerte de recién nacidos, involucrar en la causa judicial y así desgastar la imagen pública de varios funcionarios de primera línea de aquel Gobierno, y especialmente del Jefe de Gabinete y pre candidato a gobernador de la Provincia de Buenos Aires, Aníbal Fernández, y tener procesados judicialmente durante casi seis años a esos funcionarios importantes, intentando desalojarlos de la participación electoral.

El Plan Qunita consistía en la provisión a las madres parturientas beneficiarias de la asignación social por embarazo de un kit que incluía una cuna de cartón cuyo diseño industrial soportaba un peso de hasta ocho kilos y un bolso con unos cuarenta productos de vestimenta e higiene para los bebés. Además de material informativo de utilidad para las madres en cuanto al cuidado de los recién nacidos.

(*) Licenciado en Ciencias de la Comunicación (UBA). Es profesor de Políticas de Comunicación (UBA/UNLZ). Fue director nacional en el (COMFER/AFSCA). Es coordinador de las Audiencias Públicas de la Defensoría del Público de los Servicios de Comunicación Audiovisual.

Se trataba de un diseño propio de un estudiante de la carrera de Diseño Industrial de la Universidad de Buenos Aires inspirado en modelos largamente probados por más de cuarenta años por políticas similares aplicadas en Finlandia.

De esta manera madres de escasos recursos, con problemáticas múltiples, pero especialmente de hacinamiento en sus viviendas, recibían una asistencia por parte del Estado para combatir el colecho, una de las causas de muerte de recién nacidos por aplastamiento, a la vez que contar con una cantidad y variedad de productos muy necesarios y de difícil acceso por cuestiones de costo y recibir información sanitaria para ponerla en práctica con el cuidado de los y las niñas.

Recientemente el Poder Judicial reparó tardíamente la injusticia cometida con esta política sanitaria ejemplar, pero en los casi seis años que se tomó para concluir en que no había elementos para considerar que se había cometido algún tipo de delito, se ensució la honra de un grupo de importantes funcionarios públicos, se los persiguió judicialmente de manera de perjudicarlos en su actividad política y fundamentalmente se echó por tierra con este plan materno infantil, al punto tal que no sólo se suspendió durante el gobierno de Macri sino que a poco se estuvo de incinerar los kits existentes mediante una orden judicial.

Y este es el motivo central que convierte a este caso de *lawfare* en emblemático; más allá de las personas perjudicadas por esta persecución inadmisibles en un estado de derecho, las auténticas víctimas del ataque orquestado por los grandes medios de comunicación, parte del Poder Judicial y la oposición partidaria son las miles y miles de madres pobres y jóvenes que se vieron privadas del derecho a ser asistidas por el Estado para criar a sus hijos en mejores condiciones sanitarias y combatiendo a sus muertes por razones evitables.

No es que las numerosas operaciones de *lawfare* no tengan estas consecuencias sociales o similares. Lo que permite visualizar el caso Qunita es de manera directa cómo los auténticos perjudicados no son el puñado de dirigentes populares perseguidos sino los cientos de miles y millones de personas, integrantes del campo popular, a las que se les arrebatan derechos adquiridos y complementariamente se intenta ganarlas para el desánimo y el escepticismo en la democracia.

Génesis y naturaleza del *Lawfare*

El *Lawfare*, o “guerra judicial (y mediática)”, es la modalidad que ha adoptado el bloque dominante para combatir a los movimientos populares que llegaron a los estados sudamericanos junto con el inicio del siglo XXI.

A fines de la década de los 90´ surge el término en inglés *Lawfare*, que lo podríamos traducir como “guerra legal” o “guerra jurídica”. Es decir, una táctica que consiste en utilizar la ley como arma de guerra. El término apareció por primera vez en un trabajo del Gene-

ral de División retirado Charles Dunlap Jr., de la Fuerza Aérea de los Estados Unidos, en el año 2001 y desde ese momento se lo identifica con el uso abusivo de las leyes y sistemas judiciales para el logro de objetivos militares y políticos. Para el profesor Gregory P. Noonee, Director del Programa de Seguridad Nacional e Inteligencia en Fairmont State Universe, la guerra jurídica es “un arma diseñada para destruir al enemigo mediante el uso, mal uso y abuso del sistema legal y los medios de comunicación para provocar protestas públicas contra ese enemigo” (Cabral: 2018).

De hecho, para no dejar ninguna duda respecto de la creciente influencia de los EE. UU. sobre el Poder Judicial argentino el diario La Nación en su edición digital del del 8 de marzo de 2018 consignaba: “El juez Edward Prado, el hombre designado por Donald Trump para ser embajador de Estados Unidos en la Argentina, dijo en el Congreso que una de sus intenciones es ‘fortalecer la confianza de la gente’ en la Justicia, además de mejorar la relación comercial”.

Una suerte de supervisor imperial del Poder Judicial nacional, para mejorar sus resultados respecto de la presunta persecución de los casos de corrupción a través de operaciones de *lawfare*.

Una víctima, de las más notorias de nuestra Región, el ex presidente del Brasil, Inácio Lula Da Silva escribió: “Las elites de nuestra región y los defensores del capital financiero internacional, que llevan décadas combatiendo las políticas diseñadas para erradicar la pobreza y disminuir las profundas desigualdades sociales, lo que han hecho es elevar a la corrupción a la categoría de ‘mal cósmico’, señalándola como el origen y la causa de todos los males. Por supuesto que nadie acepta que haya gobernantes corruptos. Pero la lucha contra la corrupción no es sino el pretexto del cual aquellos sectores se valen para atacar a gobiernos elegidos legítimamente por el voto popular”; y redondeó la idea de manera contundente: “Su objetivo es criminalizar y destruir la política la política, tratando de instalar en la sociedad la idea de que todos los políticos son corruptos. Como en los tiempos que corren ya no se muestra como adecuada la destrucción física del adversario, lo que se ansía es su muerte legal y política”. (Inácio Lula Da Silva: 2021)

Estas operaciones son coordinadas con tareas perfectamente distribuidas. Los jueces y fiscales del *lawfare*, los medios de comunicación dominantes y sus principales figuras periodísticas, los integrantes de fuerzas políticas cuya única actividad conocida es la de denunciantes seriales y la colaboración a menudo de servicios de inteligencia orgánicos y/o cuentapropistas, conforman el elenco que atentan contra la democracia y la voluntad popular.

Las arbitrariedades judiciales se basan en dos institutos a decir del jurista Eugenio Raúl Zaffaroni “flojos de papeles”. Uno de naturaleza procedimental, la prisión preventiva y el otro de referencial penal, la asociación ilícita.

“La prisión preventiva es la que se dispone durante el proceso, antes de cualquier condena, ante una simple imputación y, como su nombre lo dice, se traduce en una prisión,

o sea que se impone una pena cuando todavía no se sabe si el penado es o no culpable. Se trata del tema más incomprensible de todo el derecho procesal penal: una verdadera cuadratura del círculo. Para evitar que se admita que hay penas sin condena, los procesa listas afirman que es una medida cautelar, análoga al embargo civil. No lo es, porque el embargo es de bienes y el embargado puede exigir una garantía para el caso de no ser condenado en el proceso civil, que también será en bienes o dinero. Pero como el preso pierde libertad, es imposible repararlo devolviéndole el pedazo de existencia que se le quitó". (Zaffaroni: 2018)

En la Argentina la llamada "Doctrina Irurzun" en referencia al juez camarista que introdujo la justificación de la aplicación de la prisión preventiva a exfuncionarios de los gobiernos nacional populares porque aún en el llano se presume que conservan "relaciones de poder", fue la piedra angular para encarcelar por cuestiones políticas a varias decenas de ciudadanos sin condena firme. El gobierno de Mauricio Macri a poco de finalizar su mandato tuvo el tino de motorizar una ley que desechara ese argumento como válido para encarcelar presuntos inocentes. Lo que se dice la puesta en acción del instinto de supervivencia.

El otro tema flojo de papeles que se sigue manipulando es el extraño delito de "asociación ilícita" del art. 210 del código penal: "Será reprimido con prisión o reclusión de 3 a 10 años, el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación". Comenta el ex ministro de la corte Suprema de Justicia: "Entendámonos: tres amigos toman unas copas de más pero no se emborrachan ni mucho menos, simplemente se 'alegran'. En el entusiasmo de la charla se ponen de acuerdo en dedicarse a estafar con cheques. Les parece fácil. Al día siguiente se reúnen y reflexionan que estaban sólo entusiasmados por el alcohol, pero que es inviable, y no hacen más nada. A estar a la ley, el delito estaría consumado. Podrían ser condenados como mínimo a 3 años, o sea, a la pena de la tentativa de estafa que nunca iniciaron, y como máximo, a 10 años, o sea a cuatro años más que el máximo de la estafa consumada. La lectura literal del texto, con las consecuencias que antes mencionamos, es una expresión del llamado "derecho penal de voluntad", propio del nazismo. De ninguna manera se puede extender la pena a un acto preparatorio, extremadamente anterior a cualquier inicio de ejecución (tentativa), sin violar todos los principios del derecho penal de un Estado de derecho, cuando aún está lejísimo cualquier peligro para un bien jurídico". (Zaffaroni: 2018)

Los medios de comunicación dominantes cumplen un rol fundamental en la creación de climas que luego legitiman el accionar arbitrario a todas luces de fiscales y jueces: "¿Cómo comienzan las guerras mediáticas? El antagonismo ideológico profundo es un factor clave. Es difícil que llegue a estallar una guerra mediática si no se radicaliza el enfrentamiento de ideas. En forma clara se preanuncian dos países distintos, excluyentes, donde las palabras centrales de la vida política ("democracia", "pueblo", "libertad", "derechos", "representación", entre otras) tienen dos significados distintos de acuerdo con el campo que las enuncie". (Ruiz: 2014)

Evidentemente Fernando Ruiz, actual presidente de FOPEA y directivo de la Universal Austral, forma parte activa de uno de los polos de la contradicción, y no precisamente del campo nacional y popular. Sin embargo esa pertenencia no le impide reconocer el abandono de los preceptos centenarios del periodismo profesional en aras de la guerra mediática sostenida contra los gobiernos populares. Agrega: "Los periodistas dejan de reconocer al otro como un par, y comienzan a verlo como un victimario. Y por eso no se le aplican los estándares profesionales como debería ser. Sólo la gente decente merece que se le lean los derechos mediáticos, que se la escuche y se la consulte, que se transmita en forma honesta lo que dice y hace. Un periodista enrolado en la batalla diría que la ciudadanía mediática (el tratamiento profesional por parte de los medios hacia las personas) no es aplicable a todos". (Ruiz: 2014)

En sintonía con Ruiz, Julio Blank uno de los periodistas decisores de la línea editorial antikirchnerista del diario Clarín, hoy ya fallecido, reconoció ante Izquierda a Diario: "A ver: ¿hicimos periodismo de guerra? Sí. Eso es mal periodismo. Fuimos buenos haciendo guerra, estamos vivos, llegamos vivos al final, al último día. Periodismo eso no es como yo lo entiendo, no es el que me gusta hacer. Y yo lo hice, no le echo la culpa a nadie, yo lo hice. Eran las circunstancias e hice cosas que en circunstancias normales por ahí no hubiese hecho, en términos de qué posición tomar o de cierta cosa terminante". (Rosso: 2016).

Julio Blank operó como una especie de mala conciencia de Clarín, ya que en otra oportunidad reconoció que el título de portada "La crisis se llevó dos nuevas muertes", en referencia a los asesinatos perpetrados por la Policía Bonaerense contra Maximiliano Kosteki y Darío Santillán en la Estación de Avellaneda, expresó en el documental que lleva como nombre aquel titular nefasto: «Fue un error no decir la verdad. Tengo guardado ese diario en mi oficina: la tapa dice una cosa y adentro (la nota) dice otra. Fue un título infeliz: escamoteaba la verdad».

Parece ser que los grandes medios de comunicación siempre encuentran una razón para mentir o escamotear la verdad conforme a sus intereses empresariales. Ya no se trata del libre ejercicio de la expresión de subjetividades. Estamos hablando de la malversación de los hechos, que solían ser "sagrados", y que en ocasiones genera consecuencias gravísimas como la manipulación de la voluntad popular o la pérdida de la libertad para ciudadanos inocentes.

La participación de los medios dominantes en el engranaje del *lawfare* es crucial. ¿Qué pasaría con las arbitrariedades judiciales si no se involucrasen con las causas armadas? ¿Cómo harían para conservar sus cargos los fiscales y jueces que cometieron todo tipo de trampas procedimentales y prevaricato sin la cobertura mediática? ¿Cómo se sostendría la persecución jurídica sin los poderosos medios no la legitimasen al menos frente a la mitad de la sociedad?

Trazabilidad de las operaciones de *Lawfare*

Si bien las operaciones de *Lawfare* cuentan con la participación imprescindible de distintos actores del poder permanente: sectores del Poder Judicial, el poder político ligado al poder económico, medios de comunicación dominantes y a menudo sectores de los servicios de inteligencia; no siempre la génesis de la persecución judicial comienza y prosigue del mismo modo.

Para comprender el rol protagónico en estas operaciones de los medios de comunicación dominantes y algunos de sus periodistas estelares, es conveniente analizar la trayectoria o trazabilidad de la causa judicial contaminada por el interés político de deterrar cualquier proyecto popular que se proponga transformar el curso de los acontecimientos que sustentan el orden neoliberal.

Proponemos una sencilla tipología que incluya las modalidades más habituales del desenvolvimiento de las causas de *lawfare* a partir de la participación de grandes medios de comunicación:

1. **“Por arriba”**: Modalidad según la cual una noticia falsa anunciada con grandes titulares en las portadas de los diarios de mayor circulación luego es tomada por un legislador que fueros mediante hace una denuncia judicial, por supuesto la causa casi siempre le toca a un juzgado que participa activamente de las tareas persecutorias.
2. **“Por abajo”**: En estos casos una noticia es publicada por algún medio ignoto, un blog de un “periodista de investigación”, un legislador “atento” la convierte en denuncia, un juez del *lawfare* sale sorteado para hacerse cargo de la causa, y los grandes medios de comunicación le dan difusión, un lugar destacado en la agenda pública y prácticamente dictan sentencia.
3. **“Transversal”**: Probablemente no sea la más habitual. Un medio dominante de un país de la Región publica una noticia falsa, la toma y multiplica un medio dominante nacional, y luego un legislador del elenco estable de denunciantes hace lo suyo y un juez inicia la persecución sobre los apuntados.

Como toda tipología habrá casos concretos que no se incluyen en estas tres modalidades descriptas, aunque la gran mayoría sí.

Por citar algunos ejemplos de las tres modalidades propuestas, claramente en el caso de la “Por arriba” podemos tomar la así llamada “causa de los cuadernos”. El relato que inicia ese verdadero dislate judicial consigna que supuestamente el periodista Diego Cabot, del diario La Nación, recibió en mano unos ocho cuadernos de anotaciones del chofer de Roberto Baratta, Oscar Centeno, quien habría tomado puntillosamente, y con un estilo bastante refinado de escritura, de situaciones, traslados de dineros fruto de sobornos y demás pruebas delictivas. La publicación en el diario centenario de la derecha argentina y la presentación judicial que una vez más cayó en el juzgado del inefable juez Claudio Bonadio abrió la mega causa que incluyó todo tipo de irregularidades, incluidas

la extorsión y el espionaje ilegal a testigos por parte de un falso abogado mediático y un notorio periodista del diario Clarín.

La segunda modalidad propuesta, “Por abajo”, se ajusta al caso que se intenta reconstruir en la presente ponencia. La entonces legisladora de la Ciudad de Buenos Aires, Graciela Ocaña presentó en 2016 una denuncia contra el Plan Qunita del ministerio de Salud durante el segundo gobierno de Cristina Fernández de Kirchner, que una vez más el azar quiso que cayera en manos del juez federal Bonadío. La presentación judicial se basó en un artículo de los periodistas Ignacio Montes de Oca y José M. Stella publicado en el ignoto blog “Eliminando variables”, dirigido por ambos. En adelante la noticia explotó en los grandes medios de comunicación al punto que se estima que fueron doscientas ochenta las tapas dedicadas al tema.

Por último la variante “Transversal”, quizá la menos frecuente, que encuentra un ejemplo perfecto en la denuncia de la revista brasileña “Veja” sobre el supuesto hallazgo de cuentas bancarias en los EE. UU. no declaradas por Máximo Kirchner y la exministra Nilda Garré. El diario Clarín se hizo eco de la publicación extranjera desde su portada citándola como fuente de autoridad. Por supuesto el tiempo demostró que se trataba de una noticia falsa inscrita en una operación más de *lawfare*, en este caso de alcance regional.

La participación de los grandes medios de comunicación es imprescindible para el desarrollo de las persecuciones político-judiciales sea en su carácter de iniciadores con la publicación de noticias falsas o de difusores y multiplicadores de causas judiciales ya iniciadas. En la articulación de distintos actores, el rol de los medios de comunicación es el de instalar la operación en la agenda pública, generar el clima para la condena social y adelantar el fallo mediático. Las arbitrariedades cometidas por jueces y fiscales se ven así legitimadas por el trabajo incesante de medios de comunicación y periodistas famosos que van quemando los restos de su credibilidad en la hoguera de esta guerra declarada a los gobiernos populares latinoamericanos.

No obstante, más allá que estas causas inventadas en el mediano y largo plazo suelen concluir con el sobreseimiento de los falsamente imputados, en el corto plazo se muestran eficaces para inhabilitar la participación política de numerosos dirigentes populares, cuando no crear el contexto político y social para que se den determinados resultados electorales propicios para el bloque dominante.

Breve cronología del caso Qunita

- (La Nación, 16 de julio de 2015): “En el marco de la inauguración de la 5ª muestra de ciencia y tecnología en Tecnópolis, la presidenta Cristina Kirchner anunció el plan Qunita, un “programa nacional de acompañamiento para la madre y el recién nacido”. La mandataria indicó que se les entregará a unas 150 mil personas un kit que incluye

una cuna de madera, indumentaria para el recién nacido, porta bebe, bolso materno y cambiador y otros elementos “de uso cotidiano” para la madre y él bebe, además de una guía de cuidados básicos. El programa está destinado a las titulares de la Asignación por Embarazo para Protección Social que estén inscriptas en el programa Sumar y para recibir el kit madres e hijos deberán realizarse controles médicos obligatorios”.

- (La Nación, 21 de julio de 2015): “La legisladora porteña de ECO Graciela Ocaña denunció penalmente la licitación del Plan Qunita por 900 millones de pesos, que anunció la semana pasada la presidenta Cristina Kirchner, por supuestas irregularidades en la adjudicación”. Evidentemente el diario centenario se “guardó” la primicia para un momento de mayor rentabilidad, por ejemplo el anuncio presidencial del plan por Cadena Nacional, ya que en el auto de procesamiento el juez de la causa consigna como fecha de la denuncia el 23 de junio de 2015. Es raro una noticia publicada casi un mes después de producida, más teniendo en cuenta aquello de “no hay nada más viejo que el diario de hoy”.
- (16 de febrero de 2016): El juez federal Claudio Bonadio resolvió procesar al Jefe de Gabinete, Aníbal Fernández, al ministro de Salud, Juan Luis Manzur y a los secretarios Daniel Gollán y Nicolás Kreplak, además de una veintena de funcionarios de la misma cartera. Además trabó un embargo millonario sobre todos los procesados y consignó explícitamente que “no correspondía la prisión preventiva para ninguno de ellos”.
- (Clarín, 14 de abril de 2016): El Gobierno derogó hoy el Plan Qunita, destinado a embarazadas y lanzado el año pasado por la gestión de Cristina Fernández, por el que **están procesados el ex jefe de Gabinete Aníbal Fernández y los ex ministros de Salud Juan Manzur y Daniel Gollán**, por supuesto “direccionamiento” de la licitación e “importantes sobrepresios”. La resolución 454 del ministerio de Salud fue comunicada hoy en el Boletín Oficial, con fecha del 8 de abril pasado, y como principal argumento señala los riesgos y la **“peligrosidad”** de algunos elementos que se entregaban en el plan, cuyo nombre oficial era “Programa Nacional de Acompañamiento de la Madre y el Recién nacido”.
- (La Nación, 12 de septiembre de 2016): El fiscal federal Eduardo Taiano dictaminó hoy que debe enviarse a juicio oral al ex jefe de Gabinete en el kirchnerismo Aníbal Fernández por supuesta defraudación en la compra de kits para recién nacidos, conocida como plan Qunita. El requerimiento de Taiano incluye también al ex ministro de Salud Daniel Gollán, el ex vice de esa cartera y miembro de La Cámpora, Nicolás Kreplak, y otros 15 exfuncionarios y proveedores del Estado.
- (Infobae, 14 de septiembre de 2016): Bonadio ordenó destruir 60 mil cunas del “Plan Qunita” por inseguras. El juez federal se amparó en informes técnicos que así lo indicaron.
- (Télam, 23 de septiembre de 2016): Bonadio cambió de opinión y dijo que reutilizar los materiales del Plan Qunita es decisión del Ministerio de Salud. El magistrado informó la decisión a través de un escrito, en el que respondió las distintas presentaciones que habían llegado a su juzgado cuando se dio a conocer la noticia de que había ordenado destruir parte de los kits e incluso que había dispuesto su quema.
- (La Nación, 10 de noviembre de 2016): “Claudio Bonadio elevó a juicio la causa Qunita en la que están procesados Aníbal Fernández y Daniel Gollán. Fue luego de un planteo

de la Oficina Anticorrupción en la investigación de las licitaciones del programa del Ministerio de Salud durante el gobierno de Cristina Kirchner. El juez rechazó las oposiciones a la elevación a juicio planteadas por los abogados defensores de los imputados. También desestimó los pedidos de sobreseimiento y dispuso la elevación a juicio de la causa N°6606/15, en la que están procesados 18 exfuncionarios y empresarios”.

- (La Voz del Interior, 11 de noviembre de 2016): La legisladora porteña Graciela Ocaña afirmó hoy que en el marco de la denuncia que hizo por sobreprecios en el "Plan Qunita" del kirchnerismo compró "todos los productos del kit" para recién nacidos en el barrio porteño de Once y reveló que le costó "4.200 pesos, eso mismo que el Estado había pagado 7.900, es decir, la mitad". "Compramos todos los productos en Once, en comercios minoristas, y le entregamos al juez el kit y las facturas y le mostramos que cualquier persona podía comprar eso mismo que el Estado había pagado 7.900 pesos en 4.200 pesos", declaró la legisladora porteña al diario cordobés propiedad del Grupo Clarín, dando algunos detalles del peritaje "amateur" que realizó junto a su tía.
- (Infobae, 27 de junio de 2017): "El Tribunal Oral Federal 1 de la Ciudad le ordenó este martes al ministro de Salud de la Nación, Jorge Lemus, que en 30 días distribuya parte de los kits del "Plan Qunita" que había establecido el gobierno de Cristina Fernández y suspendió la actual administración de Mauricio Macri”.
- (La Nación, 29 de junio de 2021): "La fiscal pidió sobreseer a todos los acusados por el Plan Qunita. Graciela Baigún dijo que no se logró constatar un fraude en la compra de un kit para embarazadas; serán beneficiados, sin llegar a juicio, Aníbal Fernández, Daniel Gollán y Nicolás Kreplak... Baigún recordó que en este caso recién se llevó adelante un peritaje contable y uno técnico con posterioridad a la elevación a juicio, como consecuencia de los pedidos realizados por las defensas y por este Ministerio Público Fiscal”.
- (La Nación, 16 de julio de 2021): "Sobreseyeron a Aníbal Fernández, Daniel Gollán y Nicolás Kreplak por el plan Qunita. La fiscal del caso, Gabriela Baigún, había pedido el cierre de la causa, que era por presuntas irregularidades en la entrega de kits maternos; el juez que investigó los hechos fue Claudio Bonadio y la denunciante, Graciela Ocaña”.
- (Página/12, 9 de agosto de 2021): "Después de estar en las tapas de los diarios por semanas y semanas, una pericia oficial demolió las acusaciones sobre el Plan Qunita, aquella iniciativa destinada a darle a cada madre de bajos recursos un kit para los primeros seis meses de vida de su bebé. Para sostener que hubo sobreprecios, el fallecido juez Claudio Bonadio se basó en un kit alternativo que presentó la diputada del PRO, Graciela Ocaña. Los peritos destrozaron a la legisladora: "la distancia entre los barrotes de esta cuna es peligrosa para un bebé"; "los materiales no cumplen con lo solicitado"; "el kit de la licenciada Ocaña no contempla todos los ítems requeridos en la licitación". De hecho -dice la pericia- faltan 14 de los 42 elementos del kit que se entregó a las madres. Desde el punto de vista del precio, los peritos señalaron que no se puede establecer un precio que sirva como referencia porque el kit no existía en el mercado. Sin embargo, la Sindicatura General de la Nación estableció un precio indicativo de 7.479 pesos, cerca de los 7.850 a los que licitó y dentro del 10 por ciento de margen que permiten las normas”.

Lo que va del entusiasmo a la decepción

Como suele ocurrir con todas las noticias falsas que se “caen”, una cosa es la enjundia con que los medios dominantes informan sobre los hechos noticiosos, reales o no, que les interesa destacar y otra cosa es la aclaración cuando aquella noticia es refutada por la realidad.

El caso Qunita, que halló su finalización con el sobreseimiento de todos los acusados y la no realización del juicio oral previamente dispuesto, no fue la excepción. Entre el 26 de febrero de 2016 y el 17 de julio de 2021 corrió mucha agua bajo el puente...

Clarín Miércoles 17.2.2016

El regreso soñado
Tráfico Del Potro
Fue en Ginebra donde tras casi un año de ausencia por lesión, se...

Signe de racha
San Lorenzo le ganó 2-0 a Olimpo...
Voleó golos 3-0 a Argentinos...

Escándalo con un plan para bebés: procesan a Aníbal y a Manzur
Es el programa Qunita, que contemplaba la entrega de un litro de productos para recién nacidos y sus mamás. Donado encontró que hasta hubo empresas que compraron los insumos antes de que saliera la licitación. Otras 20 personas, procesadas por fraude. **K**

En dos meses, los jueces ya procesaron a siete ex funcionarios K

Por el calor, sube el consumo de luz y crecen los cortes
Las empresas dicen que hacen cortes preventivos. Ayer hubo cortes en hasta 200 localidades por energía eléctrica. **K**

Protestan que mañana será el día de más calor

La depilación total, una moda peligrosa
Especialistas advierten que el procedimiento puede ser riesgoso.

Italia apoya el acuerdo con sus bonistas
Matteo Renzi prometió mañana le regalo 1000 euros y dijo que se pospondrá. “Quisiera tener la oferta del Gobierno. Y digo que Argentina “volverá a ser protagonista a nivel mundial”. **K**

Nueva oferta de aumento a los docentes: 32%
Es el incremento promedio para todos las categorías. En el básico la suba será mayor: llegará al 40% en julio. **K**

LA NACION Miércoles 17 de febrero de 2016 | lanacion.com.ar

Por la ola de calor, programan cortes de luz hasta el viernes
Se estima que el día de más calor será el día de más cortes de luz. El gobierno anticipa que habrá cortes de luz en algunas zonas de la ciudad y en algunas provincias.

Mejoraron la oferta a los docentes y habría acuerdo
El gobierno anticipa que habrá un acuerdo con los docentes sobre el aumento salarial.

El Posadas, víctima de la crueldad
Un niño fue asesinado en un accidente de tránsito en Posadas.

Aníbal Fernández y Manzur, procesados
Los jueces procesaron a los dos ex funcionarios por el caso Qunita.

Pacto para subir el precio del petróleo
El gobierno y las empresas petroleras acordaron un aumento de precios.

Repararán la fundidora para salvar el Sarmiento
Se trabaja para reparar la fundidora de la locomotora Sarmiento.

Apps para pasajeros. El taxi a un toque de pantalla del celular
Se lanzaron nuevas aplicaciones para facilitar el uso del taxi.

Clarín Sábado 17.7.2021

El sueño de Valentín Barco debutó a los 16
Jugó en Boca y es el más joven del torneo.

Jorge Lanata
El periodista se enfrentó a la justicia por un artículo.

Claudia Piñero
Premiada por su novela "Cecilia".

El dólar blue cerró a \$179, se amplía la brecha con el oficial y crece la deuda
El dólar blue cerró a \$179, se amplía la brecha con el oficial y crece la deuda.

Los jueces K, absueltos
La justicia absolvió a los jueces K por el caso Qunita.

Cuba presiona a manifestantes, y Bachelet pide que liberen a los detenidos
Cuba presiona a manifestantes, y Bachelet pide que liberen a los detenidos.

El descanso del campeón de América en Miami
El campeón de América se toma un descanso en Miami.

LA NACION Sábado 17 de julio de 2021 | lanacion.com.ar

Boca empató con Unión en el inicio de la Liga
Boca empató con Unión en el inicio de la Liga.

LLEGO DE COBIA SIN NAVAL Y CIERRO UN EMPORO EN EL PAÍS
Llegó de Cobia sin Naval y Cierro un emporo en el país.

PROPUESTAS POR ZONAS AL AIRE LIBRE PARA LAS VACACIONES
Se presentaron propuestas por zonas al aire libre para las vacaciones.

Cristina denunció un complot y exigió anular el juicio por el pacto con Irán
Cristina denunció un complot y exigió anular el juicio por el pacto con Irán.

Llegan 3,5 millones de vacunas donadas por EE.UU.
Llegan 3,5 millones de vacunas donadas por EE.UU.

Las inundaciones no le dan resaca al centro de Europa
Las inundaciones no le dan resaca al centro de Europa.

La izquierda regional cierra filas en respaldo del régimen cubano
La izquierda regional cierra filas en respaldo del régimen cubano.

La ciudad dispuso nuevas aperturas
La ciudad dispuso nuevas aperturas.

La deuda pública bruta alcanzó su máximo nivel histórico
La deuda pública bruta alcanzó su máximo nivel histórico.

Nótese como Clarín y La Nación destacaron la noticia del procesamiento de los exfuncionarios del gobierno de Cristina Fernández de Kirchner el 17 de febrero de 2016. Y como minimizó Clarín el sobreseimiento de estos y la anulación del juicio oral del 17 de julio de 2021, insertándolo en otra noticia de tapa referida a la expresidenta, y La Nación directamente la omitió.

Nadie les pide que renuncien a sus subjetividades, al contrario en eso se basa la libertad de expresión. Pero sí constituye una estafa a sus propios lectores desinformarlos sobre eso que solían llamar “actualidad nacional”.

Caso Qunita: una operación de *lawfare* con reminiscencias del pasado

La breve pero intensa cronología de doce hitos de la causa Qunita narrados por la prensa gráfica dominante, el número trece es una necesaria información sobre la pericia oficial que desbarató la operación que fue publicada con posterioridad a los sobreseimientos por Página/12, nos dan una idea bastante aproximada de las características multipropósitos que exhibió esta modalidad de persecución judicial-mediática.

En efecto, no solo se hizo desfilar por los tristemente célebres tribunales federales de Comodoro Py a los más altos funcionarios del ministerio de Salud y al propio Jefe del Gabinete de Ministros, sino que a la usanza de la autodenominada “Revolución Libertadora” –más conocida popularmente como “Revolución Fusiladora”–, hasta hubo un intento luego reprimido por la indignación pública, de incinerar miles de moisés y otros artículos de primera necesidad para madres y recién nacidos de bajos recursos.

La denuncia iniciada por la legisladora de la Ciudad de Buenos Aires, Graciela Ocaña, quien integra junto a un puñado de colegas un selecto grupo de denunciantes seriales más conocido por sus actividades judiciales que legislativas, cumplió sobradamente con los múltiples objetivos tácticos y estratégicos que el bloque dominante busca con particular denuedo.

Desgaste de un gobierno popular como el de Cristina Fernández de Kirchner en un año de recambio presidencial. Torpedeo de las posibilidades electorales del Jefe de Gabinete, Aníbal Fernández, pre candidato a gobernador de la decisiva Provincia de Buenos Aires. Destrucción de la credibilidad pública en políticas de ampliación de derechos enturbiadas por supuesta corrupción. Descalificación del Estado como redistribuidor de la riqueza, siendo que ese rol está reservado exclusivamente para el mercado por el pensamiento conservador. Revanchismo político con el intento de destruir miles de kits que hicieron ir y venir con la decisión al juez Bonadio ante el descrédito popular.

Objetivo cumplido podrían decir los padres colaborativos de esta infamia. Que los procesados hayan sido sobreseídos antes de llegar al juicio oral es un detalle. Haber sostenido la causa durante seis años, con cientos de portadas y noticias al respecto, y habiendo colaborado con la victoria electoral de la alianza Cambiemos en las elecciones presidenciales de 2015, no deja dudas al respecto. Como ganancia adicional deberíamos apuntar el disciplinamiento ejercido sobre buena parte de los funcionarios, no los de primera línea, lo más expuestos, pero sí sobre funcionarios con formación técnica que piensan dos veces cada vez que deben firmar documentos públicos, ya que el calvario público y privado al que los puede someter la persecución posterior funciona como una amenaza mafiosa.

Un párrafo aparte para el exjuez Claudio Bonadio quien además de cometer los más grandes desmanes judiciales que se recuerden, ostenta un récord que difícilmente le arrebaten en el futuro: venciendo las leyes del azar, “ganó” cuanto sorteo de causas de *lawfare* se realizó para determinar qué juzgado debía entender en ellas. Y las pocas veces que la fortuna le volteó la cara, ahí estuvo Julián Ercolini con igual presteza para cometer todo tipo de arbitrariedades contra los opositores políticos.

Por supuesto que no le van en saga los camaristas Martín Irurzun, Mariano Borinsky y Gustavo Hornos: el primero hasta le puso apellido a una “doctrina”, el segundo trascendió por las tenidas deportivas en el Quinta Presidencial de Olivos y el último, un asiduo concurrente al mismo Polideportivo y a la misma Casa Rosada.

Todo esto hubiese sido imposible sin los inestimables servicios de los fiscales federales Carlos Stornelli, Eduardo Taiano, Guillermo Marijuán y Gerardo Pollicita. Todos amparados por el Procurador Carlos Casal y los fiscales de cámara Raúl Pleé y Ricardo Sáenz.

El silencio e inacción de los ministros de la Corte Suprema completa el cuadro de complicidad y aval tácito a las persecuciones políticas.

Este es elenco estelar de una parte importante del Poder Judicial argentino que se autopercebe como “Justicia”. Alguno falleció. Otros se jubilaron. Ninguno fue sometido a juicio político, por la cobertura corporativa en el Consejo de la Magistratura y por el blindaje mediático hacia la sociedad en su conjunto.

Son responsables de cuanta arbitrariedad seamos capaces de imaginar. Han humillado a inocentes sacándolos esposados y en paños menores de sus domicilios, los han hecho aparecer en público pertrechados con casco y chalecos anti balas como si fuesen integrantes de una banda de narcotraficantes, han extorsionado testigos para que declarasen la letra que le dictaban, han apresado dirigentes populares por motivos menores y luego les acumularon acusaciones con el solo objeto de mantenerlos privados de su libertad, han cableado celdas en los penales para hacer escuchas ilegales de los detenidos y sus amigos, familiares y abogados... ¡Y todo en nombre de la República!

Pero si estos actores funcionaron como los verdugos que aplicaron la normativa vigente abusando de su poder discrecional, el rol de los medios de comunicación dominantes fue insustituible. Sin la generación de los climas políticos y sociales efectuados por los operadores mediáticos hubiese sido muy dificultoso que desde los juzgados se pudiera hacer y deshacer casi sin límites.

El anticipo de la condena mediática deja el camino libre para que los magistrados abusen de su autoridad sin correr riesgos de ser sancionados. La prédica constante sobre el descrédito de la actividad política deja a la sociedad sin capacidad de reacción frente a los relatos más disparatados e inverosímiles como aquellos de los pozos llenos de dinero en la Patagonia o los bolsos, que como vimos, nunca fueron “arrojados por arriba de un muro”, sino que fueron recibidos en mano por la puerta de entrada.

La dimensión regional de estas prácticas no nos puede hacer pensar en menos que tareas coordinadas desde el exterior y es imposible no establecer vínculos análogos –salvando las distancias– con el “Plan Cóndor” que coordinaba tareas para capturar, asesinar y desaparecer a militantes populares en distintos países de nuestra región durante la vigencia de las dictaduras cívico-militares.

¿La pregunta que se impone es cómo evitar que a futuro se reiteren estas prácticas antagónicas con el estado de derecho?

Una reforma constitucional se presenta imperiosa y no sólo por esta temática. Pero más temprano que tarde resulta insoslayable la incorporación de una reestructuración de raíz del Poder Judicial para impedir que estas configuraciones arbitrarias, corporativas y endogámicas vuelvan a concretarse. Por otro lado, la elevación a rango constitucional del derecho a la comunicación y por ende del límite a las posiciones dominantes en la estructura de propiedad de los medios de comunicación, más allá de la incorporación de los tratados internacionales que introdujo la reforma del '94, se impone.

Las reformas al Poder Judicial y al sector de la comunicación audiovisual por la vía de sendas leyes resultaron ineficaces al ser rápidamente cercenadas en su aplicación. El sustento de la Carta Magna debería operar como un respaldo sólido a la futura legislación particular que habrá que abordar y debatir.

Referencias

- Cabral, Pablo Octavio.** (2018). *La judicialización de la política, en Trayectorias universitarias*, La Plata (Vol. 4 N°7).
- Da Silva, Inácio Lula.** (2021). *Prólogo a ¡Bienvenidos al Lawfare!*, Eugenio Zaffaroni y otros, Buenos Aires, Capital Intelectual.

- Rosso, Fernando.** (2016). *"Julio Blank: 'En Clarín hicimos un periodismo de guerra'"*, en Izquierda a Diario, 17 de julio de 2016, Buenos Aires.
- Ruiz, Fernando.** (2014). *Guerras mediáticas. Las grandes batallas periodísticas desde la Revolución de Mayo hasta la actualidad*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl.** (2018). *¿Explicamos lo inexplicable?*, en diario Página/12, 23 de enero de 2018, Buenos Aires.

WERNER VÁSQUEZ VON SCHOETTLER* - ISABEL RAMOS ÁVILA**

Octubre de 2019: medios, represión y *lawfare* en Ecuador

Introducción

Esta ponencia procura analizar el papel de los medios concentrados, en particular de dos diarios de alcance nacional y larga trayectoria, en la legitimación de las decisiones políticas de un gobierno sobre el que pesan acusaciones de criminalización de la protesta social, de uso indiscriminado de la fuerza e, incluso, de crímenes contra la humanidad, perpetrados frente a la movilización ciudadana en contra de medidas antipopulares como del retiro del subsidio a los combustibles decretado el 1 de octubre de 2019 por el Presidente Lenín Moreno, los despidos masivos y la reducción de salarios en el sector público, mientras que, al mismo tiempo, se eximía del pago de intereses y multas a los grandes deudores de impuestos.

En dicha ocasión, además, el gobierno instrumentó un caso de persecución político-judicial que tuvo un fuerte impacto dentro y fuera del país, primero, porque revela la continuidad del *lawfare* (Vollenweider y Romano, 2017), en contra del expresidente Rafael Correa, los dirigentes del movimiento político conocido como “Revolución Ciudadana” y los funcionarios de sus gobiernos y, en segundo lugar, porque entre las personas acusadas penalmente y cuyas causas permanecen en curso, se encuentra la joven dirigente Paola Pabón, la primera mujer en ocupar la Prefectura de Pichincha, máxima autoridad

(*) Doctor en Ciencias Sociales con mención en Estudios Políticos y profesor visitante de FLACSO, Sede Ecuador. Se ha desempeñado con consultor político y ha impartido clases por más de 20 años en las principales universidades del Ecuador. En la actualidad investiga sobre Comunicación Política, discursividades mediáticas y acción colectiva.

(**) Doctora en Ciencias Sociales con Mención en Comunicación por la Universidad Nacional de Cuyo. Profesora investigadora Titular Principal de Flacso, Sede Ecuador, donde ocupó el cargo de Coordinadora Docente (vicerrectora) y actualmente dirige el programa de Maestría en Comunicación y Opinión Pública. Es coordinadora del Grupo de Trabajo de CLACSO sobre Economía Política de la Información, la Comunicación y la Cultura.

ejecutiva de elección popular del gobierno de una de las provincias más grandes del país, en donde se encuentra Quito, la capital.

Pese a haberse resuelto la aplicación de medidas sustitutivas a la prisión preventiva dictada el 15 de octubre de 2019 por presunta responsabilidad en el delito de “rebelión”⁽¹⁾, Paola Pabón, Virgilio Hernández y Christian González –todos ellos militantes del “correísmo”– permanecen con grilletes electrónicos y con sus movimientos monitoreados por la policía nacional, luego de haber permanecido 70 días en una celda.

Inicialmente, la acusación fue formulada en cadena nacional por el Presidente Moreno, quien apareció acompañado de su vicepresidente, su ministro de Defensa y los miembros de las cúpulas militar y policial y señaló a Rafael Correa, Paola Pabón, Virgilio Hernández y al presidente de Venezuela, Nicolás Maduro, como las figuras que estarían “detrás” de un presunto intento de golpe de Estado en su contra.

En los párrafos que siguen se revisan las coberturas que los diarios *El Comercio* y *El Universo* dieron a estos hechos y a las movilizaciones ciudadanas de octubre de 2019. De este análisis se desprende que estos medios y las cadenas de radio televisión más importantes del país construyeron agendas (McCombs, 2004) y enmarcamientos (Entman 1993; 2004) convergentes con el discurso criminalizante del gobierno sobre la revuelta popular y, además, contribuyeron a la legitimación de la persecución judicial de dirigentes y autoridades opositoras.

Es decir, los medios se posicionaron como actores fundamentales y definitorios para la acción concertada del Ejecutivo, la Fiscalía General del Estado y la Función Judicial, encaminada a anular el derecho a la resistencia consagrado en la Constitución y a instalar el *lawfare* como lógica política en el país.

El Ecuador en la transición neoliberal

El retorno al neoliberalismo vivido en Ecuador desde 2017, con el gobierno de Lenín Moreno, trajo graves consecuencias para el orden social del país. En 2019, apenas dos años después de una elección en la que tanto la población ecuatoriana como los analistas internacionales creyeron que “la derecha no había logrado cruzar el Ecuador”⁽²⁾, el país se encontraba sumido en una profunda crisis económica, social y política.

(1) Delito tipificado en artículo 336 del Código Integral Penal, que indica que “la persona que se alce o realice acciones violentas que tengan por objeto el desconocimiento de la Constitución de la República o el derrocamiento del gobierno legítimamente constituido, sin que ello afecte al legítimo derecho a la resistencia, será sancionado con pena privativa de libertad de 5 a 7 años.

(2) Titular principal de la edición del 3 de abril de 2017, del diario argentino *Página 12*, publicada un día después de proclamarse el triunfo de Lenín Moreno en la segunda vuelta de las elecciones presidenciales, frente al banquero Guillermo Lasso, por un estrecho margen (51,16% de votos válidos del primero, frente a un 48,84% del segundo).

Moreno, a pesar de haber llegado a la Presidencia de la República con el programa de gobierno –y los votos– de la Revolución Ciudadana y pese a que su antecesor, Rafael Correa, que gobernó el país por 10 años e implementó políticas redistributivas y soberanistas, fuera el principal actor de su campaña electoral, emprendió un proceso muy rápido y eficiente de acercamiento a las élites tradicionales que se habían visto desplazadas de la conducción política. Esto se reflejó en la composición del gabinete, al que fueron convocados reconocidos miembros de las cámaras de la producción, como Richard Martínez, el presidente del Comité Empresarial Ecuatoriano que ocupó la cartera de Economía y fue el artífice del acuerdo con el Fondo Monetario Internacional, cuyo representante en el país había sido declarado persona non grata y, por ende, expulsado del territorio nacional por el gobierno de Correa, en abril de 2007.

En primer lugar, el Presidente Moreno, transformó radicalmente el discurso que había desarrollado en la campaña llegando a afirmar, a cuatro meses de asumido, que estaba empezando a “odiar a quienes le habían dado su voto”⁽³⁾. En segundo lugar, impulsó una consulta popular de la cual salió victorioso con el apoyo de todo el arco político “anticorreísta”, de la derecha a la izquierda.

Esta consulta, efectuada en 2018 sin control de constitucionalidad y omitiendo varios requisitos legales, más allá de una serie de preguntas “de enganche” como las relacionadas con la prevención del abuso sexual en las escuelas y la conservación del medio ambiente, tenía dos propósitos fundamentales: evitar que Correa se presente como candidato a un cargo de elección popular en el futuro y cambiar la composición de las instituciones de control del Estado, colocando o manteniendo a personajes afines a sus proyectos en entidades como la Contraloría General del Estado, la Corte Constitucional, la Fiscalía, el Consejo de la Judicatura y el Consejo Nacional Electoral.

Para ello, se nombró un Consejo de Participación Ciudadana y Control Social transitorio, con plenas facultades para remover a los funcionarios y convocar a “concursos públicos” para reemplazarlos. El caso más comentado en este sentido –pero de ningún modo el único– tiene que ver con el nombramiento de la Fiscal General del Estado, la abogada afroecuatoriana Diana Salazar quien, luego de obtener una calificación de 10 puntos sobre 20 en el examen escrito, obtuvo el mejor puntaje en la entrevista personal. Al respecto, un ex miembro del Consejo Transitorio afirmó que

La pregunta del millón es por qué llega primera. A qué me refiero: en méritos no estaba primera, en oposición, en el examen escrito que se hizo, tampoco llegó primera. Ella llega primera por las calificaciones en la audiencia oral (...) yo puedo responder por mi calificación que fue de 24/30, pero ella tuvo cuatro 30. La pregunta es ¿por qué llega primera?, porque se la calificó para que llegue primera⁽⁴⁾.

(3) 29 de agosto de 2017, en una reunión con representantes de la banca privada que le expresaron su “respaldo, aprecio y felicitación a su gestión”. <https://www.youtube.com/watch?v=DwxRzFwISPE&t=19s>

(4) <https://www.pichinchacomunicaciones.com.ec/exvocal-del-cpccs-transitorio-cuestiona-proceso-de-designacion-de-diana-salazar-como-fiscal-general/>

El caso de la Corte Constitucional merece un comentario aparte, puesto que el Consejo Transitorio no tenía facultades legales para evaluar a los jueces, y menos aún para reemplazarlos. De todos modos, y utilizando el argumento de que dicho consejo contaba con el aval de la ciudadanía, expresado en el resultado de la consulta popular, los jueces constitucionales fueron cesados “bajo los argumentos de irregularidades en el proceso que los designó, incumplimiento de sus funciones, mal manejo y supervisión de fondos públicos, falta de transparencia y por un alto nivel de desconfianza de la ciudadanía”. (Fundación Ciudadanía y Desarrollo, 2019: 4).

Es importante señalar aquí que Julio César Trujillo, un abogado ya fallecido que fue puesto al frente del Consejo Transitorio a los 87 años de edad había declarado la “vacancia constitucional” por 60 días durante el proceso de cese de los magistrados anteriores y designación de los nuevos, sin que se levantara ninguna alerta o se expresara ninguna objeción desde los medios de comunicación concentrados⁽⁵⁾. Esta resolución que no tiene precedentes en el mundo, al igual que las declaraciones de Trujillo en un medio radiofónico en el sentido de que “en el caso de que hubiere algún conflicto entre nuestras decisiones y la Constitución ha de prevalecer la norma creada por nosotros»⁽⁶⁾ muestran con mucha claridad que la cooptación de las instituciones de control instrumentada por el gobierno de Moreno tenía objetivos muy precisos en el marco de la transición neoliberal, por lo cual todos los actores involucrados en su concreción: el gobierno nacional, las élites económicas y políticas tradicionales y los medios de comunicación concentrados debían cerrar filas.

Huelga decir que la designación de los nuevos miembros de la Corte Constitucional también estuvo signada por fuertes cuestionamientos a la metodología, a los puntajes asignados a los postulantes elegidos, a la falta de transparencia, a la discrecionalidad con la que se manejó el proceso y, además, por la renuncia de un miembro de la comisión evaluadora debido a que “que se tomaron decisiones fuera de las reuniones formales” (Fundación Ciudadanía y Desarrollo, 2019: 15). Estas y otras objeciones estuvieron fuera de la agenda mediática, o bien tuvieron un tratamiento absolutamente marginal.

Fue de este modo como el gobierno de Lenín Moreno construyó y dio forma a la estructura institucional indispensable para la “aplicación de la ley como un arma para destruir al adversario político por la vía judicial (Romano, 2017: 19) y para la instalación en el Ecuador de una suerte de neoliberalismo autoritario (Bruff, 2013; Bruff y Tansel, 2019) mediante el cual los aparatos estatales se utilizaron para amedrentar a la ciudadanía y para anular ciertas alternativas electorales. Como definen Bruff y Tansel, en el Ecuador se produjeron ataques sistemáticos a la soberanía popular desde las mismas instituciones formalmente encargadas de protegerla.

(5) <https://www.elcomercio.com/actualidad/consejotransitorio-ratifica-cese-corte-constitucional/>

(6) <https://mobile.twitter.com/VerdugaAbraham/status/1419993830661705731>

Esta captura de la institucionalidad estatal no hubiera arrojado los resultados esperados sin la activa participación de los medios de comunicación concentrados, que construyeron marcos de interpretación favorables y que construyeron una agenda de atributos (McCombs, 2004: 138) positivos para la acción del Consejo Transitorio y los nuevos miembros de las entidades de control, al mismo tiempo que denostaban a sus integrantes anteriores. Observemos algunos ejemplos:

El país democrático saluda la conformación de la nueva Corte Constitucional y alienta su inmensa tarea cívica (...). Por eso es que el proceso que imaginó y puso en práctica el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social transitorio para la selección de aspirantes y la comisión de crédito académico y altura cívica que se creó merecen respaldo ciudadano. (Editorial **“La Corte Constitucional frente a un gran reto”**, diario El Comercio, 6 de febrero de 2019).

El nombramiento de la doctora Diana Salazar como Fiscal General del Estado ha sido recibido por la ciudadanía con optimismo y confianza, como un gran acierto. Sus títulos académicos, su trabajo profesional de años en la fiscalía y, sobre todo, su dinámico y eficiente aporte al descubrimiento y procesamiento judicial de algunos de los delitos de altos funcionarios del régimen de Correa, hicieron que fuera conocida y apreciada por todo el país.

Mujer enérgica y recta, a la que no amedrentan las amenazas, ha dicho que actuará “sin favor ni temor”. Mira hacia el futuro con un espíritu sano, en el que no caben ni indebidas venganzas ni innobles retaliaciones (Análisis de coyuntura **“Nueva Fiscal General”**, El Comercio, 5 de abril de 2019).

Finalmente, el país se apresta a tener una nueva Corte Constitucional. Luego de más de una década de vigencia de la llamada Constitución de Montecristi –la número veinte que registramos– tendremos magistrados cuyos méritos no se miden por su servilismo hacia el poder de turno, ya sea que ese poder se siente en Carondelet o en algún cortijo, sino por su compromiso con el derecho y lealtad para con la democracia. Las escaramuzas de un grupillo que buscó empañar el buen nombre de algunos de los nuevos magistrados solo sirvieron para demostrar el temor que le tiene la banda de mafiosos correístas a la sola idea de que haya una corte que no es de su propiedad, tal como sucedió en el pasado. (Columna de Opinión de Hernán Pérez Loose⁽⁷⁾, **“Nueva Corte Constitucional”**, diario El Universo, 29 de enero de 2019).

Diana Salazar, entre las cinco figuras contra la corrupción en América Latina, según Americas Quarterly. Según una publicación de Americas Quarterly (AQ), la fiscal general Diana Salazar está entre las cinco figuras que luchan contra la corrupción. (Titular, El Universo, 24 de julio de 2019).

Mientras el gobierno ocupaba las instituciones de control Estatal con figuras afines, aliados políticos y detractores del “correísmo”, se profundizó el ajuste y la adopción de políticas que favorecían la concentración de la riqueza y la presión económica sobre las mayorías, por la vía del “achique” del sector público y la precarización del trabajo.

(7) Además, de columnista regular del medio, Pérez Loose es el abogado de la empresa El Universo.

En febrero de 2019, el Presidente anunció con bombos y platillos y en cadena nacional un acuerdo con el Fondo Monetario Internacional en los siguientes términos

Hoy tengo buenas noticias para ustedes. Hoy quiero hablarles del futuro. De un nuevo Ecuador que genera confianza. Hemos recuperado la confianza y la credibilidad. Por eso, las más importantes organizaciones mundiales han decidido sumarse al camino que estamos construyendo. Han decidido respaldar el Plan de Prosperidad de nuestro Gobierno, por eso vamos a recibir más de 10.000 millones de dólares⁽⁸⁾.

Nada se dijo, ni en los canales informativos oficiales ni en los medios de comunicación privados y públicos sobre las condiciones en las que esta “ayuda” llegaba ni sobre las medidas de ajuste que debían aplicarse para obtenerla.

Meses después, el 2 de octubre, se develaría el misterio en otra cadena nacional. Esta vez, con un tono menos festivo, los ecuatorianos y ecuatorianas se enterarían de los costos que tendría para las mayorías en préstamo del FMI: la eliminación del subsidio estatal a los combustibles, la emisión de nuevos bonos de deuda pública, la reducción en 10 mil plazas de la planta de trabajadores del Estado, la reducción de las vacaciones y una nueva tabla de remuneraciones en para el sector público, ajustada en un 20% menos para los nuevos contratos.

Es decir, un ajuste brutal que debían soportar las familias trabajadoras, en tanto que los sectores empresariales y financieros se beneficiarían de la reducción de aranceles para la importación de equipos tecnológicos y bienes de capital y de la disminución del impuesto a la salida de divisas.

La respuesta de la sociedad no se hizo esperar y empezó con un paro de transportistas a nivel nacional, que muy pronto llegaron a acuerdos con el gobierno y suspendieron la medida de fuerza. Sin embargo, entre el 3 y el 13 de octubre, se produjo una gran movilización de protesta que convocó al movimiento indígena, estudiantes universitarios, organizaciones gremiales, colectivos de mujeres y ciudadanos comunes, se desplegaron una serie de viejos y nuevos repertorios de contienda política (McAdam, Tilly y Tarrow, 2005): la marcha hacia las sedes del Ejecutivo y la Asamblea Nacional, la ocupación del espacio público, los acampes de familias indígenas y campesinas, las performances musicales y teatrales y las asambleas públicas. También se construyó, de manera espontánea, un movimiento de enorme solidaridad. Las universidades y centros culturales, ofrecieron refugio y alimento a los manifestantes, y las organizaciones estudiantiles y cientos de voluntarios se organizaron en brigadas de emergencia para atender a los heridos y cuidar de los niños y las personas mayores.

Al mismo tiempo, y como resultado de la brutal represión ordenada por el Ejecutivo, se registraron al menos 11 fallecimientos, 1.507 personas resultaron heridas, muchas ellas de gravedad y 1.382 fueron detenidas arbitrariamente. Las gravísimas violaciones a los

(8) <https://www.telesurtv.net/opinion/El-salvataje-mediatico-y-el-acuerdo-con-el-FMI-en-Ecuador-20190226-0007.html>

Derechos Humanos cometidas en esos días se encuentran registradas en el informe de la Comisión de la Verdad que fue convocada por la Defensoría del pueblo en 2020⁽⁹⁾.

De este modo, la protesta social y la contienda política callejera en contra de medidas antipopulares, en primer lugar, fueron criminalizadas y, en segundo término, se convirtieron rápidamente en objeto de una acción represiva a través de la cual un gobierno formalmente democrático violó derechos fundamentales de manera sistemática, sin que, hasta el momento, el Estado haya reconocido su responsabilidad en estos crímenes y, menos aún resarcido a las familias de las víctimas de las ejecuciones, mutilaciones y otros atentados contra la integridad física, la libertad personal y el debido proceso.

Enfoque teórico y metodología y abordaje

En esta investigación hemos prestado atención a dos elementos sustanciales del proceso productivo de los medios de comunicación: la fijación de agenda –*agenda setting*– (McCombs, 2004) y la construcción de marcos interpretativos –*framing*– (Entman, 1999), considerando que las publicaciones mediáticas no son simples portadoras de información. Por el contrario, concebimos a los diarios como actores políticos (Borrat, 1989), cuyos productos deben ser analizados teniendo en cuenta su capacidad de influir en la toma de decisiones y en la configuración de posicionamientos sociales frente a los hechos que nos afectan individual y colectivamente.

Nos preocupa una forma particular de actoría política, la de los grandes medios gráficos, los “prestige papers” (Lerner, Pool y Lasswell, 1951) ecuatorianos frente a la acción represiva y al *lawfare* instrumentados desde el Estado.

Es por ello que nuestra investigación se centra en el papel asumido por los dos diarios de mayor circulación frente a la represión ilegal e ilegítima dirigida en contra de integrantes del movimiento indígena, estudiantes universitarios, trabajadores, miembros de organizaciones sociales y gremiales y militantes políticos de izquierda, que el gobierno de Lenín Moreno reivindicó como indispensable para “recuperar el orden” y “defender la democracia”, pretendidamente amenazados por el “correísmo” y sus dirigentes. Es en ese marco que interpretaremos la instrumentalización de la justicia y el armado de causas penales en contra de la Prefecta Paola Pabón y los dirigentes políticos Virgilio Hernández y Christian González.

Nos apoyamos en la metodología del análisis de contenido, un procedimiento técnico que permite al analista “formular, a partir de ciertos datos, inferencias reproducibles y válidas que puedan aplicarse a su contexto” (Krippendorff, 1990:28). Esta aproximación se complementa con elementos cualitativos del análisis del discurso (Charaudeau, 2009), que nos permitieron reconocer de qué maneras se nombró y calificó a los protagonistas principales y secundarios de los titulares, noticias y columnas de opinión publicadas entre el 4 y el 15 de octubre de 2019 en los diarios El Comercio y El Universo.

(9) <https://www.dpe.gob.ec/comision-especial-para-la-verdad-y-la-justicia-entregara-el-informe-de-los-hechos-ocurridos-en-las-protestas-de-octubre-de-2019/>

El “Paro nacional” de octubre y su encuadre mediático-gubernamental

Es importante señalar que, a partir de su rápido viraje hacia la derecha, el gobierno de Lenín Moreno fue favorecido por un *blindaje mediático* previo a los hechos de octubre de 2019, lo cual le ha permitido construir una serie de matrices de opinión favorables a la adopción, a cualquier costo, de un programa económico abiertamente neoliberal.

Estas matrices estuvieron centradas en la construcción de unos responsables de la crisis económica: Rafael Correa, el “correísmo” y los pretendidos actos de corrupción cometidos por sus funcionarios. Al respecto, existe amplia cobertura basada, sobre todo en datos falsados que se replican en el sistema mediático como en una suerte de juego de espejos.

Tal es el caso de la cifra de 70 mil millones de dólares en perjuicios al erario público durante los 10 años de gobierno del expresidente Correa, atribuida a un informe del Banco Interamericano de Desarrollo, cuya existencia el mismo Banco ha desmentido en innumerables ocasiones⁽¹⁰⁾ sin que los medios que publicaron el “dato” hayan rectificado. Peor aún, esta noticia falsa continúa utilizándose sin que nadie señale la gravedad y la falta de profesionalismo que supone citar un contenido inexistente.

Frente a las movilizaciones, en las que, según Ramírez Gallegos (2020:21) se construyó una coalición entre diversos sectores precarizados, dando como resultado una rearticulación de diversas luchas e identidades políticas populares, los medios concentrados primero, destacaron la “necesidad” y la “importancia” de eliminar el subsidio a los combustibles:

La eliminación de los subsidios generalizados a los combustibles decidida por el Gobierno era indispensable. Las reacciones de protesta son explicables pero mostraron, sin embargo, episodios violentos inaceptables (Editorial “**Del paro a la discrepancia civilizada**”, El Comercio 6 de octubre de 2019).

Quizá lo peor llegó cuando tuvimos otro mix catastrófico: estatismo correísta y mucho dinero por cuenta del petróleo. En esos años, mantener el subsidio era parte del plan populista y los altos precios del petróleo permitieron una fiesta que aún pagamos. Años después, por muy impopular que sea, no había otra salida que la eliminación del subsidio del combustible, 45 años después de su creación. El que se niega a ver que el sacrificio era necesario, algo se trama (Columna de opinión “**Populismo y oportunismo**” de Paola Icaza Oneto, El Universo, 7 de octubre de 2019).

Este tema instalado inicialmente en la agenda mediática del paro de octubre fue completado con otro elemento del discurso gubernamental, el argumento de que “la existencia del subsidio beneficia a contrabandistas y mafiosos”. De este modo, los medios evitaron informar, de manera deliberada, sobre el inevitable efecto inflacionario del alza de los precios de la gasolina y el diésel, y su impacto en las economías familiares.

(10) <https://confirmado.net/2021/09/15/el-bid-desmintio-informacion-falsa-sobre-corrupcion-de-70-000-millones-durante-la-rc/>

En segundo término, la cobertura se centró en las “perdidas económicas” ocasionadas por la paralización de transportes, el cierre de vías y, como se indica en la mayor parte de las notas publicadas en los 10 días de movilizaciones, sin suficiente respaldo fáctico, debido a los “actos vandálicos” protagonizados por los manifestantes. En las notas analizadas, las alusiones a hechos de este tipo son generales, abstractas y carentes de nexos causales. Esto equivale a decir que se enunciaron sin evidencias. Aquí podemos observar algunos ejemplos:

La producción perdida se explica, porque desde el 7 de octubre pasado se han presentado desmanes en estas áreas que han obligado a suspender las operaciones en los bloques Auca, Libertador, Lago Agrio, Sacha, bloque 7, 21, Cuyabeno, Palo Azul, Intillana y otros. Estos se encuentran a cargo de la petrolera estatal Petroamazonas y de firmas privadas (Noticia **“Las pérdidas en el sector petrolero ascienden ya a USD 47,39 millones”**, El Comercio, 11 de octubre de 2019).

Pablo Zambrano, presidente de la Cámara de Industrias de Producción (CIP), explicó que en el primer día de jornada de paro hubo pérdidas a nivel del sector productivo por \$ 262 millones. Los sectores más afectados fueron: comercio con \$ 139,8 millones; manufactura con \$ 44,35 millones, transporte y almacenamiento con \$ 17,23 millones. Los cálculos se hicieron con base en las cifras de ventas del Servicio de Rentas Internas (SRI) Zambrano también rechazó lo que denominó una “paralización desestabilizadora” con violencia y vandalismo. (Noticia **“Pérdidas por más de \$ 262 millones calculan empresas”**, El Universo, 5 de octubre de 2019).

Esta temática de la agenda sobre el paro nacional continuó desarrollándose hasta mucho después de concluido el mismo y la última nota al respecto fue publicada en enero de 2021. Las cifras a nivel nacional no coinciden en las diversas publicaciones mediáticas, en tanto que las fuentes de información varían de nota a nota y oscilan entre los 2.300 millones de dólares, en un cálculo atribuido a la Cámara de Industrias de Guayaquil⁽¹¹⁾, y los 820 millones reportados por el Servicio de Rentas Internas⁽¹²⁾ cuya titular, además, atribuye a los efectos del paro la caída del PIB en el año 2019, cuando registró un decrecimiento del 0,08%.

Lo sorprendente es que ningún periodista o medio haya puesto en cuestión estos datos ni los haya contrastado.

El 7 de octubre se produce un giro en la cobertura del paro y en las formas de denominar a sus participantes, el mismo que coincide con el traslado temporal de la sede del gobierno a la ciudad de Guayaquil, dispuesto por Moreno y con su anuncio, en cadena nacional, que el expresidente Rafael Correa, el ex Canciller Ricardo Patiño, el dirigente de la RC Virgilio Hernández y la Prefecta de Pichincha, Paola Pabón, buscaban “romper el orden constituido” a través de un golpe de Estado. El Presidente se refirió de un supuesto viaje de estos dirigentes a Venezuela, como prueba suficiente de que “el sátrapa de Maduro ha activado, junto con Correa su plan de desestabilización”.

(11) <https://www.eluniverso.com/noticias/2019/10/15/nota/7559894/2300-millones-saldo-parcial-perdidas-paro/>

(12) <https://www.eluniverso.com/noticias/2020/01/17/nota/7694979/perdidas-paro-octubre-ascienden-821-millones-dice-veronica-artola/>

Para abonar estas hipótesis, en la superficie redaccional de los grandes medios aparecen otros actores con voz e influencia:

Los tres gremios rechazaron la intervención de un actor que busca agravar la actual crisis política, económica y social de Ecuador.

“Los pronunciamientos que han hecho los líderes del correísmo delatan los objetivos desestabilizadores y explican la presencia de profesionales de la violencia y el odio que rebasan la protesta de campesinos y trabajadores”, sentenció la CCQ.

“No al caos, la violencia y la desinformación, prácticas distintivas de los personajes del Gobierno anterior. Ese no es el país que queremos ni soñamos”, dijo la Cámara de Comercio de Guayaquil.

“¿Quién gana con la violencia y el caos?”, se preguntó la Federación Nacional de Cámaras de Industrias y respondió: “Quizás en la respuesta, encontraremos al enemigo común” (Noticia “**Las Cámaras de comercio piden que termine el paro y rechazan la desestabilización de un actor**”, El Universo, 12 de octubre de 2019).

En su exposición, el Canciller también denunciará un “intento de alterar el orden democrático en el país, así como el caos y la violencia provocados por turbios intereses infiltrados en las manifestaciones”.

El Gobierno apunta al expresidente Rafael Correa y a otros integrantes de la denominada ‘revolución ciudadana’ por presuntamente orquestar un intento de desestabilización (Noticia “**El canciller José Valencia denunciará un intento de desestabilización en la OEA**”, El Comercio, 15 de octubre de 2019).

A partir de ese momento, quedó establecida, tanto en el discurso oficial como en los grandes medios masivos, la responsabilidad del “correísmo” sobre las movilizaciones, los supuestos desmanes y las pretendidas pérdidas económicas, lo cual abrió la puerta, como veremos en los párrafos que siguen, a la persecución judicial y al armado de causas penales en contra de sus dirigentes.

El relato mediático, sostenido en declaraciones oficiales y en discursos afines, por no decir idénticos al de los voceros gubernamentales, omitió información relevante sobre los reclamos, las modalidades organizativas de los reivindicadores y, sobre todo, se desentendió de la situación de las víctimas –11 fatales– de la represión y calló sobre la responsabilidad del Estado en las evidentes violaciones a los Derechos Humanos cometidas durante el paro nacional de octubre de 2019. Como dice Ramírez Gallegos,

Los medios del poder –un conglomerado público y privado– operaron en contra de cualquier reconocimiento de la idoneidad democrática del conflicto y del derecho a la reunión y a la resistencia. Para el efecto reprodujeron el relato gubernamental acerca de la configuración de un escenario golpista, evitaron mostrar la magnitud de las congregaciones o evaluar los significados en conflicto (Ramírez Gallegos, 2020: 31)

La población pudo contar, sin embargo, con la construcción de coberturas más cercanas a la experiencia de los ciudadanos de a pie, sus necesidades y preocupaciones, por

parte de un conjunto de medios alternativos, la mayoría digitales⁽¹³⁾, que reportaron in situ durante los 10 días de paro y cuyos reporteros soportaron las acciones represivas e, incluso, sufrieron el acoso y el hostogamiento de las fuerzas de seguridad, pese a no haber cometido ningún delito o contravención.

Persecución político-judicial: la agenda mediatizada del *lawfare*

El lunes 14 de octubre de 2019 por la mañana, horas después de que se anunciara la terminación del paro nacional, el retiro del decreto presidencial 883, mediante el cual se dispuso que el Estado deje de subsidiar los combustibles y la elaboración de una nueva disposición⁽¹⁴⁾, se hizo viral un video publicado por la Prefecta Paola Pabón, en el cual denunciaba que su casa había sido allanada y que las fuerzas de seguridad habían ingresado a la fuerza para tomarla presa⁽¹⁵⁾. Visiblemente alterada, la funcionaria reclamaba que no se habían respetado sus derechos constitucionales, su condición de autoridad de elección popular y que ni siquiera se le había notificado bajo qué figura legal se estaba realizando la diligencia. Tampoco se le había permitido llamar a un abogado para que verifique su legalidad.

Poco después se conocería que el dirigente de la Revolución Ciudadana y actual Parlamentario Andino, Virgilio Hernández y el militante social Christian González también habían sido detenidos. Finalmente, la imputación, en los tres casos, fue por el delito de rebelión, como se indicó en las páginas precedentes.

La cobertura de la marcha del “Caso Rebelión”, como lo denominaron rápidamente los medios, tuvo dos características definitorias, en primer lugar, consagró el privilegio enunciativo del Ejecutivo y la Fiscalía, que figuran como fuentes únicas, sin contraste alguno, de las noticias publicadas. El espacio asignado a los imputados, sus familias y sus abogados fue notoriamente menor, lo cual viola derechos y está expresamente prohibido por la Ley Orgánica de Comunicación. Observemos algunos ejemplos:

Entre los indicios presentados por la Fiscalía está su posible participación “en un plan desestabilizador con financiamiento extranjero” y el “uso del edificio de la Prefectura”

(13) Sin pretensión de exhaustividad, podemos nombrar a la radio pública Pichincha Comunicaciones, que fue sistemáticamente asediado por el régimen de Moreno con amenazas de clausura, de retiro de la frecuencia y de imputaciones penales antes, durante y después de las protestas; al medio radiofónico digital Radio La Calle, a las plataformas Voces, Kolectivoz, Wambra, En Retrospectiva, Hoja de Ruta y a la página Confirmado.net. Se trata, por lo general, de medios autogestionados que han sido desarrollador por comunicadores jóvenes, con mucha preparación y compromiso con la tarea de informar.

(14) Desafortunadamente para el pueblo ecuatoriano, con el nuevo decreto número 1054 de fecha 19 de mayo de 2020, el Presidente Moreno modificó el sistema oficial de fijación de precios de los combustibles, que se ajustarían mes a mes, considerando el costo internacional promedio del crudo ecuatoriano de exportación, más los de transporte, almacenamiento y comercialización. De este modo, se eliminaron de un plumazo los subsidios sin siquiera decirlo. Por la vía de la liberación de precios, se estableció un incremento gradual y sostenido y acumulativo que ha tenido un fuerte impacto en la economía nacional.

(15) <https://www.youtube.com/watch?v=wVsjpg3M96E>

para estos fines (Noticia **“Fiscalía allana la Prefectura de Pichincha en instrucción por protestas violentas”**, El Comercio, 16 de octubre de 2019, comillas en el original).

La prefecta de Pichincha Paola Pabón tiene desde este martes orden de prisión preventiva, emitida por el juez Julio Arrieta, presidente de la Corte de Justicia de esa provincia (...) Ahí se encontraron indicios como antorchas, carteles, laptops, registros de pagos, dinero en efectivo, entre otros (Noticia **“Paola Pabón con orden de prisión por supuesto financiamiento de grupos”**, El Universo, 15 de octubre de 2019).

Otra característica de la cobertura fue una especie de división del trabajo informativo mediante la cual, en los medios audiovisuales administrados por el Estado se “deslizaba” información falsa expresada en potencial, que no aparecía en la prensa gráfica, mucho más fácil de localizar archivar, y que “complementaba” la operación de prensa instrumentada por el gobierno nacional.

Por ejemplo, en el noticiero matutino del canal de televisión Gama, emitido a las 6 de la mañana del día de la detención, el presentador indica que:

Pabón será investigada por presuntamente haber colaborado con volquetas de la Prefectura para movilizar material y obstaculizar varios puntos de la ciudad durante los últimos días de protesta⁽¹⁶⁾.

Este hecho nunca pudo ser probado en la causa, al igual que otra afirmación atribuida a la Fiscalía, que fue difundida el mismo día, a las 12h00, en el noticiero de la Radio Pública y que tiene que ver con la supuesta incautación de drogas en el allanamiento efectuado en la casa de la Prefecta:

La Fiscalía General del Estado anunció en su cuenta de Twitter que Paola P, prefecta de Pichincha y dos asesores fueron detenidos. Durante los allanamientos se levantaron indicios como teléfonos, **sustancias sujetas a fiscalización y documentación**⁽¹⁷⁾ (énfasis añadido en la transcripción propia).

En esta causa, hechos como la realización de nuevos allanamientos, la decisión del juez a cargo de la causa de trasladar a la Prefecta a un establecimiento carcelario de alta seguridad, sin que se haya producido ningún cambio en su situación procesal y la supuesta “intercepción” de comunicaciones privadas de los acusados, fueron informadas con un tono de complacencia, con fuente única, y sin contraste con datos o criterios de autoridad relevantes:

Cerca de una hora duró la audiencia en la que la defensa de Pabón, Ramiro Aguilar, dio a conocer una serie de supuestas vulneraciones legales y constitucionales que habría sufrido la prefecta desde el 14 de octubre pasado que fue detenida por el delito de rebelión.

(16) Esta información no figura en los archivos digitales ni en las redes sociales del medio y pudo ser recuperada a través de una recopilación realizada por la Dirección de Comunicación de la Policía Nacional que figura en el siguiente enlace: MONITOREO DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN TELEVISIVA, RADIAL, PRENSA Y MEDIOS DIGITALES (policia.gob.ec)

(17) *Ibid.*

En cambio poco más de 30 minutos le tomó resolver de forma unánime al Tribunal la negativa al recurso (Noticia **“Tribunal niega habeas corpus solicitado por Paola Pabón dentro de caso por rebelión”**, El Universo, 13 de noviembre de 2019).

La prefecta de Pichincha, Paola Pabón se encuentra recluida en el Centro de Rehabilitación Social de Cotopaxi. La funcionaria fue llevada la tarde de ayer (15 de octubre), tras su audiencia, e ingresada al área de transitoria de ese centro. (Noticia **“La prefecta Paola Pabón fue trasladada a la cárcel de Cotopaxi”**, El Comercio, 16 de octubre de 2019).

Las conversaciones telefónicas interceptadas al exasambleísta Virgilio Hernández aparentemente muestran sus operaciones durante las manifestaciones de octubre (...) Para Alberto Santillán, fiscal de Pichincha, a través de las conversaciones “se observa que él emitía órdenes con la finalidad de mantener a su personal en las calles protagonizando actos vandálicos” (Noticia **“Fiscalía: Virgilio Hernández daba órdenes para vandalismo”**, El Comercio, 8 de noviembre de 2019).

La construcción de la agenda mediática sobre el “Caso Rebelión” termina evidenciarse cuando se tienen en cuenta las elusiones deliberadas y el ocultamiento de información. En este caso, los *prestige papers* analizados decidieron no informar sobre la amenaza directa que había formulado a Paola Pabón la ministra de Gobierno responsable de la represión ilegal de las protestas de octubre. Recordemos que María Paula Romo luego sería destituida por la Asamblea Nacional, por haber ordenado el uso de material vencido de alta peligrosidad con el cual se causó graves heridas a los manifestantes⁽¹⁸⁾. Al igual que las declaraciones de Moreno sobre el pretendido intento de golpe de Estado, esta amenaza pone en evidencia la participación del Ejecutivo en la persecución político judicial instrumentada en contra de políticos opositores

Por otra parte, los medios evitaron sistemáticamente informar que la prisión preventiva es la medida última que debería tomarse en un proceso judicial respetuoso del Estado de derecho y, por el contrario, expresaron posiciones celebratorias de esta y otras medidas reñidas con el debido proceso, como la suspensión de audiencias, la ratificación de la prisión preventiva realizada luego de un cambio de carátula en el proceso.

Además, los diarios El Comercio y el Universo no dieron a conocer a sus lectores que declaratoria de la prisión preventiva de los acusados en este caso se realizó con una imputación que posteriormente fue cambiada, a la luz de lo que la Fiscalía “iba encontrando”. Es decir, ignoraron, a propósito, que primero se los había encarcelado, para reunir las supuestas evidencias de sus delitos a posteriori, en flagrante violación de las garantías de debido proceso y presunción de inocencia que amparan a cualquier ciudadano.

Finalmente, es notorio que estos medios restaron importancia a las medidas cautelares dictadas por la CIDH, en favor de Paola Pabón, Virgilio Hernández y Christian González,

(18) El texto del tuit, que ya no está disponible en la plataforma decía: “Señora @PaolaPabonC Usted tendrá que responderle a la justicia, a Quito y a Pichincha. La prioridad es recuperar la paz y la normalidad para todos y luego tendremos tiempo para probar el terrible papel que ha jugado creando caos y terror”.

al punto de referirse a ellas únicamente cuando la Secretaría de Derechos Humanos organizó una reunión al respecto con autoridades del sistema penitenciario.

A partir de estas características de la agenda construida alrededor del denominado “Caso Rebelión”, es posible afirmar que los medios de comunicación cumplieron un importante papel en la manipulación de leyes y procedimientos judiciales efectuada por el gobierno de Lenín Moreno con fines de persecución política.

Esta instrumentalización de la justicia se apoyó en dos procesos que pueden ser entendidos como caras de la misma moneda: por una parte, la construcción *del elemento peligroso* encarnado en el expresidente Rafael Correa y los dirigentes y militantes de su movimiento político, y, por la otra, la búsqueda de un *consenso implícito* en la población que garantice su concreción e impunidad. Por ello, sostenemos que los medios de comunicación, más allá de las voluntades individuales de periodistas y comunicadores, son protagonistas fundamentales del *lawfare*.

Resultados, reflexiones y conclusiones

Los datos aquí analizados muestran que el *lawfare* instrumentado por el gobierno de Lenín Moreno fue un proceso cuidadosamente planificado para lograr la desaparición política de un liderazgo y de un movimiento de corte progresista que había operado grandes transformaciones sociales en el país, y que había conseguido un importante arraigo en la ciudadanía.

Este proceso inició con la cooptación de instituciones como la Fiscalía, la Contraloría General del Estado, la Corte Constitucional y el Consejo de la Judicatura, mediante una consulta popular cuyo hilo conductor fue la descalificación sistemática de Rafael Correa y la Revolución Ciudadana, con la invocación de la corrupción como argumento central.

El paro nacional de octubre de 2019 significó una gran ruptura en la narrativa previa del gobierno de Lenín Moreno frente a los sectores de clase media y popular. El Ejecutivo, con Moreno y la ministra Romo como voceros principales, consiguió legitimar un relato centrado en el “enemigo interno”, las supuestas tentativas de golpe de Estado, el terrorismo, el vandalismo y la pretendida “destrucción de Quito”.

Esto fue posible por un férreo acuerdo con los medios de comunicación privados, cuyas agendas contribuyeron a la construcción de matrices de opinión pública convergentes con el discurso gubernamental.

Como hemos indicado en los párrafos anteriores, el alineamiento de los diarios El Comercio y El Universo con los objetivos de la represión y del *lawfare* requiere de explicaciones complejas e integrales que exceden las posibilidades de esta ponencia. Sin embargo,

el análisis de la cobertura de los hechos de octubre puso en evidencia el uso de tres procedimientos para el manejo de las fuentes de información que van en dicho sentido.

Primeramente, los diarios construyeron las noticias relacionadas con la represión y la persecución político judicial a partir de la información suministrada por las instituciones y funcionarios encargados de llevarla a cabo. Al momento de abordar una cuestión de tanta sensibilidad e importancia social, se consagró el privilegio enunciativo del gobierno y de los funcionarios judiciales, en particular de la Fiscalía. En las escasas ocasiones en las que cedió la palabra a las víctimas, se lo hizo en espacios menores, o directamente marginales.

Esto quiere decir que los medios y periodistas avalaron la construcción de un monopolio oficial de la palabra que impidió que sus públicos accedieran a otras versiones de los hechos relatados. Las voces de las víctimas y de los defensores de los Derechos Humanos siempre ocuparon espacios de menor jerarquía. Consideramos, por ello, que el acceso desigual a la palabra pública, en casos de profundas afectaciones de derechos, debe ser tenido en cuenta como un elemento importante del *lawfare*.

Por otra parte, la mayoría de las notas aparecen atribuidas a una sola fuente o a fuentes del mismo tipo. La reducción de fuentes informativas al punto de construir noticias de fuente única es un acto de censura que impide que los lectores tengan la posibilidad de conocer otros datos, posiciones y perspectivas.

Esto, complementado con el uso de verbos en impersonal, posibilita que se introduzca información no comprobada, se utilicen supuestos y se coloquen opiniones o apreciaciones convenientemente anónimas como si fueran datos. Estas prácticas permiten editorializar, es decir, inducir al lector a una particular interpretación de los hechos informados. La editorialización de la información fue un recurso que, unido al predominio de fuentes oficiales y al monofuentismo, configuró una toma de partido de los medios aquí analizados con los objetivos de la represión y el *lawfare*.

Un elemento adicional de la toma de partido de los medios es la construcción de los hechos y las decisiones políticas como carentes de agentes. Frente a las consecuencias de la represión, por ejemplo, los diarios El Comercio y El Universo hablan de “fallecimientos” y dicen que las víctimas “resultaron heridas”, como si todo ello hubiese ocurrido debido a causas naturales o fortuitas.

En el discurso mediático, los modos de nombrar fijan identidades, establecen relaciones, organizan y proporcionan sentido a las acciones reportadas. Las denominaciones y los calificativos utilizados en la superficie redaccional de los medios no son objetivos ni, mucho menos, neutros, puesto que nombrar significa visibilizar alguien o algo de unas determinadas maneras. De este modo, en la cobertura del paro nacional se reiteraron las alusiones a una supuesta manipulación del correísmo y de los correístas, que buscaban producir un golpe de Estado.

Los medios denunciaron, asimismo, la presencia de grupos manipulados por el corréismo, que produjeron acciones de violencia, vandalismo y saqueos. A medida que la situación se agravaba, la terminología escalaba a “turbas violentas y organizadas”, a “acciones subversivas” e, incluso a “insurgencia”.

Con estos elementos, sostenemos que los diarios analizados realizaron un importante aporte a la legitimación de la represión y del *lawfare*. La ausencia de una fuerte y decidida condena social hacia la violación de los derechos fundamentales de la población civil, perpetrados por las fuerzas de seguridad y a la persecución judicial de dirigentes opositores se debe, en gran medida a la circulación de coberturas periodísticas en las cuales se estigmatizó a las víctimas y se presentó una mirada complaciente con las prácticas de los responsables.

Referencias

- Borrat Héctor.** (1989). *El periódico como actor político* (Barcelona: Gustavo Gili).
- Charaudeau, Patrick.** (2009). “Análisis del discurso e interdisciplinariedad en las ciencias humanas y sociales” Puig, Luisa (ed.) *El discurso y sus espejos* (México: Universidad Nacional Autónoma de México).
- Entman, Robert.** (1993). «Framing: Toward clarification of a fractured paradigm» *Journal of communication* (Washington) número 43.
- . (2004). *Projections of power. Framing news, public opinion and US foreign policy.* (Chicago & London: The University Chicago Press).
- Fundación Ciudadanía y Desarrollo.** (2019). *Informe de veeduría al proceso de selección y designación de miembros de la Corte Constitucional de Ecuador* (Quito) disponible en <https://www.ciudadaniaydesarrollo.org/wp-content/uploads/2019/02/32-Informe-de-veedur%C3%ADa-Corte-Constitucional.pdf>
- Krippendorff, Klaus.** (1990). *Metodología de análisis de contenido. Teoría y práctica,* (Buenos Aires: Paidós Comunicación).
- Lerner, Daniel, Ithiel Pool y Harold Lasswell.** (1951). “Comparative Analysis of Political Ideologies: A Preliminary Statement” *The Public Opinion Quarterly* (Oxford) Volumen 15, número 4, winter.
- McAdam, Doug, Charles Tilly y Sydney Tarrow.** (2005). *Dinámica de la Contienda Política* (Barcelona: Editorial Hacer).
- McCombs, Maxwell.** (2004). *Estableciendo la agenda: el impacto en la opinión pública y en el conocimiento* (Barcelona: Paidós Comunicación).
- Ramírez Gallegos, Franklin.** (2020). *Octubre y el derecho a la resistencia. Revuelta popular y neoliberalismo autoritario en Ecuador* (Buenos Aires: CLACSO).
- Romano, Silvina.** (2017). “*Lawfare: judicialización de la política y neoliberalismo en América Latina*” Romano, Silvina (comp.) *Lawfare: guerra judicial y neoliberalismo en América Latina* (Buenos Aires: Mármol Izquierdo Editores /CELAG).

SUSANA MARTINS* - DANIEL ROSSO**

Los espectros de Nisman

Introducción

El domingo 18 de enero de 2015, Natalio Alberto Nisman, fiscal en la causa sobre el atentado a la AMIA y denunciante en la causa sobre el Memorándum de entendimiento Argentina-Irán, apareció muerto con un disparo en la cabeza en el departamento de Puerto Madero donde vivía.

Pocos días antes, Nisman había denunciado a la entonces presidenta Cristina Fernández de Kirchner por “traición a la patria” tras la firma del Memorándum con Irán.

Dos hechos cercanos entre sí, la denuncia contra la Presidenta y la muerte del Fiscal, alcanzaron para lanzar un relato –explícito o implícito– inculpatorio: Nisman había sido asesinado en un escenario donde sobresalía el accionar de los servicios de inteligencias nacionales e internacionales y, en ello, el gobierno tenía responsabilidades. Una condición necesaria del funcionamiento de la maquinaria del *lawfare* –tener un relato inculpatorio– aparecía con toda su fuerza.

Ese relato se desplegaba, además, en una esfera pública dominado por un discurso moralizante. La superposición del discurso inculpatorio con el moralizante aparecía al servicio de la construcción de un nuevo *in crescendo* en el diseño de la “inmoralidad gubernamental”. Cristina o su entorno no sólo robaban: también podían matar. Es decir: también podían generar las condiciones para un asesinato o para que una muerte fuera leída como asesinato.

(*) Especialista en Comunicación Digital (UNLP). Licenciada en Comunicación Social (UNLP). Docente e Investigadora, Facultad de Periodismo y Comunicación Social de La Plata. Área de Estudio: Análisis del discurso y subjetividades.

(**) Periodista y Sociólogo (UBA). Doctorando en Comunicación (UNLP) Docente e investigador en UBA, UNTREF, UNDAV. Ex Subsecretario de Medios de la Nación.

¿Dónde intervienen con mayor capacidad performativa los medios hegemónicos?

Por un lado, en la invención de los hechos, por otro, en la construcción de los vínculos entre ellos. Partiendo de dos datos reales –la acusación contra la Presidenta por parte del Fiscal y la muerte posterior de éste– los grandes aparatos de producción de sentido operaron para adaptarlos e incorporarlos al relato inculpatario contra la Presidenta y el elenco gubernamental, entre ellos el secretario de Seguridad de la Nación, Sergio Berni.

El objetivo general de este trabajo consiste en analizar las condiciones de construcción de ese relato inculpatario a partir del accionar de los servicios de inteligencia en las interpretaciones realizadas por los medios hegemónicos. Para ellos se trabajó con una muestra de los diarios Clarín y La Nación entre el 15 de enero de 2015 y el 31 de enero de 2015.

Un segundo objetivo consistió en estudiar la especificidad de estos discursos inculpatorios desde la perspectiva del análisis de contenido y, en ese proceso, describir distintas operaciones interpretativas. Entre ellas, las que destacan la desaparición de las huellas en la escena del crimen, tanto en la versión del asesinato como en la del suicidio inducido. Se ha considerado, como hipótesis contextual, que algunas de las lógicas de existencia y funcionamiento de los servicios de inteligencia han tenido una fuerte influencia en la construcción de algunas de las interpretaciones relevadas.

La entrañable oscuridad de tu terrible presencia

En el marco de la causa por la firma del Memorándum con Irán, ha habido una duplicidad en la descripción de los servicios de inteligencia por parte de los medios hegemónicos. Por un lado, han sido presentados como protagonistas en la producción de la denuncia judicial contra la Presidenta, sobre todo a partir de la provisión de información al Fiscal Nisman. Por otro, han aparecido como posibles autores o responsables de su muerte. Es decir: aparecen promoviendo la denuncia y, a la vez, son denunciados periodísticamente por los supuestos efectos producidos alrededor de esa denuncia (la muerte del Fiscal).

Así, en la cobertura de estos medios hegemónicos, los servicios de inteligencia han tenido un doble régimen de visibilidad: aparecen, a la vez, como totalmente invisibles y como excesivamente visibles. Por un lado, no hay huellas físicas de su presencia en la escena de la muerte; por otro, han estado hiperpresentes en la trama informativa con la que se describe esa muerte. Por eso, su condición es anfibia: pertenecen intermitentemente a lo no presente y a lo presente. Representan una posición intermedia en el régimen de lo existente: están presentes en la misma trama en la que no están presentes. El espacio que se abre entre su visibilidad y su invisibilidad tiende a ser ocupado, como ya veremos, por algunas de las características específicas de este actor, entre ellas, su destreza para eliminar las huellas y las pruebas.

Por ello, la posición que ocupan los servicios de inteligencia en el caso Nisman es intensa y compleja: forman parte en simultáneo de la producción de la denuncia y de la responsabilidad por lo denunciado.

- Por un lado, colaboraron con Nisman en la producción de la denuncia contra la Presidenta.
- Por otro, aparecen directa e indirectamente indicados, y en múltiples formas, como quienes podrían haber tenido que ver con la muerte de Nisman.

Un objetivo, entre otros, habría sido dejar a la Presidenta en un lugar de indefensión ante la opinión pública. "Cristina Kirchner sugiere que Stiuso "le tiró un muerto" – afirma Carlos Pagni en La Nación, el 23 de enero de 2015. Es decir: la muerte como un componente disruptivo de una conversación a la que cierra. Un cadáver como un signo definitivo: una escritura para la que no hay otra escritura. Nisman es un muerto que explota dentro del lenguaje y lo paraliza: instaura un punto final que no se reabre.

Lo apuntamos aquí para retomarlo luego: los diversos modos de inscripción de los servicios de inteligencia en la cobertura de los grandes medios han dejado en evidencia las relaciones de fuerzas que se establecen en la construcción del hecho informativo. En simultáneo al *lawfare* han operado distintas fuerzas y sus estrategias para denunciar el *lawfare*. Es decir, en las coberturas de los medios nos encontramos con las denuncias originadas en el *lawfare* y, en un segundo plano, con las denuncias contra el *lawfare* por parte de la dirigencia vinculada a la entonces Presidenta.

Los espectros: una presencia ausente

Como adelantamos, en el escenario de la muerte de fiscal Nisman los servicios de inteligencia han estado omnipresentes en el flujo informativo previo y posterior a esa muerte pero, al mismo tiempo, han estado ausentes en la escena específica del hecho. Lo primero se debe, en parte, a que el suceso se produce en un contexto de desarticulación y dispersión del aparato de inteligencia del Estado, por lo que se responsabiliza al gobierno. Lo segundo, por lo menos en una de las dimensiones de la trama compleja de sentidos del caso, es atribuido a las propias lógicas de existencia y funcionamiento de los servicios de inteligencia.

¿Cuáles son estas lógicas? Los servicios de inteligencia son actores cuya existencia aparece y desaparece en el devenir de una o varias negaciones. Son identidades que nacen de la disolución de las identidades o de su multiplicación.

Dice Joaquín Morales Sola en el diario La Nación el 23 de enero:

"Hay, según el Gobierno, espías que no son espías, pero que decían que eran espías"

Allan Bogado, un servicio de inteligencia inorgánico, afirma:

“Acá lo más importante son los inorgánicos. La función de la inteligencia no la pueden desarrollar los orgánicos. Estos están para otras cosas. Si yo me infiltro en cualquier banda terrorista, de narcotráfico o en la misma política o en el sector financiero, la idea es que yo no tenga que existir. Los inorgánicos son los que manejan la inteligencia del mundo, pueden ser fotógrafos, periodistas, arquitectos. Jamás te vas a dar cuenta [...] yo nunca trabajé para el gobierno – se ríe. Yo no existo, ya te dije. Mi nombre no aparece en ningún lado. Ahora soy un jubilado – se ríe a carcajadas” (Pastor, 2015: 211)

En este régimen de existencia paradójico que describe Bogado, lo que existe – el espía - se produce a través de lo que no existe – una identidad que es falsificada. Por eso, en ese mundo del secreto, las identidades siempre están vinculadas a las negaciones de las identidades. Un ejemplo: Marcelo D'Alessio. El autodenominado agente de la DEA y de la National Security Agency (NSA) ha sido siempre una identidad en suspenso: porque todas las identidades con las que se presenta han sido falsificadas.

“¿Quién es D'Alessio? Un falso abogado. Pero también, un espía de agencias norteamericanas que, en principio, no lo reconocen como tal. Sería, entonces, el protagonista de una doble falsificación: un falso espía ocupando el lugar falso de todo espía. O quizás un agente inorgánico. Es decir, un espía que no aparece como espía. En ese punto ficcional de los Estados, donde las identidades se deslizan, se distorsionan o se disuelven, Marcelo D'Alessio, el imputado por múltiples maniobras de espionaje ilegal –mediante la utilización de registros de llamadas telefónicas, de informes migratorios y drones– aparece como el centro de gravedad de una red de relaciones donde sobresalen fiscales como Carlos Stornelli y periodistas como Daniel Santoro. Marcelo D'Alessio es un falso abogado, falso periodista y falso empleado de agencias de inteligencia” (Rosso, 2019).

Es decir, es una existencia que no se inscribe en ningún régimen estable de existencia: existe hasta que se descubre que no existe.

Agrega Bogado: “No es mi nombre de inteligencia. Tengo muchos pasaportes con otros nombres” (Pastor, 2015:213)

Lo anterior refiere a otro régimen de existencia: ya no el que existe a partir de una identidad falsa sino del que existe siendo muchos a la vez. Lo que determina lo inexistente es la multiplicación de las existencias. Es en la saturación de los nombres donde desaparece el nombre. Me multiplico y luego existo.

En la misma perspectiva, tomamos el caso del chofer Centeno y sus cuadernos como un segundo ejemplo de negaciones y existencias.

“Hilda Horovitz es la ex mujer del ex sargento primero del Ejército y ex chofer Oscar Centeno. A ambos, esas identidades les vienen del pasado. Son lo que fueron o lo que ya no son. Cuando el periodista Franco Lindner (2019), le pregunta a la mujer si su ex pareja era un agente de la SIDE, ella primero responde: “Lo escuché, pero no creo.” Pero

cuando el periodista le insiste y la interroga sobre si Centeno escribía los cuadernos y realizaba las filmaciones para algún superior, la mujer afirma, ya sin certezas: "Me cuesta imaginar eso, o que sea un espía. Pero todo es medio raro, sí...". Es decir: ni la misma ex mujer del ex chofer y ex sargento primero del Ejército asegura que su ex marido no era un servicio de inteligencia. Centeno, como muchos otros, continúa siendo una identidad en suspenso. Luego de actuar como arrepentido en la causa de los cuadernos reside en un lugar secreto custodiado por un grupo de elite del Servicio Penitenciario Federal, al que sólo se puede acceder con los ojos vendados tras un viaje en avión y luego en auto por un largo camino de tierra. El mundo de los servicios de inteligencia es un mundo de identidades inciertas. Se sabe: los nombres reales de los espías son protegidos por el secreto de Estado. Por lo cual, sus identidades ficticias funcionan como nombres definitivos para el resto de la sociedad. El Estado otorga nombres a través de dos dependencias: los Registros Civiles, que adjudican identidades reales y legales; y las oficinas de inteligencia que proporcionan identidades ficticias. En todas las sociedades modernas hay una cantidad de nombres producidos, legalizados y legitimados por el mismo Estado que circulan como identidades falsas interactuando con las otras. Sin embargo, en la actual fase del capitalismo mediatizado, hay una novedad: esos nombres artificiales son activos protagonistas de la política junto a una trama compleja de jueces, periodistas y políticos que alimentan una cadena de montaje de hechos falsificados. Lo falso no es sólo un momento de interrupción de la verdad: por el contrario, suele ser la modalidad dominante de construcción y diseminación de los discursos en los escenarios pos políticos neoliberales. Por eso, esos relatos tampoco son una distorsión puntual de lo verdadero: más bien, tienden a ser producidos como una sucesión encadenada de hechos mayoritariamente falsificados. Son relatos híbridos: mentiras verdaderas" (Rosso, 2019)

Lo desaparecido como régimen de visibilidad

A modo de hipótesis, esa duplicidad de la presencia de los servicios de inteligencia funda un régimen de visibilidad: *lo desaparecido*. Es decir: lo que es pero no es al mismo tiempo. Este régimen, no sólo hace referencia a lo que está o no está, sino también a lo que ha estado pero no ha dejado huellas. Es lo que se presentó, pero bajo la forma de la inexistencia absoluta de pruebas de su presencia. De ese modo, *lo desaparecido* se instituye como estatuto de presencia o de existencia. Lo que no está presente, bajo este régimen, aparece al mismo tiempo como presente. Justamente, como no hay huellas y su forma de estar es no dejándolas, la no existencia de huellas no es una prueba de que no hubo presencia.

"Pero mientras sea desaparecido no puede tener ningún tratamiento especial, es una incógnita, es un desaparecido, no tiene entidad, no está... ni muerto ni vivo, está desaparecido" declaró el genocida Jorge Rafael Videla en el año 1979.

Es decir: *lo desaparecido* es una forma de existencia y de no existencia. De *verdad* y de no verdad. Es algo que está y al mismo tiempo no está. Es una intermitencia: ha estado pero no hay ningún modo de probar que haya estado o que siga estando. Para el caso que nos ocupa, su régimen de verdad consiste en tomar la inexistencia de pruebas como pruebas. Lo desaparecido no está como huella en la escena de la muerte, pero está como ausencia dado las destrezas de los servicios de inteligencia para suprimir toda huella. La inexistencia de toda huella puede operar imaginariamente como una huella.

“¿Un crimen perfecto o la decisión extrema de terminar con una vida signada por la angustia? “¿Un ataque de locura de un fiscal obsesionado con su misión o el acto frío de un asesino bien entrenado para no dejar huellas? ¿Suicidio o asesinato?” (Pastor, 2015:17)

El mundo de los espías suele aparecer como el que detenta una gran destreza para disolver las fronteras entre los campos de la verdad y de la falsedad. En sus manos, ambos se superponen y se confunden. Según esta perspectiva, los hechos pueden ser totalmente intervenidos para que aparezcan como verdaderos siendo falsos o como falsos siendo verdaderos. Por eso, los servicios de inteligencia cumplen una función cualitativa dentro de este caso de *lawfare*: son los que tienen la capacidad de diseñar esa modalidad de intervención absoluta sobre los hechos.

Esa disolución de las fronteras entre la verdad y la falsedad funda un territorio estructural: el de la inmoralidad o amoralidad. El discurso inculpatario contra el gobierno es, al mismo tiempo, la descripción de esta amoralidad donde todo es posible: en el mundo kirchnerista puede pasar de todo porque no hay límites ni éticos ni morales. En ese espacio inmoral o amoral se vuelven verosímiles todas las interpretaciones: incluso el del asesinato del Fiscal por parte de vicarios capacitados para no dejar ningún tipo de huellas y, por lo tanto, de pruebas.

Dice Jorge Fernández Díaz en La Nación el 20 de enero de 2015: “El kirchnerismo sabe muy bien que ha abusado intensamente de estos trucos y recursos, que el argentino promedio tiende a creer en conspiraciones”.

Es decir: los medios hegemónicos no necesariamente dicen que el gobierno haya matado a Nisman pero sí que ha creado una cultura conspirativa donde esa interpretación es posible y hasta generalizada.

Por supuesto, no estamos proponiendo reponer el binarismo largamente superado de lo verdadero vs. lo falso. Más bien lo que pretendemos plantear es que ese mundo de los servicios de inteligencia aparece con la aptitud de producir un hecho integralmente. Bajo el régimen de visibilidad de lo desaparecido pueden crear un hecho haciendo desaparecer la totalidad de las huellas de esa producción. En esta perspectiva, los servicios de inteligencia aparecen con la capacidad de crear hechos de los que no se podrán obtener pruebas dado que éstas desaparecen junto con la desaparición de todas las huellas

del hecho tras haber sido producido. Más aún: ese hecho sin huellas y, por lo tanto, sin pruebas, toma estatuto de existencia también por el mismo hecho de no tener huellas ni pruebas. Por lo cual, es la inexistencia de las huellas o de las pruebas lo que también contribuye a darle al hecho su carácter de existente o verdadero. De allí que no parece útil negar la existencia de un hecho –por ejemplo, el asesinato del fiscal Nisman– por la inexistencia de pruebas porque, justamente, esa inexistencia es lo que en parte le da su carácter de verdad.

Este régimen de invisibilidad de un actor y de sus movimientos es uno de los componentes centrales de la operación de *lawfare* alrededor de la muerte de Nisman: porque, a partir del mismo, no son significativas las huellas y las pruebas dado que estamos ante actores que tienen la capacidad de intervenir plenamente los hechos y dejarlos sin las huellas y las pruebas de esa intervención. Es la vieja idea del crimen perfecto trasladado a las operaciones de *lawfare*. Es decir: el fiscal Nisman fue asesinado pero quien lo hizo puede no haber dejado huellas ni pruebas. Es un asesinato cuya prueba es la inexistencia de pruebas. Es la calificación profesional del autor del asesinato –que no deja huellas– lo que contribuye a demostrar que es un asesinato.

Los medios hegemónicos han trabajado esta perspectiva:

“Y nadie, por supuesto, puede creer que se haya suicidado. Aún si, efectivamente lo hubiera hecho (...) el asunto sugiere para la mayoría por lo menos un suicidio inducido. O, lisa y llanamente, un asesinato maquillado por especialistas que remite al viejo clisé del “misterio del cuarto cerrado” afirma Jorge Fernández Díaz en La Nación, edición del día 20 de enero de 2015.

“La madre de Nisman también duda de la versión del suicidio” se lee en Clarín, el 22 de enero de 2015.

“La pregunta de por qué se mató escaló a quién lo mató y cualquier se da cuenta que la diferencia entre una y otra es enorme. ¿Quiénes están preparados para meterse en un edificio como en el que vivía Nisman, matarlo en su departamento y presentar todo como un suicidio? La respuesta (que no da Cristina) no solo la involucra, sino que mete miedo: esa capacidad solo la tienen los Servicios de Inteligencia. Quiera que no la muerte de Nisman le cayó a su Gobierno y ella no tiene más remedio que hacerse cargo” escribe Ricardo Roa en Clarín, el día 23 de enero de 2015.

“Tenemos la certeza de que esto fue obra de otras personas” titula Clarín el 30 de enero de 2015. Y sigue “Así fue el adiós de la ex esposa de Nisman, en el sepelio en La Tablada. De este modo la jueza Arroyo Salgado le dio aún más fuerza a la idea de que la muerte no fue un suicidio. Para ella las pruebas para saber qué paso con el fiscal no están en la escena de su muerte, sino en las relaciones y contactos del funcionario muerto”.

“No creo en absoluto que Nisman se haya suicidado” dice Ranen Bergman, experto israelí en tema de seguridad e inteligencia. La Nación le pregunta “La investigación indica que el cuerpo del fiscal bloqueaba la puerta del baño que estaba cerrada. Es un factor que supuestamente refuerza la teoría del suicidio ¿Cree que es concluyente?”. Bergman res-

ponde: "Por supuesto que no. Cuando el Mossad mató a un jefe del Hezbollah en 2010 en Dubai, los agentes lo vistieron con su pijama y lo dejaron en su cama. La habitación quedó cerrada e incluso con la cadena puesta desde adentro ¿Cómo lo hicieron? Yo sé cómo, pero no lo voy a revelar" publicado en el diario La Nación, edición del 26 de enero de 2015.

En una línea similar, hay otra interpretación que asegura que Nisman no tenía la estructura psicológica de un suicida. Es decir: para matarse hay que destruir una parte del propio cuerpo. El narcisismo del fiscal no lo hubiera permitido. Ese cuerpo tan amado no podía ser destrozado por él mismo que lo amaba.

"Una amiga de Nisman declaro que el fiscal "tenía demasiado autoestima como para hacerse daño". La mafia ganó otra batalla" afirma Clarín, en la edición del 20 de enero de 2015.

"Un perfil psicológico que no cuadra: El perfil de Nisman y las circunstancias que envolvieron su muerte no cuadran con las variables de casos de suicidio. El psiquiatra Hugo Marietán sostuvo que el perfil de hombre de acción, acostumbrado a altos niveles de estrés no condice con la posibilidad de un suicidio inducido. El hecho de que fue encontrado el cuerpo en el baño y en ropa interior da por tierra con las estadísticas que afirman que los hombres se quitan la vida en su lugar de trabajo y vestidos". Textual de edición Clarín, del día 21 de enero de 2015

"Nisman no tenía antecedentes suicidas ni se habrían encontrado rastros de ningún ritual previo típico del suicida. Resulta extraño para los expertos el lugar donde se encontró el cuerpo, el baño del departamento. Lo habitual es que el suicida se quite la vida en su lugar de trabajo o de descanso" afirma Julio Blanck en Clarín, el día 21 de enero de 2015.

La teoría del suicidio inducido

A diferencia de la intervención directa de servicios de inteligencia o especialistas que podrían haber asesinado al fiscal sin dejar huellas, la segunda hipótesis sugiere la intervención de estos mismos servicios, pero para inducir al fiscal a quitarse la vida.

"No descartan un suicidio inducido" sostiene La Nación el 20 de enero de 2015.

"Nisman tenía más razones para vivir que para matarse [...] No dio la más mínima señal. Sabía que los espías sabían mucho de él. Hay suicidios que no son por voluntad propia. Suicidio o no, [Nisman] es la víctima de un sistema perverso. El gobierno embarra la cancha para invertir la prueba" afirma Ricardo Roa en el diario Clarín del 20 de enero de 2015.

"No puedo entender su suicidio salvo que de por cierto que ha mediado sobre él la perversa inducción de los mal nacidos" escribe el propio Alberto Fernández (hoy presidente de la Nación) en "Nisman, la víctima 86", nota publicada en Clarín el 21 de enero de 2015.

"En un relato sinuoso y contradictorio [Cristina Fernández] lo acusó a Stiuso de inundar de informaciones y pistas falsas a Nisman empujándolo a firmar una denuncia sin sus-

tento. Se señala a Stiuso como el instigador de la muerte de Nisman” confirma Julio Blanck en el diario Clarín del 23 de enero de 2015.

Esta hipótesis tiene muchos puntos de contacto con la anterior pero también diferencias: aquí las huellas no desaparecen en la escena del crimen porque los presuntos asesinos no actúan en ese escenario. Actúan antes. El asesino no mata con sus propias manos sino que lo hace con las manos de la propia víctima. Utiliza el cuerpo de quien va a morir para que éste se produzca a sí mismo la muerte. Es un modo extremo de eliminación de pruebas. La hipótesis del hostigamiento, estuvo presente desde el inicio del caso:

“El médico legista le dijo a (la fiscal) Fein que por la rigidez cadavérica Nisman habría muerto entre las 2 y las 3 de la tarde del domingo. El dedo con signo de calambre hace pensar en suicidio (...) Se va a investigar si hubo algún tipo de inducción o instigación a través de amenazas” afirma el diario Clarín en la edición del 20 de enero 2015.

“Fue un suicidio vinculado con la guerra de espías” confirma La Nación el mismo 20 de enero de 2015.

La teoría de la eliminación de las pruebas

En este caso, no se trata de la desaparición de las huellas del asesinato por el accionar profesional de los asesinos. Es más vale al revés: la ineptitud del gobierno –específicamente del Secretario de Seguridad, Sergio Berni– habría destruido parte de las pruebas, en la escena de la muerte del fiscal.

“Berni no cumplió ni con su propio protocolo” titula Clarín en una nota del día 22 de enero de 2015. Y continúa “De Berni dependen los agentes de la policía federal que evitaron que los médicos del SAME revisen el cuerpo de Nisman. La presencia de Berni en el lugar de los hechos provocó el enojo de algunos de los jefes de las fuerzas de seguridad que participaron del operativo, sobre todo los de la prefectura. La fiscal [Fein] frenó a Berni porque este intentó liderar el proceso”.

Asesinato, suicidio y suicidio inducido

Las interpretaciones y las relaciones de fuerzas entre las interpretaciones alrededor de la muerte del fiscal se fueron organizando en un contexto en el que los servicios de inteligencia se establecieron como un actor omnipresente. Las lógicas de existencia y de funcionamiento de este protagonista influyeron decididamente sobre la configuración de lo que se considera pruebas o verdades en el hecho que se investiga.

- Por un lado, un asesinato bajo el régimen de desaparición de todas las huellas del asesinato y de los asesinos. En este caso, la prueba es la inexistencia de prueba. Dicho

de otra manera: la existencia y la no existencia de pruebas quedan igualadas. Hay, en este caso, una intervención directa de los servicios de inteligencia.

- Por otro, el suicidio inducido, sin intervención directa de un asesino en la escena del crimen pero con una operación en otro nivel. En este caso, hay una especie de “asesinato indirecto” o precipitado por presión psicológica. Hay una intervención indirecta de los servicios de inteligencia.
- Finalmente, el suicidio que también es explicado por intervención de los servicios de inteligencia o, específicamente de Stiuso, quien lo habría dejado solo, sin las informaciones prometidas y, entonces, ante la posibilidad de un papelón público. En este caso, hay una intervención indirecta de los servicios de inteligencia.
- Todas estas interpretaciones tienen un contexto común: la creación atribuida al gobierno de un territorio de inmoralidad o amoralidad donde todas las interpretaciones son posibles.

Junto a la atribución de responsabilidades directa hay también atribuciones indirectas:

1. El gobierno desordenó y desarticuló a los servicios de inteligencia y perdió el control sobre ellos.
2. El gobierno creó un territorio discursivo dominado por la inmoralidad o amoralidad donde todas las interpretaciones son posibles.

Esta situación de inestabilidad de las mismas definiciones de lo que son pruebas y verdades en el establecimiento del hecho fue expresada con precisión por la entonces presidenta Cristina Fernández de Kirchner:

“No tengo pruebas, pero tampoco dudas [...]El suicidio que (estoy convencida) no fue suicidio [...] A Nisman lo usaron vivo y después lo necesitaron muerto” escribió Cristina Fernández de Kirchner en una carta que publicó en su perfil de la red social digital Facebook y que, por supuesto, retomaron Clarín y La Nación el día 23 de enero de 2015.

Aún en las antípodas del gobierno, los medios opositores sostienen una posición similar aunque en contra de la Presidenta:

“Se consolida la angustiante presunción de que no hay a quien preguntar que pasó en la AMIA. Ni hay a quien preguntar qué pasó con Nisman. En ese espacio no referenciado se está jugando en el país el partido del poder” denuncia Carlos Pagni en el diario La Nación del 20 de enero de 2015.

En todos los casos, en cualquiera de las hipótesis, aparecen los servicios de inteligencia como una variable central para intentar explicar esa muerte enigmática.

“El gobierno dice que Nisman terminó siendo víctima de un plan del que él habría sido participe pergeñado por “poderes mafiosos” para dañar al gobierno” arguye Clarín el martes 20 de enero de 2015, apenas 48 horas después de la muerte del fiscal.

“Giro del Gobierno: Ahora dice que Nisman fue una “víctima” titula Clarín el jueves 22 de enero. Y sigue “Dejaron de atacar su actuación en la denuncia contra Cristina y tratan de instalar que le plantaron pistas falsas. Nisman fue una víctima de operaciones de la SIDE”

De hecho, sostienen sus afirmaciones en los siguientes textuales de Aníbal Fernández: “Nisman fue engañado con los datos de la denuncia contra la presidenta, creyó en una doble SIDE. Actuó en estado de ingenuidad”. Y también en las afirmaciones de Eugenio Zaffaroni: “Este pobre muchacho es una víctima más de una desviación de la investigación. Ha sido víctima de una información torcida. No tengo por qué pensar en su mala fe”.

“El kirchnerismo desató fuerzas más oscuras. Chocan facciones de los servicios secretos en una guerra en la que nada es lo que parece [...]Cristina Kirchner sugiere que Stiuso le tiró “un muerto” afirma Carlos Pagni en La Nación del 23 de enero de 2015.

“El hecho innegable de que este fue el gobierno de los servicios y de que esta fue la década espía. Los Kirchner utilizaron más que nadie a los agentes de las alcantarillas para vigilar a propios y extraños, y para proveer de carpetazos y carne podrida a los rasputines mediáticos, siempre dispuestos a enlodar a los disidentes” agrega Jorge Fernández Díaz en la edición impresa de La Nación del 25 de enero de 2015.

En este escenario, el *lawfare*

El *lawfare* o guerra jurídica, es la confluencia entre algunos jueces, una parte del periodismo, los grandes poderes económicos globales, un sector de la dirigencia política y fracciones de los servicios de inteligencia. El *lawfare* está siempre al servicio de una exclusión.

Eugenio Raúl Zaffaroni (2020) se refiere a las minorías del mundo judicial que “habilitan un poder punitivo descontrolado sobre los políticos populares y, al mismo tiempo, lo obturan –con máximo cuidado y meticulosidad– con respecto a los negociados de la corrupción macro de los personeros locales del totalitarismo financiero [...] Esta selectividad criminalizante del poder financiero transnacional en su versión periférica no podrían ser el nuevo producto de una acción solitaria de las minorías del mundo judicial, sino que, para llevarlas a cabo y que sean toleradas éstas deben revolcarse en coautorías y complicidades en una confusa ménage múltiple con periodistas, comunicadores, monopolios mediáticos y agentes de servicios secretos que bordean los tipos penales y resbalan con frecuencia de esos bordes”.

En el prólogo de la misma publicación Lula Da Silva afirma: “El tribunal ha pasado a ser el ámbito en el que los derrotados en las urnas buscan imponer sus intereses propios por sobre la soberanía popular. Por esa vía, algunos sectores del Poder Judicial y de los distintos órganos del sistema de la justicia, con el apoyo oportunista de los medios hegemónicos, se volcaron a atacar a gobiernos populares preocupados por la defensa

de los intereses nacionales [...] Como en los tiempos que corren ya no se muestra adecuada la destrucción física del adversario, lo que se ansía es su muerte legal y política” (Da Silva en Zaffaroni, Caamaño, Vegh Weis, 2020)

Uno de los procedimientos más salvajes y perversos de destrucción física tuvo lugar durante la dictadura: la desaparición de personas que fue, entre otras cosas, un mecanismo de sustracción de toda visibilidad de las víctimas. En cambio, en los regímenes donde predomina el *lawfare*, sucede lo contrario: en lugar de desaparición hay visibilización extrema de los perseguidos. ¿Por qué la diferencia? Porque el *lawfare*, en oposición a la dictadura, no tiene al sistema represivo en su centro de gravedad sino al aparato de medios hegemónicos: de allí que en lugar de desaparición haya visibilización intensa. ¿Visibilización para qué? Para estigmatizar y luego destituir, marginar, excluir o encarcelar. La desaparición es una exclusión en primera instancia, la visibilización extrema es una exclusión a través de una secuencia de movimientos.

Por lo cual, el *lawfare* es el rearmado del sistema de dominación con el mismo objetivo de la dictadura pero con un procedimiento inverso: en lugar de la desaparición, o sea, en lugar de la eliminación de los cuerpos a través de su invisibilización, procede hipervisibilizándolos para destituirlos, excluirlos y encarcelarlos.

Conclusiones

Decíamos al inicio de este trabajo que los servicios de inteligencia promovieron la denuncia contra la presidenta y, al mismo tiempo, fueron denunciados por los efectos del desarrollo de esa denuncia.

La primera de las conclusiones a la que arribamos, entonces, es la siguiente: entendiendo el *lawfare* como un régimen de extrema visibilización, en este caso, esos mecanismos de visibilización se trasladaron coyunturalmente desde la Presidenta hacia el fiscal Nisman. Él fue hacia ellos y éstos fueron hacia él. Por lo cual, la muerte ocurrió en el interior de un proceso de torsión de los mismos mecanismos del *lawfare*. El fiscal, que estaba en la conducción del proceso de guerra jurídica contra la Presidenta, de repente, sin percibirlo, quedó en el interior de un dispositivo que se volvió contra él. Podríamos decir: probablemente un sector de los servicios de inteligencia tomó el control de mecanismo del *lawfare* y Nisman pasó de ser uno de los que lideraba ese proceso a ser su víctima principal.

El día 14 de enero de 2015 “es un día agotador, en total el fiscal toma contacto con treinta y dos medios de comunicación para darle difusión a su denuncia”. (Duggan, 2018:42).

En el último día antes de su muerte, el Fiscal habla con dirigentes de la oposición, de los medios hegemónicos y de la Justicia. La relación con todos ellos es de amistad. La diputada macrista Laura Alonso, por ejemplo, lo aconseja cómo desempeñarse en la reunión

en el Congreso: “Mi consejo para el lunes: venís tranquilo, relajado, hablás pausado, no te ofusques, no interrumpas, dejalos que ladren, mantené la calma, respirá. La verdad te asiste”. (Duggan, 2018:54).

La periodista Silvia Mercado, de Infobae, le envía un correo electrónico en el que le dice: “Perdone que me meta, pero me quedo más tranquila si le digo que no acepte hablar mañana a puertas abiertas. Como dice Timerman, no acepte el show mediático. Tiene tiempo. Usted tiene que cuidarse. Perdone. Abrazo”. (Duggan, 2018:73).

Un trato parecido tiene, ese día, con Natasha Nibieskikwiat de Clarín, Laureano “Toti” Pérez Izquierdo de Infobae y Nicolás Wiñaszki, también de Clarín, entre otros.

Es decir, entre entrenamientos espontáneos, como el ensayado por la diputada Laura Alonso, y consejos personales como los impartidos por Silvia Mercado, es evidente la inserción de Nisman en un bloque donde confluyen figuras importantes de la oposición política y mediática con un sector de la Justicia que el mismo lidera. Pero lo que parece desprendido de ese bloque, en los días previos a la muerte del fiscal, es el sector de los servicios de inteligencia liderado por Jaime Stiuso. La principal hipótesis es que, en este desacople, hay que buscar la explicación del proceso que terminó con la muerte del fiscal.

“El oficialismo quiere que la audiencia de Nisman en el Congreso sea pública. El diputado por el Frente para la Victoria, Guillermo Carmona, acusó ayer a legisladores del PRO de montar una escena funcional a la denuncia del fiscal Alberto Nisman, al referirse a la reunión que se realizará hoy en el Congreso para que el funcionario judicial explique la acusación contra la Presidenta Cristina Kirchner por “encubrimiento” de Irán en el marco del atentado a la AMIA (...) Carmona denunció una “operación política – mediática” por parte de la oposición en torno a la denuncia (...) advirtió como una posibilidad que el bloque se baje de la sesión en caso de que la oposición rechace la televisación de la presentación” escribe La Nación el mismo lunes 19 de enero de 2015.

El fiscal va hacia un territorio de hipervisibilización, formando parte de un bloque compacto de periodistas, comunicadores, políticos opositores y miembros de la Justicia, pero sin uno de sus principales soportes: los servicios de inteligencia que respondían a Jaime Stiuso.

La segunda de las conclusiones es que esos regímenes de visibilidad y lógicas de existencia y funcionamiento con las que los servicios de inteligencia inundaron la totalidad de la escena mediática, generaron un escenario propicio para la instalación de las narrativas más poderosas: la de los grandes medios opositores. Se habilitó, de esta forma, una enunciación donde se utilizó la duda y la imprecisión para afirmar las cosas más extremas.

“Me cuesta creer que la presidenta haya dado la orden para que lo maten [...]. Hay un submundo de los servicios de inteligencia que está descontrolado” afirmó Patricia Bullrich en La Nación del 20 de enero de 2015.

“Nisman muere envuelto en una trama en la que el indescifrable mundo del espionaje es el principal protagonista” dijo Carlos Pagni en La Nación el martes 20 de enero.

La tercera de las conclusiones es que el cadáver de Nisman permitió profundizar un discurso opositor que insistía con la inmoralidad o amoralidad del gobierno kirchnerista: éste pasó de ser un gobierno que robaba a ser un gobierno que también podía matar, directa o indirectamente. El registro para la creación de ese escenario fue la confluencia de dos actores que se alimentaron, con tensiones y diferencias, uno al otro: los servicios de inteligencia y los grandes medios opositores. La supuesta inmoralidad o amoralidad creada por el gobierno amplió los márgenes de interpretación haciendo posible la creencia en las mayores conspiraciones. En esa perspectiva de los medios hegemónicos, el gobierno habría sido una víctima de su propia creación: en ese territorio inmoral o amoral es donde fue posible construir el relato inculpatario contra el gobierno. Según estos medios, el gobierno no mató a Nisman pero creó las condiciones para que ese hecho fuera verosímil y creíble por una parte significativa de la sociedad. De ese modo, el relato inculpatario reside en atribuirle al gobierno el clima que estos mismos medios contribuyeron a producir. En todo este desarrollo, los regímenes específicos de existencia y de operación de los servicios de inteligencia fueron relevantes para sostener los distintos relatos de los medios hegemónicos: el asesinato, el suicidio inducido y el suicidio de Nisman en un contexto de superposición de discurso inculpatario y discurso moralizante contra el gobierno.

Referencias

Libros

Duggan Pablo. (2018). ¿Quién mató a Nisman? Buenos Aires: Planeta.

Lindner Franco. (2019). Historia de Espías (y Espiados). Las operaciones que involucran a Macri, Los Kirchner, Nisman, Stiuso, Scioli, Bergoglio, Carrió, Centeno, Maldonado y muchos otros Buenos Aires: Planeta.

Pastor Facundo. (2015). Nisman. ¿Crimen o suicidio? ¿Héroe o espía? Buenos Aires: Editorial Margen Izquierdo.

Zaffaroni Raúl Eugenio, Caamaño Cristina, Vegh Weis. (2020). ¡Bienvenidos al *Lawfare!* Manual de pasos básicos para demoler el derecho penal. Buenos Aires: Capital Intelectual.

Artículos

Rosso Daniel. (2021). “*Lawfare* y después...” publicado en revista La Tecla Ñ recuperado en <https://lateclaenerevista.com/lawfare-y-despues-por-daniel-rosso/>

Rosso Daniel. (2019). “El agente D’ Alessio y las mentiras verdaderas”. Revista Contraeditorial, Año 2, Número 35.

PABLO GASLOLI* - SUSANA SEL**

Relatos mediáticos y persecución judicial como estrategia electoral

El *lawfare* argentino sobre “dólar futuro”

***Lawfare* como estrategia de dominación**

Abordar el *lawfare* implica relacionar las acciones de la justicia con las estructuras de propiedad que constituyen el poder real en la sociedad y tienen absoluta relación con el capital concentrado y sus usinas mediáticas. El caso argentino exhibe la actuación de las empresas mediáticas, cómplices del terrorismo de estado, velando por sus intereses corporativos, con la complicidad político-judicial contra el Estado regulador. El *lawfare* es la manipulación selectiva del sistema penal para provocar la muerte política y jurídica de dirigentes populares y dejar a salvo de ella a dirigentes funcionales al poder real, aún cuando sí hayan cometido delitos. Es el accionar conjunto de cuatro poderes (jurídico-mediático-corporativo-político) sobre la democracia de modo tal de crear causas, difundirlas mediáticamente y medir el impacto de la persecución sobre la opinión pública.

Impulsados y financiados desde las usinas de la dominación imperial, los medios de comunicación concentrados, brazos armados de los poderes fácticos, a través de sus relatos cumplen el rol de acusadores, manipulando al público para demonizar a los gobiernos populares de la región. Luego que las víctimas son condenadas por la opinión pública convencida de la corrupción, cuando sea necesario, la “Justicia” emite la sentencia que inhabilita o proscribire a los líderes populares, enturbiando y tergiversando los procesos democráticos, y estigmatizando al acusado, que -aun siendo inocente- es expuesto ante la sociedad.

(*) Pablo Gasloli (Universidad de Bs. As. -Universidad Nac. de las Artes).

(**) Susana Sel (Universidad de Bs. As. -Universidad Nac. de las Artes- Flacso Ec).

Los gobiernos Kirchner (2003-2015) identificados como antineoliberales ó neopopulistas, ampliaron derechos e intentaron mínimas regulaciones, que fueron revertidas durante el neoliberalismo-autoritario (Macri, 2015-2019). Al desactivar las estructuras habilitadas por la Ley 26522 de Servicios de Comunicación Audiovisual reforzaron la concentración mediática en manos de los socios corporativos del terrorismo de estado, anulando el rol del Estado como garante de derechos. Gobierno neoliberal que consolidó un panorama privado comercial hiperconcentrado, con medios y productoras del sector público fuertemente condicionadas y líneas de fomento subejecutadas por el Estado, ante la resistencia de diversos sectores sociales. El retiro del Estado de sus funciones de regulador y controlador, aliado a los actores globalizados y nacionales del sector, consolidaron a los grandes jugadores de las cadenas de valor en materia de contenidos e infraestructuras cada vez más integradas y dependientes de sus intereses.

El *lawfare* se utiliza para aniquilar políticamente a los opositores políticos de estos grupos económicos poderosos. Cristina Caamaño analiza el impacto del uso mediático-político en el derecho procesal penal argentino "...el *lawfare* tiene como efecto inminente un notorio debilitamiento de la democracia y la consolidación de un liderazgo mediático-político que deja a la ciudadanía vulnerable ante los deseos de las potencias económicas mundiales y los grandes grupos económicos" (Zaffaroni et al., 2020:66)

En este contexto, se acusa de corrupción, traición a la patria, manejos ilegales o cualquier otro cargo fuerte a aquellos que plantean gestionar sus recursos nacionales, y hablan de independencia. Para ocasionar la muerte política hay que erosionar el poder de los enemigos políticos, deslegitimarlos y convertirlos en los causantes de todos los males del país frente a la opinión pública y la población. Si la contraparte es un referente neoliberal del mundo de los negocios, la eficacia empresarial del rival se presenta frente a enemigos políticos corruptos. El enemigo, corrupto y soberbio, al que se acusa de modo tal que quede inhabilitado jurídicamente para la participación política.

A principios de la década de los 90, la imposición del capital financiero a través de los organismos internacionales, generó el "Consenso de Washington" con medidas que debían ser incorporadas en las "estrategias de crecimiento" de los países en desarrollo. Los organismos financieros internacionales condicionaron a los países en desarrollo la concesión de ayudas no reembolsables y líneas de créditos, sujetos a la implementación de políticas económicas concebidas bajo las doctrinas ortodoxas: liberalización económica, privatización de las empresas públicas, desmantelamiento de los incentivos a las exportaciones y a la industria, y reducción del rol del Estado a cuestiones marginales. La implementación de este plan tuvo consecuencias muy negativas para la región. La apertura y liberalización de los mercados benefició principalmente a los países centrales, mientras que los países periféricos se volvieron más vulnerables. El modelo se plasmó en Argentina a través de la llamada *Reforma del Estado*. La disciplina fiscal se lograría a partir de la privatización de los activos del Estado, y ese fue el gran objetivo planteado por el gobierno de Menem (1989-1999) interviniendo a favor de la libre opera-

ción del mercado. Este plan, impulsado por el así llamado neoliberalismo es en realidad el poder global del capital financiero concentrado, que requiere circular libremente por los mercados mundiales y para eso necesita el Consenso, reemplazando el rol del anterior Estado benefactor. Las políticas públicas de los estados promovieron una creciente concentración de la riqueza en grandes compañías y conglomerados internacionales en desmedro de los sectores asalariados y desocupados. Los grupos concentrados del capital que detentan en sus manos el poder político, participan al mismo tiempo de empresas y medios de comunicación. Es en esta interacción de negocios privados y periodismo que se construye consenso.

Estamos ante un Consenso de Washington modernizado, algunos autores lo consideran "2.0" y tiene como objetivo la deslegitimación de los que resisten este neocolonialismo. En términos de Valeria Vegh Weiss "... el poder punitivo volvió recargado para que cuando la disputa democrática limpia no alcance, se logre de todos modos la muerte jurídica y política del oponente populista molesto..." Una muerte política deslegitimándolo y culpándolo de todo lo malo frente a la población. La muerte jurídica con condenas o prisiones que los inhabiliten para la participación política. Para la autora "...Todo, claro está, en nombre de la transparencia y la democracia. Amén..." (Zaffaroni et al., 2020:102).

Esto se traduce en la persecución política individual, en la ruptura de la confianza judicial y hasta en la propia imagen de la Nación. "Sin duda que este "*lawfare*" es también "law far", porque está muy lejos del derecho. Es su antípoda. E incluso a veces cae en sus propios tipos penales" (Zaffaroni, 2018)

Los mecanismos utilizados para convencer jueces que puedan tomar la causa son determinantes para hacer la denuncia, y digitar la forma de elección de los mismos para que las causas vayan a esos juzgados. El caso del juez Bonadío es paradigmático de todas las causas de la ex-presidenta Cristina Fernández de Kirchner. Todo ésto acompañado del blindaje mediático que determina qué es lo que se oculta de modo tal de seguir instalando la idea de la corrupción neopopulista, con el espectáculo armado de imágenes del enemigo, que se fijan y reproducen teniendo en cuenta la concentración de medios.

Medios de comunicación como actores del sistema político

Los medios son actores relevantes del sistema político a partir de sus propios intereses, que influyen las audiencias y las actitudes ciudadanas, desde un activa concentración de enormes recursos que influyen sobre el sistema político. Son actores políticos porque involucran acciones intencionales para formar creencias y preferencias políticas en la opinión pública y en el sistema político, a partir de jerarquizar temas en la agenda. En nuestro caso, los grupos Clarín y La Nación son quienes fijan estas prioridades. Impulsados y financiados desde las usinas de la dominación imperial, los medios de comunicación concentrados, brazos armados de los poderes fácticos, a través de sus relatos

cumplen el rol de acusadores, manipulando al público para demonizar a los gobiernos populares de la región. Luego que las víctimas son condenadas por la opinión pública convencida de la corrupción, cuando sea necesario, la "Justicia" emite la sentencia que inhabilita o proscribiera a los líderes populares, enturbiando y tergiversando los procesos democráticos, y estigmatizando al acusado, que –aun siendo inocente– es expuesto ante la sociedad. Los medios construyen representaciones del poder y la sociedad que involucran conflictos y consensos comunicados diariamente en su discurso público, y aseguran audiencia y contactos más amplios que otros actores. La prensa, como comunicador público, narra y comenta conflictos políticos noticiables, y participa de conflictos que informa u omite en su temario público. "Los medios de comunicación son constructores de la actualidad política y participantes de conflictos políticos en un doble sentido: tanto desde la influencia que puedan ejercer a través de las noticias sobre la opinión pública en general y sobre la elite política en particular, como desde las negociaciones extraperiodísticas que los dueños y operadores de los medios puedan mantener con otros actores para influir en el proceso de toma de decisiones políticas". (Califano, 2015:71)

En las últimas décadas, una cuota mayoritaria del mercado de medios y telecomunicaciones en América Latina se encuentra en manos de pocas empresas privadas, lo cual deriva en una opinión pública creada e instrumentalizada para legitimar el ejercicio de fuerza de grupos económicos, situación que condiciona la producción de información. Las estrategias tecnológicas de las firmas les permiten posicionarse en el mercado con una capacidad significativa de obtener ganancias tecnológicas extraordinarias a través de la incorporación y generación de innovaciones, tanto en productos como en procesos, y de alterar, en consecuencia, el nivel de las barreras al ingreso de potenciales competidores. El oligopolio expresado en la formación de grandes grupos tiene como antecedente el monopolio (reemplazo de la competencia por pocas empresas de gran dimensión), y es la expresión de la concentración mediática facilitada por las privatizaciones de los años 90, que consolidaron una nueva fracción hegemónica que combinó capital financiero internacional, operadores internacionales de servicios públicos y capital nacional, beneficiados por la convergencia tecnológica. En el análisis de los grados de concentración de las empresas mediáticas, se verifica en la región una homogeneización de intereses que produce prácticamente grados de integración monopólica y oligopólica, de gran impacto tecnológico en la producción de mensajes y las prácticas sociales, sobre todo en esta etapa de plataformas digitales. Al mismo tiempo, la construcción del discurso contra-hegemónico de los movimientos sociales y la reutilización con sentido comunitario y social de las nuevas TIC no producen el mismo grado de integración en la construcción de ciudadanía.

En todos estos procesos las grandes cadenas de comunicación, los monopolios y oligopolios, ocultan, tergiversan y falsifican la realidad fogueando el retorno a las viejas prácticas de la derecha, impulsando, muchas veces, a los sectores medios a posiciones antipopulares. Los medios son conglomerados de empresas de comunicación privadas con fines de lucro y con capacidad de incidencia en la esfera pública, que combinan lo

político y lo económico. El discurso que formulan sobre la democracia responde a intereses mercantiles, que influyen en la política y en el sistema de información. La información es poder. En 2020, y ante las necesidades derivadas de la pandemia de Covid, el nuevo gobierno neopopulista asumido en diciembre de 2019 firmó un Decreto de Necesidad y Urgencia DNU, que declaraba servicios públicos en competencia a la telefonía móvil, internet y televisión paga. La respuesta de las empresas y puntualmente Clarín, fué de rechazo y judicialización, con la excusa de la afectación a la libertad de expresión. En ese contexto, Becerra (2020) expresó "...Clarín solo busca defender una posición corporativa, pero la disfrazan en una narrativa de afectación de derechos general para hacer pasar su interés particular como interés general. Defienden únicamente los márgenes de rentabilidad, porque no tienen ningún interés en defender la libertad de expresión. Cuando hubo ataques reales a ese derecho no se mostraron solidarios con los grupos que los sufrieron...".

El grupo Clarín y sus confrontaciones

Considerado uno de los diarios de referencia de América Latina, Clarín es un conglomerado de medios impresos, radiales, televisivos, digitales y de otras empresas vinculadas, que se ha convertido en el monopolio más grande de las telecomunicaciones en Argentina. Detenta un nivel de concentración inédito en América Latina y el mundo. Según Becerra (op cit) "No existe en ningún otro lugar un grupo privado que tenga posición dominante en prensa escrita, en radio AM y FM, en televisión abierta y por cable, en señales audiovisuales, en telefonía fija y móvil, en conectividad fija y móvil, y que además es socio del Estado en la producción de papel. Tiene un nivel de concentración tan alto que es imposible que cualquier medida que procure atenuar el impacto de aumentos de precios o procure generar mejor acceso a la comunicación no afecte a alguna de las múltiples empresas que tiene en todos los eslabones de la cadena de producción de información y comunicación".

Creado en 1945, la política del grupo fué de buena relación con la dictadura militar y los gobiernos liberales. Constituído como sociedad anónima en 1999, en momentos de asociarse con Goldman Sachs (Banca de inversión), el Grupo Clarín SA es el grupo de empresas de medios de comunicación más grande de Argentina y tiene la mayor circulación de prensa en el mundo hispanohablante. Además concentra el nivel mayor de ingresos en el mercado de la comunicación. Según Zunino (2015) la tirada promedio del diario es de más de 270000 ejemplares y se extiende a más de 570000 los domingos, le sigue el Diario La Nación. Además extiende su oferta informativa a radios y televisoras de todo el país, con lo cual es referente nacional en la fijación de agenda pública y mediática. El diario acapara aproximadamente 40% de la pauta publicitaria de la industria. En 2017 el Grupo fusionó los servicios de Cablevisión y Telecom, haciéndose con el 42% de la telefonía nacional, el 34% de telefonía móvil, el 56% de conexión a internet, el 35% de conexión a internet móvil y 40% de televisión de pago (Grossi, 2021).

El Grupo posee radios, cables y señales televisivas, diarios del interior, revistas, productoras de contenidos, tiene su propia agencia de noticias (DyN) y sus negocios se extienden a los agronegocios, como dueño de la muestra anual Expoagro con La Nación, la muestra agropecuaria a campo abierto más importante del país. La misma reúne en cada una de sus ediciones a los principales actores vinculados al sector agropecuario. También es propietario de la única papelería nacional Papel Prensa, obtenida junto con sus socios en connivencia con la dictadura militar. Esa articulación de intereses entre los genocidas militares y la codicia de los empresarios, puede verificarse en el caso de esta empresa. En 1977, la dictadura secuestró y juzgó a la familia Graiver, propietaria del 75% del capital de la empresa, y se apropió de dicho capital, acordando luego la cesión a Clarín, La Nación y La Razón (el 25% era estatal). "Clarín compró Papel Prensa con la familia Graiver detenida y juzgada por un tribunal de guerra de la dictadura. A partir de allí Clarín ejerció el monopolio de la venta de papel para diarios" (Papaleo, 2010). De ese modo, con las manos manchadas de sangre, el Grupo obtuvo incalculables beneficios, lo que para muchos supuso otro golpe a la libertad de expresión y al derecho a la información de toda la sociedad.

En defensa de sus intereses, el Grupo participa activamente en las disputas políticas, y aprovecha su posición dominante en el mercado para difundir su interpretación en las confrontaciones con los gobiernos de Cristina Fernández de Kirchner. En estos episodios contenciosos según Tarrow (2013), las publicaciones de la prensa parten de una disputa por la interpretación de los hechos ocurridos que se da en el lenguaje, una disputa discursiva en acción, con empleo, por parte del medio, de categorías inherentes a la democracia liberal. El Grupo Clarín es parte de la elite perjudicada en el gobierno de Cristina, en cuanto a su poder y rendimiento económico, de allí que su gobierno se vuelve un enemigo y sus acciones representadas como totalitarias. Las afectaciones refieren a políticas públicas implementadas:

La Resolución 125, del 11 de marzo de 2008, intentaba un nuevo esquema de retenciones móviles para las exportaciones agropecuarias que representaba una suba de entre 7 y 9 puntos para la soja y el girasol; y una rebaja de 1 punto para el trigo y el maíz. Al día siguiente, las cuatro entidades rurales lanzaron el primer paro en contra del Gobierno anunciando que suspendían la comercialización de carnes y granos en todo el país por 48 horas. Fue el comienzo de un conflicto que se extendió durante 129 días, hasta el 18 de julio, en que el Gobierno nacional decidió derogar la resolución 125 de las retenciones, tras el revés de su votación en el Senado. Como parte del agronegocio, el Grupo Clarín encaró una feroz oposición al Gobierno, quien perdió la mayoría en las elecciones legislativas de junio de 2008.

La Ley 26.425 promulgada el 4 de diciembre de 2008 por el que se crea el nuevo Sistema Integrado Provisional Argentino (SIPA), que elimina el régimen de jubilación privada de las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones (AFJP) y unifica la seguridad social en un único régimen previsional público. La nueva medida fue adoptada ante la fuerte caída de la rentabilidad de las administradoras en los últimos meses, que se agravó en septiembre en el marco de la crisis financiera internacional. Nueva confron-

tación del Grupo por la lesión a los intereses concentrados, así como su asociación a fondos de pensión. La declaración "Preocupación de AEA por el proyecto sobre jubilaciones" publicado en el periódico La Nación el 31 de agosto de 2008, deja en claro la articulación de diversos grupos mediáticos y sus asociaciones. Del mismo modo, y constatable en la misma declaración los nombres de poderosos representantes agropecuarios, opulento sector incorporado a la campaña mediática opositora luego de la decisión gubernamental de aumentar las retenciones móviles. Además de profundizar su encono con la Presidenta, se suma como enemigo el Ministro de Economía (Amado Boudou), desde aquí en la mira del Grupo.

Como consecuencia de lo anterior, tras la estatización de las AFJP, a través del Estado, la **Anses controla el 9% del multimedio Clarín**. Recién el 26 de abril de 2013, la delegación del Estado representando a la Anses participó en una asamblea anual ordinaria de accionistas de la empresa, cuestionando el análisis económico de la memoria y balance, porque no representaban la situación real de la Argentina. El Grupo Clarín acusó a los funcionarios de pretender «desconocer el régimen de mayorías y minorías, y deslizaron reiteradas amenazas respecto de la utilización de la nueva ley de mercado de capitales y de la CNV, como instrumentos para violentar el régimen societario e intentar algún tipo de avanzada sobre la empresa» (José Cretazz, 2013)

El 11 de agosto de 2009, la Asociación del Fútbol Argentino rescindió el contrato que tenía con TyC hasta 2014 y se asoció con el Estado para la transmisión de los partidos de fútbol por el sistema de televisión abierta. El Grupo controla el 50% de Torneos y Competencias (TyC) y el 50% de Televisión Satelital Codificada cada (TSC), empresas que hasta 2009 monopolizaban las transmisiones de eventos deportivos que se vendían a través de señales codificadas. Esta situación marcó otro quiebre en la relación entre el Grupo y el gobierno nacional. Contienda acrecentada a través de acusaciones cruzadas durante todo el proceso bajo estudio. La misma, permanece irresuelta al día de la fecha, sobre todo luego de aprobada el 10 de octubre de 2009 la nueva Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, que entre otras cosas, obliga al Grupo Clarín a desprenderse de licencias y medios a fin de desconcentrar el mercado audiovisual. Si bien en su artículo 161 se establecía un plazo de un año para la adecuación de los multimedios que no cumplieran con la nueva regulación, una oleada de recursos legales le permitió al grupo no desinvertir hasta el momento.

La Ley 26522 de Servicios de Comunicación Audiovisual promulgada el 10 de octubre de 2009 implicó un fuerte golpe a los grupos concentrados de la comunicación. Una larga aspiración de distintos sectores sociales que luchan por ampliar el espacio mediático. La nueva norma establece límites para la formación de monopolios, en sintonía con las legislaciones más avanzadas en la materia, garantiza el acceso de todos los sectores a las frecuencias de la radio y la televisión manteniendo el principio de pluralismo y diversidad en el ejercicio de la libertad de expresión. La sanción de la ley es un logro importante en un momento particular de la política argentina, ya que luego de la derrota electoral del

oficialismo el 28 de junio de 2009, eran pocas las expectativas sobre su tratamiento. La confrontación incluye a los mismos intereses concentrados que ganaron esas elecciones, del cual el Grupo forma parte, y que especulaban con que el gobierno quería aplicar una ley mordaza a los medios justamente por las condiciones políticas. Las razones de estos mismos grupos, si bien se vinculaban a la probable pérdida de privilegios que una ley de este tipo podría ocasionarles, también remitían a otras medidas tomadas por este gobierno y que lesionaron intereses. La campaña contra el tratamiento de la Ley sumó a la Sociedad Interamericana de Prensa (SIP), cámara empresarial de los grandes grupos que funciona cual organismo internacional, financiada por las agencias de inteligencia y cumpliendo tareas de desestabilización de los regímenes democráticos. A este fuerte actor social asociado a las cámaras empresariales del sector concentrado, se sumaron varias de sus representaciones locales, como la Asociación de Empresarios Periodísticos (ADEPA), Asociación Argentina de Radiodifusoras Privadas Argentinas (ARPA), Asociación de Teleradiodifusoras Argentinas (ATA), ó la Asociación Argentina de Televisión por Cable (ATVC). El rechazo común mostró la articulación de intereses, algo aún más notorio en el caso de ADEPA dado que la ley 26.522 no regula medios gráficos, sino audiovisuales. El otro gran actor social que juega desde diciembre de 2009 son los magistrados del sistema Judicial. Algunos de éstos tienen ambiciones políticas e intereses económicos, otros son resabios de la dictadura, pero todos se articulan con los intereses concentrados y accedieron a los pedidos de los monopolios para frenar la aplicación de la Ley 26.522.

Sanción de la Ley Nº 26.736 el 27 de diciembre de 2011, por la cual se declaró “de interés público” la fabricación, comercialización y distribución de pasta celulosa y papel para diarios, y estableció que se debía proveer el papel al mismo precio para todos los medios gráficos. Producto de una investigación promovida por el gobierno de Cristina Fernández de Kirchner en 2010, sobre la transferencia de la empresa Papel Prensa en 1976, porque a su entender, se realizó de forma ilícita y bajo violación de los derechos humanos. Los directores de Clarín y La Nación, por su parte, acusaban al gobierno de querer limitar la libertad de expresión y de intentar obtener el control de la prensa. El resultado de esa investigación fue un informe que se conoció como “Papel Prensa LA VERDAD” en el que se explicaron varias irregularidades en la transferencia de las acciones de Papel Prensa a Clarín/La Nación, y que generara la Ley. Durante el gobierno de Macri, en 2016 el juez Julián Ercolini sobreseyó a los directores de Clarín y La Nación en la causa iniciada en 2010 alegando falta de pruebas. Así, Clarín siguió expandiendo su dominio formando el holding mediático más grande de América Latina y, en 2018, consiguió que el congreso aprobase la Ley de desregulación de Papel Prensa. Según el Grupo, hasta ese momento el coste de importación era inferior al de compra interna, por eso argumentan que la desregulación se realiza para incrementar el comercio interno

Es posible leer, a través de las acciones constantes, la confrontación con aquellos gobiernos que intentaron mínimas regulaciones. Para los monopolios la preocupación es mantener la seguridad jurídica para su propiedad privada y la búsqueda de rentabilidad,

sobre todo en un sector como el de las industrias de los medios de comunicación, cada vez más concentradas. En consonancia con ello, estos últimos años, el Diario Clarín reemplaza el enfoque periodístico por un encuadre espectacular y provocativamente indignante, de distorsión de la realidad.

La causa “dólar futuro”

Aún cuando exista un horizonte de interpretación desde el cual pueda ser leído o decodificado un mensaje, lo cierto es que los mensajes no son susceptibles de infinitas interpretaciones y el emisor construye el campo dentro de cuyos límites puede darse la interpretación del mismo.

La causa conocida popularmente como “dólar futuro” en Argentina es un ejemplo de este accionar, en relación a la elección presidencial de 2015. Una denuncia político-mediática sobre la operatoria del Banco Central, efectuada 5 días después de la primera vuelta electoral, por el poder político opositor al gobierno popular de Cristina Fernández de Kirchner, la acusa junto con su gabinete de perjuicio al Estado, información privilegiada y negociaciones incompatibles con la función pública. Las consecuencias de estas acciones se plasmaron luego en la victoria del poder económico que erigió a Mauricio Macri como presidente. Recién el 13 de abril de 2021 se sobreyeron las actuaciones sobre la ex-Presidenta y sus funcionarios, en un fallo que desmiente la existencia de delito.

Se trata de un contrato en pesos donde dos partes fijan el valor de un activo, en este caso el dólar, en una fecha futura determinada y cuando el acuerdo vence no se paga en dólares sino en pesos. El vendedor o el comprador pueden obtener una ganancia o una pérdida, según la cotización oficial de la divisa en relación al precio del contrato. El Banco Central lo opera a través de mercados.

La causa se inició el 30 de octubre de 2015 por denuncia del diputado Mario Negri y el senador Federico Pinedo por el delito de administración fraudulenta. Se basó en que el Banco Central habría dispuesto la venta de dólares por un precio inferior al del mercado de Nueva York para ventas a futuro, posibilitando que el inversor comprara en el mercado nacional para luego ir al mercado de Nueva York y así obtener una ganancia especulativa.

Para el Dr. Zaffaroni, esta decisión de política monetaria del Banco Central, no puede ser encuadrada como delictiva. El mismo juez Bonadío reconoció en el procesamiento la legitimidad del Banco Central para intervenir en la estabilidad monetaria del país “Es sabido que los bancos centrales nacionales desempeñan un papel importante en los mercados de divisas: tratan de controlar la oferta monetaria, la inflación y los tipos de interés y con frecuencia tienen tasas oficiales o no oficiales de cambio y pueden utilizar sus a menudo sustanciales reservas de divisas para estabilizar el mercado” Y continuó: “Se puede afirmar con ello que la operatoria del dólar futuro es un mecanismo legítimo

del cual puede valerse el BCRA para el logro de uno de sus fines, esto es, promover la estabilidad monetaria y/o cambiaria". No obstante, después explica que las operaciones deben hacerse "a precio de mercado" y que "justamente eso es lo que no se hizo" lo que justificaría la imputación penal (Zaffaroni *et al.*, 2020:149)

Pese a que la causa imputaba a los directivos del Banco Central, el juez Bonadío apuntó a Cristina Fernández de Kirchner tras el supuesto que "...es impensable que una operación financiera de esta magnitud, en la cual en menos de 45 días hábiles se abrieron posiciones del BCRA de u\$s 5000 millones a u\$s 17000 millones, que tendría claros efectos económicos y políticos en un futuro inmediato, sea desarrollada sin la aprobación expresa del más alto nivel de decisión económica y política del Poder Ejecutivo Nacional...". (CIJ, 2016)

Para justificar jurídicamente una decisión que no tomó la entonces Presidenta pero que la llevó a su imputación, Bonadío utilizó una teoría creada por el catedrático alemán Klaus Roxin, que permite imputar delitos a personas que ocupan los escalones más altos en el dominio de una estructura organizada de poder aún si no los cometieron directamente. "...Esta es una herramienta jurídica muy sensible y que puede ser peligrosa porque extiende el poder punitivo y lo desliga de la comisión del hecho ("derecho penal de acto"). Por eso hasta el propio Roxin expresa que esta teoría es de uso exclusivo para delitos de lesa humanidad o de criminalidad organizada como los ocurridos en la Alemania nazi. Parece que en Comodoro Py se saltaron esa parte del texto..." (Zaffaroni *et al.*, 2020:150)

Por otra parte, la forma en que el juez Bonadío actuó en relación a los compradores de dólar futuro tuvo que ver con los que sí se beneficiaron de las operaciones, ya en el gobierno neoliberal de Macri. El 3 de julio de 2018 el juez desestima la existencia de delito en Caputo (más tarde presidente del Bco. Central) y otros funcionarios del gobierno que habían sido denunciados a fines de 2016. En estos casos, Bonadío declaró la inexistencia de delito con el argumento de que no se puede reprobar penalmente la conducta de los compradores futuros de dólar frente a la atractiva oferta del Banco Central. Es destacable que el 7 de abril de 2018 el propio Bonadío había sido sobreseído en esto que fué llamado *contra causa* de dólar futuro.

El 4 de marzo de 2021, la ex-Presidenta y actual Vicepresidenta Cristina Fernández de Kirchner, declaró en su juicio oral que la causa fue no solamente '*lawfare*' sino también intromisión y manipulación de procesos electorales y política en general por parte de miembros del Poder Judicial. (Télam, 2021)

"La hegemonía es, fundamentalmente, un conjunto de mecanismos unificadores y reguladores que aseguran a la vez la división del trabajo discursivo y un grado de homogeneización de retóricas, tópicos y doxas transdiscursivas. Sin embargo, esos mecanismos imponen aceptabilidad sobre lo que se dice y se escribe, y estratifican grados y formas de legitimidad." (Angenot, 2010:31)

Clarín, *lawfare* y elecciones

Las noticias, consideradas como una forma de discurso político, poseen una estructura relacionada explícitamente con las prácticas sociales así como con las ideologías de su producción (Van Dijk, 1996). Enfocamos en el discurso político del periódico Clarín, desde la manipulación informativa, contra su enemiga política, Cristina Fernández de Kirchner por la implementación de políticas públicas que afectaban sus intereses concentrados (medios, agronegocios, fondos de pensión, fútbol). La participación mediática en la construcción del *lawfare* contra la ex-Presidenta y su gobierno, fué determinante del resultado de las elecciones 2015, y la asunción del neoliberalismo macrista, que preservaría sus intereses, aumentando las pautas publicitarias y revirtiendo las leyes que limitaban el monopolio del Grupo. De allí la importancia analítica de los contenidos del medio gráfico Clarín.

- Preparando el terreno

El 9 de agosto de 2015 se realizaron las **elecciones** primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias (PASO), para determinar las candidaturas que competirían en las elecciones generales de octubre. Resultó triunfante la fórmula oficialista Frente para la Victoria (Scioli-Zannini) con el 36,69% nacional, en una diferencia de casi 2.000.000 de votos de diferencia con la fórmula opositora Cambiemos (Macri-Michetti).

Tres días antes de las elecciones generales comienzan las operaciones mediáticas sobre el gobierno de Cristina Fernández de Kirchner, así el 22 de octubre de 2015 la editorial del diario es sobre espionaje "K", en la primera página, sin elementos probatorios. Y a continuación, en la página 2, una nota sobre que Scioli (candidato oficialista) mantendría a los "sospechados" (sic) Echegaray (Administración Federal de Ingresos Públicos) y Vanoli (Banco Central).

El 23 de octubre el diario alerta en página 3 sobre "el final incierto electoral que puede traer sorpresas", y en la página siguiente el problema del dólar "el mercado pudo más y el dólar blue cruzó los 16 \$"

Un día antes de las elecciones, el 24 de octubre, publica en las primeras páginas "Amanece que no es poco" y "Salir del cepo supero a los candidatos" y en lo que se puede denominar como en cine un "camafeo" (en el sentido de escenas gratuitas ó calumnias) publica "Marmota, una investigación sobre el relato K".

- El objetivo electoral de la segunda vuelta

En la elección del 25 de octubre de 2015 el Frente para la Victoria nuevamente tuvo el mayor caudal de votos, 9.338.449 (35,85% del total) , incluso mayor que en las PASO, mientras Cambiemos acortó la ventaja con 8.601.063 votos (33,02% del total), dado que ninguno de los candidatos logró el 40% del total de votos emitidos ó 10 puntos de ventaja entre ellos, se fijó la segunda vuelta electoral para el 22 de noviembre de 2015.

A partir de ahí, arreció la campaña político-mediático-judicial de desacreditación de la Presidenta y sus candidatos. Los forzados títulos referidos al dólar, un tema sensible socialmente en la Argentina, comenzaron a preparar el terreno hasta la denuncia política opositora del 30 de octubre. Al día siguiente, el 31 de octubre Clarín publica "Denuncian al titular del Central por la venta a dólar futuro". Y pese a que la denuncia no incluía a la Presidenta, la mayor parte de artículos periodísticos descalificatorios aludían a ella en términos de corrupción, en muchos de los casos utilizando el modo potencial. A días de la segunda vuelta electoral, las cartas estaban echadas, y los medios, con Clarín fijando agenda, intervendrían decisivamente en la opinión pública para el éxito de la campaña de Cambiemos de Macri, quien ganó el 22 de noviembre con 12.997.937 votos (51,34%) contra el Frente para la Victoria con 12.317.330 votos (48,66%) o sea por el 2,68% de diferencia.

El poder económico, a través de la manipulación político-mediático-judicial, lograba instalarse de la mano de sus títeres y ahora debía encaminar el aparato para deshacerse, a través de su muerte política, de las/os molestas/os dirigentes neopopulistas que intentaban ponerle límites. En modo campaña, tal como es relatado en el libro ¡Bienvenidos al *Lawfare!* Manual de pasos básicos para demoler el derecho penal (Zaffaroni et al., 2020) el poder económico imponía sus ajustes mientras aceitaba los mecanismos de persecución política.

El 27 de febrero de 2016 Clarín publica en tapa "Citan a Cristina Fernández de Kirchner por la causa dólar futuro", y en las primeras páginas se dedican a numerar las "50 causas" judiciales (armadas) de la ex-Presidenta. Los artículos se concentran en las acusaciones corrupción y administración fraudulenta, en la "pérdida" de poder político dentro de su partido, es decir en la esperanza de su muerte política a través de la judicialización, hasta que el 14 de mayo de 2016 logran su procesamiento por la causa dólar futuro. En adelante, y ya con el procesamiento en firme, en la edición del 12 de noviembre de 2016 presiona por el juicio oral "CFK más cerca del juicio oral en dólar futuro". Presión que continúa hasta el 24 de marzo de 2017 donde se decide el juicio oral, cuando Clarín titula "CFK debe ir a juicio oral por los sospechosos contratos de dólares a futuro". Con la muerte del juez Bonadío, el 4 de febrero de 2020, el Tribunal Oral ordenó una pericia con peritos especializados de la Corte Suprema. Ese estudio determinó que no hubo perjuicio para el estado y que ningún funcionario del gobierno de Cristina Fernández de Kirchner logró dinero de esa operatoria.

Por el contrario, los que sí lograron beneficios financieros fueron empresarios vinculados al macrismo, algunos de los cuales integraron luego el gobierno de Mauricio Macri y siguieron esas prácticas (tal como se desarrolla en el punto IV).

El 4 de marzo de 2021 Cristina Fernández de Kirchner (desde diciembre de 2019 electa Vicepresidenta de la Nación) y sus funcionarios procesados, declaran ante la Cámara de Casación Penal que debe definir sobre los pedidos de sobreseimiento de los imputados antes del juicio oral. El sobreseimiento devendría el 14 de abril de 2021, 6 años después del inicio de la inventada causa. Estos dos hechos, la declaración y el sobreseimiento,

sólo tienen lugar en la versión digital de Clarín, quien no incluye ni una sola rectificación a tantos años de mentiras. El frontal discurso de la Vicepresidenta en funciones donde denuncia el *lawfare* y sus culpables, ni siquiera aparece después de haber sido blanco del Grupo durante tantos años. El sobreseimiento se incluye en una nota del ex-ministro de Economía Axel Kicilloff (electo Gobernador de Buenos Aires en 2019) pero en la página 55.

Derechos políticos

“Ustedes también son los responsables, el Poder Judicial, que contribuyeron a que ese Gobierno ganara las elecciones. No miren para otro lado, porque ustedes son responsables. Hoy Prat Gay da clases en Columbia y el que nos endeudó (Macri) va a ver partidos de fútbol en Qatar. Y Axel Kicilloff y yo estamos aquí. Yo no les voy a pedir mi sobreseimiento, les voy a pedir que apliquen la Constitución. Está todo escrito, tienen que aplicar la ley”. **Cristina Fernández de Kirchner, ex-Presidenta de la Argentina (2021)**

“No buscan la verdad, sino perseguir y por destruirme a mí destruyen a gente inocente. (...) Yo sabré defenderme, yo elegí la acción política, sabía los riesgos que existían de cambiar estructuras y sistemas perversos que nos han mantenido en el subdesarrollo 200 años. Pero no se metan con gente inocente.... no se metan con empresarios honestos. (...) En sus manos señores jueces está el cambiar la historia y hacer justicia”. **Rafael Correa, ex-Presidente de Ecuador (Sayago: 2020)**

“Hoy estoy suelto, pero no estoy libre. Mis derechos políticos siguen estando cercenados, incluso antes de que se juzgue el derecho que interpuse al Tribunal Superior”. **Lula da Silva, ex-Presidente de Brasil (Zaffaroni et al., 2020:150)**

“Lula dijo que una de las instancias de juzgamiento no está prevista en el Estado democrático de Derecho: los grandes medios. No hay un juicio explícito, no hay derecho de defensa y no hay debate. Se produce una condena civil, un desmantelamiento de la moral de la persona. La destrucción física acaba con el enemigo. La destrucción, a través del *lawfare*, la guerra jurídica, quiere aplastar la ciudadanía del individuo, destruye el derecho civil de manifestarse” **Dilma Rousseff, ex-Presidenta de Brasil (Granovsky y Pignotti: 2021)**

Referencias

Angenot, Marc. (2010). *El discurso Social*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Ed.

Becerra, Martín. (2020). “Clarín defiende sus ganancias y lo disfraza como defensa de derechos generales”. *Primerafuente.com.ar*. Buenos Aires.

Centro de Información Judicial. (2016). “La Cámara Federal confirmó el procesamiento de Cristina Kirchner en la causa por el “dólar futuro”. Poder Judicial de la Nación. <https://www.cij.gov.ar/nota-23989-La-Camara-Federal-confirma-el-procesamiento-de-Cristina-Kirchner-en-la-causa-por-el-dolar-futuro-.html>

- Califano, Bernardette.** (2015). "Los medios de comunicación, las noticias y su influencia sobre el sistema político". *Revista Mexicana de Opinión Pública*. (México DF:UNAM). Julio-diciembre.
- Cretaz, José.** (2013). "Imprevista irrupción de Moreno y Kicillof en la asamblea del Grupo Clarín". *Diario La Nación*. www.lanacion.com.ar/politica/imprevista-irrupcion-de-moreno-y-kicillof-en-la-asamblea-del-grupo-clarin-nid1576415/
- Cristina Fernández de Kirchner.** (2021). "La causa dólar futuro se manipuló al calor del proceso electoral". Alegato oral. *Cámara Federal de Casación Penal*. Télam, <https://www.telam.com.ar/notas/202103/546360-sigue-el-lawfare-cuestiono-cristina-fernandez-al-inicio-de-su-alegato.html>
- Gaslioli, Pablo.** (2018). "El derecho a la república: downgrade y actualización del sistema como reencantamiento, trivialismo fundamentalista (CoreData) y comunicación del común en el debate contencioso". En: *Encuentro Nacional Derechos Humanos y Educación Superior: Política, prácticas y dispositivos a 100 años de la reforma universitaria*. Paraná: Ed.UNER.
- Gaslioli, Pablo y Sel, Susana.** "Políticas de Memoria en Argentina 2003-2019. Entre procesos de justicia y negación". 2020. En: *Ciberactivismo, Libertad y Derechos Humanos. Retos de la democracia informativa*. Sevilla: ULEPICC
- Granowsky, Martín y Pignotti, Darío.** (2021). "Reportaje a la ex-Presidenta Dilma Rousseff. Las elites no tienen pudor". *Página 12* <https://www.pagina12.com.ar/37455-las-elites-no-tienen-pudor>
- Grossi, Nazareno.** (2021). "Cómo el grupo Clarín se hizo con el poder mediático en Argentina". *Somos periodismo*. Perú: PUCP. <https://somosperiodismo.com>
- Papaleo, Osvaldo.** (2010). "A Clarín y La Nación los condenan los documentos que le hicieron firmar a mi hermana". *Página 12*. <https://www.pagina12.com.ar/diario/ultimas/20-152122-2010-08-27.html>
- Sayago, Amparo.** (2020). "Ecuador: las claves del Lawfare contra Rafael Correa". *El ágora digital*. Bahía Blanca. <https://elagora.digital/lawfare-rafael-correa-ecuador/>
- Sel, Susana.** (2020). *Memorias e Historias. La comunicación audiovisual en las prácticas políticas*. Buenos Aires: UBA-La Minga Ed.
- Tarrow, Sydney.** (2013). *The Language of Contention, Revolution in Words 1688-201*. New York: Cambridge University Press.
- Van Dijk, Teun.** (1996). *La noticia como discurso*. Barcelona: Paidós
- Zaffaroni, Eugenio; Caamaño, Cristina y Wegh Weis, Valeria.** (2020). *Bienvenidos al Lawfare. Manual de pasos básicos para derribar el derecho penal*. Buenos Aires: Capital Intelectual
- Zaffaroni, Eugenio.** (2018). "¿Explicamos lo inexplicable?" en *Página 12*. Buenos Aires: Ed. La Página SA. 23 de enero. <https://www.pagina12.com.ar/90583-explicamos-lo-inexplicable>
- Zunino, Esteban.** (2015). "El conflicto político en los medios gráficos de la Argentina: un estudio de caso". *Revista Mexicana de Opinión Pública*. México DF: UNAM. Julio-diciembre

Material de prensa

Consultado en Hemeroteca del Congreso de la Nación durante setiembre 2021:

Diario Clarín, ediciones del 27-10-2015 al 13-04-2021

Diario La Nación, ed. 21-11-2015

GILBERTO PAULINO DE ARAÚJO* - ROSELEI CAMARGO DA SILVA**
KENIA TEIXEIRA SANTOS*** - ALESSANDRO REZENDE DA SILVA****

Coronavirus, opinión pública y derechos humanos

Lawfare

O conceito de *lawfare* tornou-se atual devido a diversos fatores sociopolíticos contrapondo a preservação dos direitos fundamentais estabelecidos na Carta Magna. *Lawfare* tornou-se um termo amplamente utilizado com o advento das batalhas geopolíticas em um período neoliberalista. O termo foi alcunhado pelo general norte-americano Charles Dunlap em 1999, mas que foi amplamente divulgado a partir de 2001 com a queda das torres gêmeas, em busca de eliminação de atos terroristas.

A tática consiste em promover um descrédito a tudo o que for contrário ao interesse neoliberal. O general da Força Aérea norte-americana, Charles Dunlap publicou seu artigo na Duke Law School (VOLLENWEIDER e ROMANO, 2017). Essa publicação permitiu aos Estados Unidos, através da USAID (Agência norte-americana para o Desenvolvimento Internacional – organismo responsável pela ajuda externa. Tem caráter civil, mesmo estando atrelada às diretrizes estratégicas do Departamento de Estado norte americano).

É correto afirmar que a USAID é um dos principais propiciadores de assessoria para a reforma do sistema jurídico na América Latina e o Departamento de Justiça norte-americano tem estreitado essa relação de proximidade em busca da “luta contra a corrupção”.

(*) Professor doutor da Universidade Federal de Tocantins (UFT). Email: gilbertopaulino@mail.uft.edu.br

(**) Professora da Secretaria de Educação do DF. Email: roselei.camargo@yahoo.com.br

(***) Graduanda em Comunicação. Email: keniakiss@gmail.com

(****) Professor doutor ISCP. Email: alessandroligadf@gmail.com

Essa “luta contra a corrupção” foi motivada devido a décadas de governos de esquerda na América Latina, que no caso da América do Sul começou com o governo de Hugo Chaves na Venezuela. O mapa político do Cone Sul passou por mudanças, primeiro com um embargo político econômico na Venezuela que depois se estendeu a outros países. Sempre com a premissa na “luta pela corrupção”, com o objetivo para que regressem governos conservadores que mantenham agenda e alianças neoliberais: privatizações e estado mínimo.

Ao se falar de *lawfare* não é possível encontrar uma conceitualização mínima. *Lawfare* é a utilização de várias ferramentas em busca de mudanças estruturais de governos progressistas. O mercado financeiro, o mercado bancário, os grandes grupos de comunicação e as elites tradicionais fazem parte do “rolo compressor” econômico e político. Reputações são ultrajadas na captura de um discurso que transforme governos progressistas em larápjos do patrimônio público. Essa massificação de informações distorcidas acaba impactando a opinião pública nas decisões eleitorais. Argentina, Chile, Venezuela, Uruguai, Equador, Brasil e Bolívia passaram e passam por esse processo de instabilidade política direcionado a governos neoliberais.

As experiências desses países promovem um laboratório de análise que talvez possa ter sofrido algo parecido durante o direcionamento dos governos militares entre os anos 1960 a 1990. O crescimento econômico promovido pela busca do petróleo causou a chegada dos militares ao poder no Cone Sul. Devido às resistências locais, foi constituída a operação Condor: repressão total aos movimentos contrários a nova ordem estabelecida.

A nova maneira de atuação das forças conservadoras produziu um novo tabuleiro no embaralhado jogo geopolítico na América Latina, principalmente no Cone Sul. A guerra pela derrota dos governos progressistas foi possível graças às diferentes estratégias utilizadas. E o *lawfare* passou a ser a mais complexa e acertada ferramenta utilizada nos trâmites estabelecidos na guerra jurídica. Os abusos institucionalizados produziram uma supremacia nas jurisprudências e entendimentos oficializados para a retirada do “incorreto momento progressista”. A manipulação da opinião pública ganhou um novo capítulo.

O impacto do *lawfare* na segurança dos ordenamentos jurídicos tem produzido instabilidade sobre as decisões que afetam milhares de pessoas. É evidente que o seu foco é o cenário político, mas não se pode olvidar dos efeitos econômicos e sociais devido a infiltração política e ideológica no Poder Judiciário. A exceção passou a ser entendida como regra, pois trabalha na dimensão que participa na racionalidade do neoliberalismo, que não estende a flexibilização de garantias constitucionais como essenciais em um Estado Democrático de Direito. Primam pela produção e reprodução do capital (COLUCCI, 2020).

Matos (2019) declara que o nome *lawfare* é a junção de “law” (lei) e warfare (guerra), produzindo uma nova denominação: guerra jurídica. As práticas autoritárias de “exceção são normalizadas por simulacros de ritos processuais, tendo em vista contribuir na compreensão dos processos de desgaste de garantias” (COLUCCI, 2020: 113). O esvaziamento dos preceitos democráticos produziu uma configuração letárgica para seu entendimento: a erosão das instituições. A apatia dos atores políticos, a letargia nas decisões jurídicas, as exceções das normas, produziram um efeito perverso no regramento das questões protocolares, que antes eram regras. Os contornos e definições sobre guerras e seus aparatos, passaram a acrescentar um novo desenho. A artilharia agora é silenciosa, não causa alvoroços e gritarias devido às diferentes estratégias utilizadas. Os tradicionais grupos de comunicação acertaram novos detalhes com o papel de quebra de reputações até restaurar a ordem neoliberal.

O fenômeno do *lawfare*, é melhor entendido como fenômeno que instrumentaliza o Direito, uma vez que o Direito passa a usar ferramentas de perseguição e disputa política, em uma reconfiguração de guerras irregulares (COLUCCI, 2020), na medida que estabelece práticas diversas com o objetivo de desenvolver novos cenários e entendimentos das legislações para voltar-se aos fins meramente políticos. E quem estiver contra o bom andamento processual é tratado pelo Sistema de Justiça como um mero protetador de sentenças inevitáveis. Dessa maneira, o processo é direcionado para uma transição para a condenação uma vez que as garantias do réu são deixadas de lado, em último plano.

Seria a junção entre o posicionamento de Carl Schmitt e o “império da lei”, com a instrumentalização do pensamento de Max Weber “o monopólio da violência do Estado”. Como aponta Colucci: “as armas são as distorções das leis e os efeitos destrutivos que resultam de interpretações escusas sobre princípios, procedimentos e categorias” (COLUCCI, 2020: 115). Segundo Comaroff e Comaroff, todos os instrumentos utilizados pelo Direito tem o intuito único e irrestrito para promover “o uso de meios legais para fins políticos e econômicos” (COMAROFF e COMAROFF, 2009).

De acordo com Direito Constitucional e os princípios descritos pelo garantismo de Luigi Ferrajoli, há que se pensar no sistema de garantias estabelecidas na Carta Magna. Consequentemente, posicionar-se sobre a justiça penal nacional e todo o arcabouço de legitimidade: sensação de impunidade, ineficácia da sanção, morosidade, assiduidade, cumprimento de penas, assertividade, ou seja, a busca por maior acerto e menos erros.

A composição de um Estado que aderiu aos princípios do garantismo (FERRAJOLI, 2002), como é o caso do Brasil na Constituição de 1988, houve uma construção de colunas alicerçadas no Estado de direito, “com a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder, particularmente odioso no direito penal” (FERRAJOLI, 2002: 15). O jogo jurídico do *lawfare* passou a criar suas regras próprias e abusivas contrárias e a principal delas: ônus da prova.

No ordenamento jurídico brasileiro, o ônus da prova cabe a quem acusa. Dessa maneira e com base no princípio garantista da ampla defesa e contraditório, não basta acusar. É preciso provar que os fatos elencados comprovam um delito. O escrúpulo do *lawfare* é manter-se na via contrária ao estabelecido: primeiro se acusa e depois (em algum momento) se dá a oportunidade de defesa. Ampla defesa e contraditório ficam em terceiro plano. A tradição constitucionalista liberal (valores e garantias) demonstrava que um novo regime deveria obedecer ao estritamente legal contendo os excessos do monopólio da violência por parte do Estado: Assim é obtida a segurança jurídica. Celso Bandeira de Melo destaca:

Este princípio não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo (MELO, 2015: 118).

A coerência do conjunto argumentativo é elaborada conforme prévia declaração dos pressupostos metodológicos e teóricos para uma condenação. Assim é o fundamento jurídico. Conde vai além ao declarar que intervenção do Estado:

(...) se apresenta assim como uma consequência do princípio de intervenção legalizada do poder punitivo estatal e igualmente como uma conquista irreversível do pensamento democrático. (...) A ideia do Estado de Direito exige que as normas que regulam a conveniência sejam conhecidas e aplicadas, além de serem elaboradas por um determinado procedimento, de um modo racional e seguro, que evite o acaso e a arbitrariedade em sua aplicação e que as dote de uma força de convicção tal que sejam aceitas pela maioria dos membros da comunidade (CONDE, 1975. p. 135-136).

Valim foi cirúrgico quando expôs a relativização das garantias constitucionais e as tornou em político criminais convenientes ao momento:

Não é fortuito, pois, o fato de que a política, agora dominada pela exceção, tenha se convertido no binômio amigo (titular de direitos fundamentais) e inimigo (destinatário do estado de exceção), de que nos fala Carl Schmitt. A fim de preservar o estado de coisas vigente, o Estado empreende uma guerra incessante contra um inimigo virtual, constantemente redefinido, do qual se retira, em alguns casos, a própria condição de pessoa, reduzindo-os a um outro genérico, total, irreal. Em síntese, o mercado define os inimigos e o Estado os combate (VALIM, 2017: 12).

Zaffaroni vai além quando informa que as práticas e ferramentas utilizadas no *lawfare* representa uma deterioração democrática nos Estados devido à ampliação do capitalismo:

Opera-se um imenso processo de concentração de capital que busca maiores rendimentos sem deter-se diante de nenhum obstáculo, seja ético, seja físico. Os Estados nacionais são débeis e incapazes de prover reformas estruturais; os organismos internacionais tornam-se raquíticos e desacreditados; a comunicação de massa, de formidável poder técnico, está empenhada numa propaganda *völkisch* e vingativa sem preceden-

tes, a capacidade técnica de destruição pode arrasar a vida; guerras são declaradas de modo unilateral e com fins claramente econômicos; e, para culminar, o poder planetário fabrica inimigos e emergências – com os consequentes Estados de exceção – em série e em alta velocidade (ZAFFARONI, 2007: 15).

Política Brasileira

O Brasil vive uma instabilidade política e econômica desde maio de 2013 com as manifestações que antecederam a reeleição de Dilma Rousseff (Partido dos Trabalhadores, PT). O país se preparava para dois grandes eventos esportivos: Copa do Mundo de Futebol (2014) e Olimpíadas (2016). As manifestações de 2013 tinham como objetivo promover um embaraço no jogo político nacional. Em 2014, acontecem as eleições: de um lado o grupo político do PT e do outro lado o grupo político capitaneado por Aécio Neves do Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB). O PSDB é o partido mais querido da ala do sistema bancário e financeiro e um dos principais motivos é porque nasceu no estado de São Paulo, essa é uma das explicações.

Como muitos sabem Dilma Rousseff ganha a eleição, mas Aécio Neves não reconhece a derrota e passa a utilizar todos os mecanismos do *lawfare* para reverter o resultado. Passados alguns dias do resultado final, o PSDB passou a realizar um descontento com a vitória do PT e promove informações nos noticiários nacionais, que as eleições foram fraudadas, que o sistema de votação brasileiro possui urnas não auditáveis, que a corrupção aumentou, que o abuso econômico foi declarado com a entrada de financiamento de grupos terroristas na campanha do PT, etc.

As campanhas difamando a eleição de Dilma aumentaram. Grupos de comunicação passaram a noticiar, a todo o momento, as diversas fraudes eleitorais. O grupo Globo (maior conglomerado de comunicação da América Latina) acatou os pedidos do PSDB e passou a noticiar, incessantemente, que Dilma e PT fazem parte de uma mesma “quadrilha”. Os eventos que começaram em maio de 2013 tinham o propósito que trazer um governo mais alinhado aos ditames neoliberais.

Dilma sofreu o impeachment em 2016, com a participação do seu vice presidente, Michel Temer. A ideia dessa nova configuração era que Temer permanecesse no poder até 2022, e assim fizesse uma transição suave: de governos progressivas para governos neoliberais. Plano não deu certo porque o grupo político de Temer sofreu diversos escândalos de corrupção.

Para acabar com a imagem de que o Brasil é um país só de corruptos, aparece o candidato Jair Bolsonaro contra o sistema político corrupto. Capitão reformado do Exército após ser eleito vereador em 1988. Ficou conhecido nacionalmente devido a um artigo que escreveu na revista *Veja* (a mais lida da época), criticando os baixos salários dos ofi-

ciais militares. Em 1990, candidatou-se e ganhou seu primeiro mandato como deputado federal com uma expressiva votação no estado do Rio de Janeiro. Esteve no cargo por sete mandatos consecutivos, até sua eleição para Presidente da República, em 2018.

Não se pode deixar de mencionar a participação do juiz responsável pela operação Lava Jato, Sergio Moro (MPF, 2014). Como mencionado anteriormente, a imparcialidade ou qualquer outra ferramenta do Direito foi utilizada conforme a conveniência política do momento. A operação Lava Jato tirou do cenário vários candidatos e Jair Bolsonaro passou a representar a continuidade contra a corrupção nos diversos setores das instituições pública e, principalmente, contra a chegada do comunismo e de governos progressistas, como o PT.

O governo Bolsonaro

O ano de 2019 representou o começo do governo de Bolsonaro: oficiais militares no poder, juiz Sérgio Moro como ministro da Justiça, distanciamento do grupo Globo, aumento de verba para redes sociais e apoio da militância política. Com isso, conseguiu aprovar a reforma da previdência, uma demanda do sistema financeiro e bancário. Uma das principais estratégias políticas de Jair Bolsonaro foi sempre provocar conflitos entre “eles e eu”. Dessa maneira, quem apoia o governo deve ser tratado bem e quem não apoia é comunista ou petista.

2020 representou um novo capítulo no mundo: a pandemia do coronavírus. As disputas por espaços na balança comercial precisou de novos métodos, que de maneira momentânea, foi deixada em stand by. As medidas adotadas por diferentes Chefes de Estado deveriam ampliar as ações contrárias a proliferação do coronavírus olvidando a expansão do capitalismo, como explica Davis:

A atual pandemia expande esse argumento: a globalização capitalista parece agora biologicamente insustentável na ausência de uma verdadeira infraestrutura de saúde pública internacional. Mas tal infraestrutura nunca existirá enquanto os movimentos populares não quebrarem o poder da indústria farmacêutica e dos cuidados de saúde com fins lucrativos (DAVIS, 2020: 12).

A preocupação com a economia, com o emprego e com o sustento das famílias de forma alguma pode ser desconsiderado. Novas teorias, novas fórmulas e novas ações precisaram ser consideradas. O que não deveria ocorrer é o desprezo na condução da coisa pública.

Desta forma, a participação da sociedade civil nos espaços de deliberação definidos pelo Estado, tem sido direcionada para o âmbito da legitimação e continuidade da implementação de projetos de interesse do capital. Estas instâncias “legais” de participação convertem-se em mecanismos que disciplinam as relações de forças e forjam consensos, controlando a circulação e a produção dos discursos (IBERÊ, 2015: 115).

Nesse sentido, a linguagem assume relevante papel na promoção de uma nova ordem social. Numa perspectiva metalinguística, é preciso estar atento aos discursos sobre a pandemia de modo a não aceitar, muito menos reproduzir uma linguagem falseadora, como é visto na questão dos posicionamentos acerca do afrouxamento das medidas de isolamento social preventivo e obrigatório.

la pandemia de coronavirus nos revela la naturaleza sistémica de nuestro mundo: la salud humana, animal y ecológica están estrechamente vinculadas. Sin duda el COVID -19, e es un llamado de atención para la humanidad a repensar nuestro modo de desarrollo capitalista y altamente consumista y las formas en que nos relacionamos con la naturaleza. Los tiempos exigen una respuesta integral a la crisis actual, donde se aborden las causas profundas detrás de la ya aparente fragilidad y vulnerabilidad socio ecológica de nuestro mundo (ALTIERI e NICHOLLS, 2020: 01).

Como afirma Paulino, Pinheiro e Nicoletti (2021), a economia brasileira é impulsionada por serviços, produção industrial e exportação de mercadorias. As manifestações a partir de 2013, fizeram a balança comercial despencarem. A solução dada pelo governo de Bolsonaro impulsionou as commodities direcionadas ao setor do agronegócio. A crise gerada fez aumentar o número de desempregados e o “percentual de famílias com dívidas de cartão de crédito, cheque especial, crédito consignado, crédito pessoal, parcelamento de carro e de casa em dezembro de 2019 atingiu 65,6%” (PAULINO, PINHEIRO e NICOLETTI, 2021: 11).

Os tradicionais grupos de mídia mantiveram certo distanciamento do governo de Bolsonaro devido a seu histórico de agressividade e contrariedade a liturgia do cargo de Presidente. Os confrontos, quase que diários, com a utilização de uma frase: “aquela mídia tradicional”. Abaixo elencamos as frases ditas pelo mandatário durante o ano de 2020:

Tabela 1. Frases ditas pelo Presidente em momentos distintos

Data	Frases	Motivo	Link
09/03	Está superdimensionado o poder destruidor desse vírus. Talvez esteja sendo potencializado até por questões econômicas	Durante viagem aos Estados Unidos	https://www.poder360.com.br/1-ano-de-covid-no-brasil/251-mil-mortes-por-covid-relembre-as-falas-de-bolsonaro-sobre-a-pandemia/
26/03	Brasileiro pula em esgoto e não acontece nada	2.915 casos acumulados e 77 mortes. O presidente Jair Bolsonaro afirmou, ao chegar à residência oficial do Palácio da Alvorada	https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/03/26/brasileiro-pula-em-esgoto-e-nao-acontece-nada-diz-bolsonaro-em-alusao-a-infeccao-pelo-coronavirus.ghtml
20/04	Eu não sou coveiro	40.616 casos acumulados e 2.584 mortes O presidente Jair Bolsonaro se negou a responder pergunta de jornalista sobre quantidade mortos por covid-19 no Brasil	https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/04/20/nao-sou-coveiro-ta-diz-bolsonaro-ao-responder-sobre-mortos-por-coronavirus.ghtml

Data	Frase	Motivo	Link
28/04	E daí, quer que eu faça o quê?	72.149 casos acumulados e 5.050 mortes Bolsonaro sobre o recorde de mortes por covid da época: 5.017 o número total de óbitos provocadas pela doença naquele mês	https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/04/e-dai-lamento-quer-que-eu-faca-o-que-diz-bolsonaro-sobre-recorde-de-mortos-por-coronavirus.shtml
19/05	"Cloroquina" e "Tubaína"	271.628 casos acumulados e 17.971 mortes O presidente da República concedeu entrevista ao jornalista e blogueiro Magno Martins. Fez 1 trocadilho ao aconselhar que pessoas identificadas com a direita usaram a cloroquina, enquanto os de esquerda deveriam "tomar tubaína"...	https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,quem-e-de-direita-toma-cloroquina-quem-e-de-esquerda-tubaina-diz-bolsonaro-sobre-liberacao,70003308307
07/07	É como uma chuva, vai atingir você	Presidente falando para seus eleitores quando informou que foi infectado, que teve os sintomas mas que estava bem	https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2020/06/02/interna_politica,860325/atinge-lamenta-todos-os-mortos-mas-e-o-destino-diz-bolsonaro.shtml
10/11	Páís de maricas	5.700.044 casos acumulados e 162.829 mortes O presidente Jair Bolsonaro disse que o Brasil tem que deixar de ser 1 país de "maricas" – termo pejorativo para se referir a homossexuais	https://www.bbc.com/portuguese/brasil-54902608
17/12	Se tomar vacina e virar jacaré, não tenho nada a ver com isso	Presidente falando sobre a vacina da Pfizer	https://www.poder360.com.br/1-ano-de-covid-no-brasil/251-mil-mortes-por-covid-relembra-as-falas-de-bolsonaro-sobre-a-pandemia/

Fonte: Autores (2021).

Conclusão

Certamente, não é um exagero dizer que ainda estão presentes em nossa sociedade, as consequências do processo de colonização a que fomos submetidos e que ainda nos faz sofrer os efeitos materiais e simbólicos no exagero da arrogância.

A crise da saúde pública decorrente da pandemia do Coronavírus que enalteceu a necessidade de aprimorar o sistema de saúde público: Sistema Único de Saúde (SUS). A interação entre o mercado e o sistema público colapsou inicialmente porque a demanda

e o sucateamento das instituições assim o permitiram. O lado afoito de melhorar todo o sistema público com a promoção das privatizações não deu certo. Faltou zelo com vidas humanas. Não era somente o pobre que estava morrendo. Muitas pessoas perceberam que o dinheiro não traz saúde. As relações líquidas solidificaram esse posicionamento, parafraseando Bauman.

A construção e manutenção de um laboratório do ódio provocou um aumento nos acirramentos. Talvez essa fosse a estratégia política de perpetuação do poder, mesmo que custe vidas. A crise político-econômica restringiu acesso a políticas públicas e provocou o enfrentamento da polarização política. O mandatário brasileiro utilizou as redes sociais, já que não tinha espaços nas redes tradicionais de mídia, para difundir suas ideias. A disputa pelo discurso do mais eficiente tornou-se no discurso do contraditório: enquanto a Europa utilizou o isolamento social para promover a saúde dos cidadãos no caso brasileiro, serviu para disputa no palco político. A frase mais impactante talvez seja: “não sou coveiro”.

O desrespeito provocado pelo atual governo talvez não seja o mecanismo que o *lawfare* projetaria porque o jogo não é aberto a todos. O laboratório do ódio utiliza uma central de falas e factoides do presidente para criar crises artificiais e assim promover ações para sua militância. Ao chegar ao poder na eleição de 2018 e iniciar seu mandato em 2019, provocou uma massificação de informação através das redes sociais (facebook, whatsapp, twitter, etc.) que informações para promover a discórdia que se oponham a ele.

O *lawfare* possibilitou a utilização de ferramentas que antes não eram aceitas em um Estado Democrático de Direito. O sistema de desacreditação tornou-se um engenhoso fenômeno social devido a sua complexidade de ações. É um conjunto de ações e atores sociais, políticos, jurídicos e econômicos em busca de um único resultado: cambio eleitoral. Foi com base nesse aparelhamento do Estado que o mandatário promoveu ações contra o grupo Globo, contra o grupo Folha, contra o sistema judiciário e principalmente, contra o Supremo Tribunal Federal (STF) porque é o órgão que fiscaliza diretamente as ações de um Presidente. Promoveu desavenças com o Legislativo ao sugerir que no Congresso não trabalha em prol do Brasil.

Ao promover total achincalhamento aos adversários políticos, talvez atos abusivos que não perfazem o fenômeno *lawfare*. A pandemia escancarou a má gestão bolsonaristas. O Brasil teve mais mortes provocadas pelo coronavirus que diversos países, tanto em números absolutos como nos dados proporcionais. A disputa promovida contrariamente sobre o isolamento social tinha um propósito: continuar mais um mandato.

Resta agora saber se os atores políticos que promoveram essa “balburdia” estão satisfeito com a figura de Presidente que colocaram no poder.

Referencias

- Altieri, Miguel A. e Nicholls, Clara Inés.** (2020). La Agroecología en tiempos del COVID-19. Disponível em: < <https://www.clacso.org/a-agroecologia-nos-tempos-do-covid-19/>> Acesso em: 12/04/2021.
- Colucci, Pedro Henrique do Prado.** (2020). As dimensões do *lawfare* e a insegurança jurídica: a normalização de um Estado Kafkaniano). Caderno de Relações Internacionais/PUC, v. 2, pp. 112-130. Rio de Janeiro.
- Comaroff, John L. e Comaroff, Jean.** (2009). *Ethnicity, Inc.*, Chicago: The University Press.
- Conde, Francisco Muñoz.** (1975). *Introducción al derecho penal.* Barcelona: Bosch.
- Davis, Mike.** (2020). A crise do coronavírus é um monstro alimentado pelo capitalismo. In: _____. et al: *Coronavírus e a luta de classes.* Terra sem Amos: Brasil.
- Ferrajoli, Luigi.** (2002). *Direito e razão: teoria do garantismo penal.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- Ferreira, Antonio Oneildo. Três faces do autoritarismo: estado policial, direito penal do inimigo e lawfare** (2018). Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/276236/tres-faces-do-autoritarismo-estado-policial-direito-penal-do-inimigo-e-lawfare>. Acesso em 20 de outubro de 2021.
- Harvey, David.** (2020). Política anticapitalista en tiempos de coronavirus. In: AGAMBEN, Giorgio et al. *Sopa de Wuhan.* 1ed. [S.l]: Editorial: ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio).
- Iberê, Daniel.** (2015). *IIRSA: A Serpente do Capital: pilhagem, exploração e destruição cultural na América Latina* (Santo Antônio e Jirau). Rio Branco: Edufac.
- Matos, Erica do Amaral.** (2019). *Lawfare: uma introdução ao tema e uma aproximação à realidade brasileira.* Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 161, ano 27, pp. 227-248. São Paulo: editora RT.
- Melo, Celso Bandeira de.** (2015). *Curso de Direito Administrativo.* São Paulo: Mandamentos.
- MPF. Ministério Público Federal.** (2014). Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso> . Acesso em 10 de outubro de 2021.
- Paulino, Fernando O.; Pinheiro, Elton B. e Nicoletti, Janara.** (2021). Comunicação e Democracia no Brasil: pandemia, violência contra jornalistas, EBC em perigo e resistências In: *Dados Internacionais de Catalogação na Publicação. Cadernos de conjuntura e polêmicas das comunicações LapPCom-Brasil 2021: pandemia, liberdade de expressão e polêmicas regulatórias na comunicação eletrônica*
- Santos, Washington dos.** (1978). *Vocabulário de Sociologia.* Rio de Janeiro: Editora Rio.
- Vollenweider, Camila e Romano, Silvina.** (2017). *Lawfare: la judicialización de la política en América Latina.* Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica (CELOG).

LUIS DANIEL BOTERO ARANGO*

La mediatización de la movilización social en Colombia

Descripción de caso del Paro Nacional 2021

Introducción

El 28 de abril de 2021 comenzó en Colombia una movilización social que se extendió hasta el mes de julio, en el que fueron convocadas movilizaciones para el día 20, fecha en que se conmemora la independencia del país. La causa del llamado estallido social en medio de la pandemia del Covid 19, fue una reforma tributaria presentada por el Ministerio de Hacienda al Congreso de la República para su segura aprobación, pues el gobierno cuenta con mayorías suficientes en el Congreso. Cabe resaltar que entre noviembre de 2019 y, hasta el momento de entradas las restricciones por la pandemia, ya los actores habían comenzado una movilización de descontento social, coincidiendo con las presentadas en Chile.

La reforma presentada por el Gobierno en 2021, era un pliego de ajustes que, con la excusa de la reactivación económica, a la que el Gobierno llamó “Ley de solidaridad sostenible”, al contrario de beneficiar a quienes más sufrieron los rigores de la Pandemia, afectaría el bolsillo de la clase media y trabajadora, pues gravaba con impuestos productos de la canasta básica familiar, los servicios públicos y una reforma al estatuto

(*) Comunicador Social – Periodista. Especialista en Periodismo Público (UPB – Colombia); Mg. en Ciencias Sociales (U. Arcis – Chile) y Mg. En Comunicación y Opinión Pública (Flacso-Ecuador). Docente de la Facultad de Comunicaciones y Filología de la Universidad de Antioquia, donde hace parte del proyecto periodístico Hacemos Memoria y el grupo de investigación de Estudios en Periodismo. Intereses investigativos: Procesos de comunicación y su relación con la memoria y la acción colectiva; democracia y procesos cualitativos de opinión pública. ldaniel.botero@udea.edu.co

tributario para ampliar la base de contribuyentes, con una significativa rebaja en el límite para el pago del impuesto a la renta, que obligaría a declarar ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), a un grupo de personas ubicadas en quintiles medios de la población, es decir, quienes ganan aproximadamente unos 500 dólares al mes.

A pesar de los llamados que hicieron algunos sectores de la oposición sobre estos puntos sensibles, el Gobierno sin ningún tipo de negociaciones alrededor de la propuesta con los distintos sectores políticos y de la sociedad civil, presentó el proyecto de Ley ante el Congreso. A través de algunos medios de comunicación y comunicados a la opinión pública de centrales y sindicatos de trabajadores, la ciudadanía comenzó a conocer el contenido de la polémica propuesta y, así, los ánimos se calentaron desde la primera semana del mes de abril, en que fue radicada.

Las jornadas de protesta nacional se convocaron para el 28 de abril y fueron reprimidas brutalmente por parte de la Policía Nacional, especialmente por el Escuadrón Móvil Antidisturbios (Esmad) de la Policía Nacional, lo que provocó una reacción en cadena en distintas ciudades del país para continuar las jornadas de movilización, teniendo en cuenta que el 1º de mayo se conmemoraría el Día Internacional del Trabajo, en las que tradicionalmente hay movilización del sector social. La represión de la primera semana fue de tal magnitud, que la Defensoría del Pueblo ya reportaba 19 muertos (18 civiles y 1 policía) y 846 personas heridas, entre civiles y miembros de la fuerza pública (BBC, mayo de 2021).

La ONG Temblores, quienes junto al Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz (Indepaz), se convirtieron en las entidades que diariamente llevaban el reporte de la represión violenta desatada durante las movilizaciones, reportaron en un comunicado el 8 de mayo, 39 casos de asesinatos donde el presunto agresor era la fuerza pública, 28 víctimas de agresiones oculares, 12 de violencia sexual, 963 detenciones arbitrarias y 111 casos de disparos con arma de fuego (Temblores, mayo de 2021).

El 28 de junio, último registro de un comunicado de Temblores e Indepaz, dos meses después de iniciadas las protestas, registraron un total de 44 homicidios cometidos presuntamente por un miembro de la fuerza pública, 1617 víctimas de violencia física, 28 de violencia sexual, 82 con agresiones oculares, 2005 detenciones arbitrarias y 228 víctimas de disparos con armas de fuego (Temblores, junio de 2021). La situación se desbordó de tal manera que, en medio de las movilizaciones, fue preciso la visita de una delegación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), quienes levantaron un informe en el que emitieron 48 recomendaciones al gobierno colombiano para garantizar la protesta social y, además, propuso la creación de un mecanismo de seguimiento para las víctimas de la violencia estatal. El informe fue objetado y rechazado por el Gobierno Nacional.

En su momento, la Fundación para la Libertad de Prensa (FLIP), reportó además que, entre el 28 de abril y el 30 de junio, se registraron 260 agresiones contra el trabajo de la prensa durante el Paro Nacional, con un saldo de 299 víctimas de violencia contra perio-

distas, de los cuales, identificó que el 58% de los casos denunciados fueron por parte de la fuerza pública. En el Comunicado emitido por la FLIP, se expresa que “este escenario, lejos de encontrar un freno institucional, ha sido normalizado por las principales autoridades, un grave síntoma de un Estado que descuida los pilares de la democracia” (FLIP, julio de 2021).

De la misma forma en que lo describe la FLIP en su comunicado, fue la actuación de los medios masivos de comunicación comerciales, aliados económicos y políticos del establecimiento, pues lejos de contribuir a la comprensión y a desescalar los niveles de violencia y polarización que se desataron durante las semanas de protesta, se dedicaron a validar el discurso del gobierno en contra de la protesta social, lo mismo que a justificar las actuaciones de la fuerza pública, a estigmatizar a los manifestantes, especialmente a la llamada Primera Línea, integrada principalmente por jóvenes. Hubo medios que, incluso, recurrieron a las mentiras para confundir a la audiencia. Si bien se presentaron desmanes y hechos de violencia en las marchas, el mismo gobierno destacó que la gran mayoría de las movilizaciones fueron pacíficas.

Con lo que no contaban los medios masivos y comerciales, es que la nueva especie dentro del ecosistema de medios: los alternativos, de colectivos y organizaciones de distinta índole, dejaron en evidencia sus sesgos informativos en medio de aquella suerte de *lawfare* que pretendieron montar con su pseudo entorno y cerco informativo, frente a la protesta social. Por eso, estas nuevas experiencias informativas y de comunicación, resultaron ser de gran importancia para que la ciudadanía pudiera acceder a datos y detalles sobre lo que acontecía en el día a día durante las jornadas de protesta.

En ese sentido, el cubrimiento con transmisiones en vivo por distintas redes sociales y canales locales de televisión, historias sobre las víctimas, análisis sobre lo que acontecía y las cifras actualizadas de las violaciones a los Derechos Humanos, fueron contrarrestando las narrativas estigmatizadoras y ampliando el horizonte creado por el cerco informativo pretendido por los medios comerciales con sus agendas, el gobierno con su discurso, la fuerza pública con su accionar y la Fiscalía General de la Nación con sus maneras de asumir la judicialización en contra de los detenidos durante aquellos días, varios de ellos torturados por la Policía en los lugares de detención y obligados a declararse como vándalos.

El Pseudo entrono informativo

El 30 de abril, dos días después de la convocatoria para las marchas a nivel nacional, el canal RCN Televisión, propiedad del empresario Carlos Ardilla Lule, aliado del Gobierno Duque, informaba sobre cambios a la reforma tributaria que presentaría el ejecutivo a la propuesta, tras la respuesta de la gente en las calles. Una imagen de las protestas en la ciudad de Cali, tal vez el epicentro más fuerte del Paro Nacional, aparecía con el titular:

“celebración por cambios en la reforma”, mientras una cantidad de gente reunida en las calles cantaba el himno nacional. Resulta que la aglomeración en Cali, lo que realmente celebraba era haber sacado el personal del Escuadrón Móvil Antidisturbios (Esmad) del lugar que, posteriormente, sería llamado: Puerto Resistencia.

Esta fue una de las grotescas anécdotas que dejó el Paro Nacional frente a la actuación de algunos medios de comunicación en Colombia, que buscaron minimizar lo que venía ocurriendo con las protestas. De esta manera, medios como RCN, intentaron minimizar lo que acontecía y crear un pseudo entorno alrededor de la protesta social, donde todo se reducía a un tema de alteración del orden público, caos vehicular y del transporte público, provocado por acciones vandálicas que debían ser controladas por la Fuerza Pública.

A la manera en que lo narra Lippman (2003) en varios pasajes de su texto: *La Opinión Pública*, los medios masivos comerciales, asumen este tipo de hechos como información en el campo de batalla y, su tendencia, es hacia la construcción de un territorio hostil para el status quo, a través de una narrativa que crea un pseudo entorno en el que, como lo reconoce el autor, “observamos que las noticias sobre dicho entorno nos llegan ora con rapidez, ora despacio, pero que con independencia de cuál sea la imagen que consideremos cierta, actuamos como si correspondiera al entorno verdadero” (Lippmann, 2003: 13). Se da por hecho que si lo dice el noticiero de RCN es verdadero o corresponde con la realidad y, de esta manera, queda sembrada la duda en el espectador, que pocas veces corrobora o chequea la información, tal y como acontece hoy con los mensajes enviados a través de grupos o cadenas de Whatsapp, incluso, a través de redes sociales como Twitter.

Por lo tanto, una opinión pública expuesta a una alta complejidad informativa, tiende a debilitar su nivel de abstracción sobre los acontecimientos y, por consiguiente, a buscar mensajes cortos, rápidos y sencillos de comprender, como una forma de sintetizar aquello que Lippmann dice que no alcanzaríamos a captar: la imagen total del mundo exterior. Por eso, estos medios actúan como esas máquinas que imaginó el autor para traducir la realidad y guiar el proceso de opinión pública, sin contar con una variable: la del poder político y económico, que terminaría por convertirlos en maquinarias informativas a sueldo. En este contexto, cada vez más y, con mayor frecuencia, “las imágenes mentales de los individuos no se corresponden automáticamente con el mundo exterior” (Lippmann, 2003: 39).

La contundencia de los mensajes que crean el pseudo entorno informativo es tal, que en los medios masivos y en las redes sociales se hace uso de ellos para desviar la atención, a través de un engaño consciente o, como lo denominó Frankfurt (2005): bullshit, que corresponde a una charlatanería y, por lo tanto, a una forma ficcional de contar la realidad. La demostración de cómo puede influir en el contexto de la opinión

pública y en los procesos democráticos, son la elección de Bolsonaro en Brasil y el voto por el plebiscito de la paz en Colombia. Por lo tanto, volviendo sobre la propuesta de Lippmann (2003),

Los demócratas consideran a la prensa la panacea de sus propios defectos, mientras que el análisis de la naturaleza de las noticias y de la base económica del periodismo parece demostrar que los periódicos, inevitablemente y por necesidad, reflejan y por tanto intensifican en mayor o menor grado la organización imperfecta de la opinión pública (p. 40)

Sin embargo, hablar de los medios como un reflejo de la realidad y sus signos de imperfección, limita el papel de los medios, pues precisamente, en una sociedad con déficit de valores democráticos, como la capacidad de diálogo público y plural, como es el caso de los países de la región, los medios de comunicación cumplirían un papel preponderante alrededor de la construcción de las agendas informativas para provocar del diálogo social frente a los problemas fundamentales. No obstante, lo que terminan haciendo es todo lo contrario, centran sus agendas en lo que suelen proponer los gobiernos, las agencias estatales o los actores económicos. Incluso, casos en los cuales, los medios se quedan en la reproducción de hechos sin contexto, por la forma en que han construido su rutina periodística entre la novedad, la actualidad y la noticia, que terminan por contribuir más a la confusión y no a la comprensión de las dinámicas de la vida social y política.

Aun así, continúan teniendo una gran incidencia en las personas y sus ideas sobre el mundo exterior, pues a pesar de que el periodismo tradicional ha perdido protagonismo frente a otra cantidad de experiencias comunicativas de hoy, un importante número de espectadores aún les atribuyen a los medios masivos una legitimidad ganada por cierta tradición. Pese a eso, han venido quedando en evidencia algunas circunstancias en las que el terreno abonado comienza perder vigencia y cada vez son más los que cuestionan su actuación en circunstancias como las vividas durante el Paro Nacional en Colombia.

La idea de un “necroperiodismo”, trabajada por Ortín (2020), a partir del concepto de la necropolítica de Achille Mbembe (2016), es precisamente lo que comienza a producir el hastío en el espectador, “el periodismo de la muerte y que vive de la muerte, que al contarla le da vida y fuerza” (Ortín, 2020, p.24), al tiempo que se regodea en la construcción de enemigos comunes, que tiene lenguaje de guerra y que, al decir de Lippman (2003), trabaja a partir de estereotipos en la búsqueda de sintetizar la realidad. Al trabajar varios de ellos en la misma lógica, tal y cual se describió con el caso de la nota de RCN, terminan por validar una manera de leer la realidad, aceptada por una porción significativa de la audiencia. En este caso, son los megáfonos de los gobiernos y de las autoridades, como de la Fuerza Pública, pues generan miedos sociales y, después, venden la seguridad bajo el mismo esquema de la información de guerra: la securitización armada y vigilada, generando al mismo tiempo, una idea autoritaria para la concepción de las relaciones sociales.

Se podría decir, en este sentido, que el alimento actual de este necroperiodismo, además de las noticias sobre la muerte, es la polarización social y política, pues el discurso de los antagonismos cae muy bien entre una audiencia que concibe las relaciones sociales entre amigos y enemigos, donde prima el miedo, la desconfianza y la antipatía, valores profundamente antidemocráticos. Como lo afirma Ortín (2020)

este tipo de historias de necroperiodismo no tienen necesariamente nada que ver en muchos casos con la voluntad de ayudar a tu pueblo, a tu gente, a tu sociedad, al mundo, sino con otro tipo de voluntades y necesidades, a veces, mucho más prosaicas (p. 24)

Esa intención comunicativa quedó expuesta con la información ofrecida sobre el Paro Nacional en Colombia, donde la palabra “vándalo” fue una de las entradas informativas con mayor relevancia en titulares y contenidos mediatizados sobre la protesta social. De hecho, fue materia de trabajo de varios de los medios alternativos que trabajaron la información sobre el Paro de una manera más reposada y crítica, frente a como se venía desarrollando por parte de algunos medios del ecosistema informativo.

En esta narrativa de los medios comerciales, se presentó un cerco informativo, a la manera en que lo describe Sel (2009), “entendido este como la clausura narrativa, el aislamiento discursivo, la incomunicación ideológica y económica de la hegemonía en términos mediáticos” (Sel, 2009: 14). Así, la protesta social en medio de las omisiones de los medios sobre las historias de los abusos y la violencia de la Fuerza Pública, quedó instaurada como un asunto ideológico e ilegítimo y, sobre el cual, las autoridades deben tomar una acción de represión, pues no se puede permitir el bloqueo de vías que genera caos vehicular y ninguna alteración del orden público. Igualmente, todo marchante estigmatizado, como si fueran vagos y delincuentes, de cuenta de quienes aprovecharon el contexto de protesta social para destruir bienes públicos. Las noticias a las que se les entregó preponderancia para deslegitimar el proceso de acción colectiva en desarrollo fueron las de los desmanes. A pesar de esto, la Constitución Política en su artículo 37 dice que “toda parte del pueblo puede reunirse y manifestarse pública y pacíficamente. Solo la ley podrá establecer de manera expresa los casos en los cuales se podrá limitar el ejercicio de este derecho”.

Tanto el Gobierno, como otras autoridades públicas y medios de comunicación, esgrimieron la idea de que no se debía salir a protestar por causa del Covid 19, Incluso, un juez del departamento de Cundinamarca declaró la convocatoria como ilegal, sin lograr su cometido. A pesar de los obstáculos que se pusieron frente a esta convocatoria, la gente salió a las calles a manifestar públicamente su descontento por el proyecto presentado, como una forma de continuar el proceso de movilización que había arrancado en noviembre de 2019 y que fue interrumpido por el encerramiento preventivo por ocasión de la pandemia. Como era de esperarse, el Ministerio de Salud,

después de más de un mes de protestas, atribuyó el tercer pico de la pandemia a la irresponsable acción ciudadana de salir a protestar en medio de la situación, coincidiendo con una fuerte discusión pública, debido a las irregularidades y mala gestión del Gobierno en cuanto al plan de vacunación. Aquí nuevamente, los medios aliados del establecimiento, dejaron sembrada la idea de que el tercer pico fue debido a las movilizaciones.

Otros ejemplos que quedan sobre la mediatización del Paro Nacional, fueron dos que caracterizaron el discurso del Gobierno Nacional y que fue validado por varios medios que lo reprodujeron como parte de su creación de pseudo entorno. La primera fue una entrevista con el portal Vice (28 de mayo, 2021), en la que el ministro de justicia Wilson Díaz se refirió a los muertos durante el Paro, que atribuyó a riñas, robos y hechos aislados, además de destacar que la información donde se hablaba de la fuerza pública como responsable de algunos de estos asesinatos, hacían parte de un plan internacional para desprestigiar al país aprovechando las movilizaciones.

El otro, fue un vídeo al presidente Iván Duque, como si se tratara de una entrevista a un medio internacional, realizado por una agencia de publicidad de los Estados Unidos y contratada por el Gobierno (El Espectador, 2021). En el vídeo Duque atribuía las manifestaciones a una estrategia de la oposición política del país, en especial al senador y pre candidato presidencial Gustavo Petro y, en el cual, se hacía especialmente énfasis en los hechos de vandalismo protagonizados en medio de las jornadas de protesta. Este último se dio a conocer días después de que el presidente vivió un par de malos momentos en entrevistas con la periodista Christiane Amanpour en la cadena CNN internacional y con Ángela Patricia Janiot para la cadena Univisión.

Mientras tanto, las redes sociales se encargaban de desdibujar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), a Human Rights Watch y a su presidente José Manuel Vivanco, con quien Álvaro Uribe ha tenido fuertes discusiones en el pasado. Las expresiones de estas entidades por la protección de los manifestantes, fueron cuestionadas, pues les fueron atribuidas tendencias ideológicas de izquierda y estar alentando la manifestación en el país. Hasta el momento, para algunos de los medios, todo se trataba de una estrategia internacional liderada por el régimen de Nicolás Maduro, integrantes del Grupo de Puebla y alimentada por la infiltración de grupos armados en Colombia, como el Ejército de Liberación Nacional (ELN) y las disidencias de las FARC.

De hecho, el mismo ex presidente Álvaro Uribe, tuvo varias expresiones a través de su cuenta de Twitter, que generaron aceptación y rechazo al mismo tiempo. La primera de ellas fue la justificación del uso de las armas en contra de los manifestantes.



La segunda, donde señala una supuesta injerencia del ELN en las protestas en la ciudad de Cali, acompañado con una foto donde se veía parqueado uno de los carros usados por la Minga Indígena, con la bandera del Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC), en un claro mensaje estigmatizante frente a la movilización indígena en el departamento del Valle del Cauca, casualmente, durante los días en que algunos medios fueron condescendientes con la respuesta armada de civiles en compañía de la Policía Nacional, para contener la protesta en la zona de Ciudad Jardín, habitada por personas de altos estratos socioeconómicos. Allí, incluso, fueron detenidos de manera irregular, por civiles, algunos manifestantes. De hecho, una supuesta incursión violenta de la Minga Indígena en uno de los conjuntos residenciales de Ciudad Jardín, fue desmentida por algunos habitantes del sector, entre ellos, el Representante a la Cámara por el Partido de la U, Jhon Jairo Hoyos, quien emitió un comunicado contando lo sucedido.

Sin embargo, todo este conjunto de hechos, alimentaron la confusión y polarización en las redes sociales y, al ser referenciados por medios de comunicación sin mayor investigación y contexto como hechos reales, sobre los cuales se fueron tejiendo las dudas con el paso de los días, pero ya habían quedado sembrados en el imaginario de la opinión pública y se configuró un *lawfare* que siguió a la judicialización de manifestantes. Frente a estos hechos, los medios alternativos fueron los que hicieron seguimiento a este tipo de hechos y ofrecieron versiones ampliadas para establecer su veracidad, más allá del calor de la noticia del día a día.

Las nuevas especies del ecosistema

La aparición de las redes sociales y plataformas digitales, han generado cambios significativos en el panorama de los medios masivos de comunicación y, por lo tanto, ya no son los únicos con capacidad de producir información para un amplio público espectador. Por lo tanto, hay condiciones tecnológicas que permiten ampliar el espacio mediático, pero al mismo tiempo, cambian las relaciones que establecían los públicos

con los medios, al igual que los modos de producción de la información. Logan y Scolari (2014) conciben que en este proceso

La metáfora del ecosistema es una de las más sugestivas para entender el surgimiento de nuevas «especies» en el sistema de medios y para identificar sus consecuencias. Al igual que en los ecosistemas biológicos, la llegada de una nueva especie produce reacomodamientos y combinaciones originales en las configuraciones intermediáticas (p. 72)

En los últimos años es evidente que en Colombia ya no priman hoy los tradicionales medios de comunicación como el paralelo por donde pasa el discurso mediático. En los últimos años, han surgido un conjunto de medios diseñados y desarrollados por ex periodistas de medios tradicionales, que han comenzado a romper la hegemonía y, por lo tanto, el cerco mediático que por años mantuvieron las viejas especies, amparados bajo una narrativa naturalizada por grandes franjas de la opinión pública nacional. Para el modo en que entiende Canavilhas (2011) este proceso

Se trata de trazar un paralelo entre los dos ecosistemas –biológico y mediático– buscando formas de integrar las novedades relacionadas con la evolución técnica de los medios, las herramientas y aplicaciones que están cambiando las funciones y contenidos de los medios tradicionales, o alterando la forma de consumo mediático (p. 13)

Estas nuevas especies, efectivamente, han permitido una reacomodación del sistema de medios en Colombia, al tiempo que han ampliado el universo de versiones mediáticas de la compleja realidad del país y, lo que sin duda tiene mayores niveles de impacto en la comprensión de nuestra realidad, es el cambio de las rutinas periodísticas, pues no son medios dedicados al cubrimiento del día a día, sino a un periodismo más pausado, reflexivo y crítico. Hablo en primera instancia de los que se entienden como medios de comunicación, entre los cuales destacaría a Verdad Abierta, La Silla Vacía, Vorágine, Cerasetenta, Cuestión Pública, Agencia Baudó, Mutante, La Nueva Prensa, La Oreja Roja, El Armadillo y, por último, uno que resultó determinante en el marco de las protestas del Paro en la ciudad de Cali: Canal 2.

Hay otra especie, algunas de ellas surgidas en el marco del Paro Nacional, concebidas más como experiencias comunicativas a través de las redes sociales u otro tipo de soportes, como es el caso de Aquinoticias, la Cofradía para el Cambio Social, que transmitieron en vivo de manera permanente por Facebook Live en las calles; la Nueva Banda La Terraza, que se dedica a hacer proyecciones en las paredes con mensajes alusivos a la movilización; Bloque de Búsqueda de Información, dedicado a la búsqueda de información de las personas desaparecidas en las movilizaciones, especialmente de las mujeres. Dos tipos de alianzas se establecieron por algunas de ellas durante el desarrollo de las protestas: Medios Libres Cali y Amelia (Alianza de Medios Libres de Antioquia), como una forma de trabajar colectiva y colaborativamente. Su gran valor fue la permanencia y su ejercicio cercano con la ciudadanía marchante, que generó confianza y empatía por su trabajo, ante el descrédito de los medios tradicionales.

Por lo tanto, estos medios y experiencias representan hoy una mayor democratización del espacio informativo, porque además de ampliarlo, permitieron la participación del público e hicieron visible la denuncia ciudadana en medio de un escenario comunicacional muy restringido. Sin duda alguna, son una demostración de que la matriz tradicional de la información en Colombia fue cambiando hace algunos años y el Paro Nacional fue el momento de su demostración, pues evidenciaron su nivel de incidencia, contrarrestaron el discurso de las viejas especies y porque, incluso, hasta las experiencias narrativas en vivo a través de las redes sociales, realizadas además por personas no periodistas, superó criterios de calidad periodística de medios tradicionales.

Por supuesto, esto no significa aún el desplazamiento de las viejas narrativas de las especies mediáticas tradicionales, sino que como lo entiende Kittler (citado por Canavilhas, 2011), los “nuevos medios de comunicación no hacen obsoletos los viejos medios, sino que les asignan otros lugares en el sistema” (p. 15). Ese otro lugar, sin duda, estructura una nueva óptica y perspectivas diversas de la realidad que, cada vez más, ganan terreno en el imaginario colectivo local y nacional.

Entre estas nuevas especies hay que resaltar tres trabajos muy interesantes: uno es el que desarrolló el Canal 2 de la ciudad de Cali, un canal de televisión local a través de un servicio de cable operador, que testimonió las situaciones que vivían los jóvenes de los barrios de Cali que estaban siendo agredidos por la Policía Nacional, sumado al discurso de denuncia que recogió en sus reporterías el periodista José Alberto Tejada Echeverri, sobre las condiciones de estos jóvenes; por qué protestaban y cuáles eran sus exigencias. Finalmente, el Canal y el periodista Tejada terminaron por convertirse en un espacio fundamental para evidenciar lo que estaba pasando en la ciudad, denunciar la violencia policial y llevar las demandas de los distintos grupos manifestantes a la agenda pública nacional. Tanto el canal como el periodista recibieron amenazas, fueron hostigados por agentes de la Policía e interpelados por su labor periodística de denuncia.

Además de las múltiples denuncias que logró hacer este canal, tal vez una de las más emblemáticas fue un extraño hecho que aún está por esclarecer y es que en una de las sedes de un supermercado muy reconocido en el país, llamado Almacenes Éxito, ubicada en el sector de Calipso en la ciudad Cali, presuntamente fue usado por la Policía Nacional como lugar de detención y tortura de manifestantes (Cuestión Pública y Canal 2, 2021). El Canal recogió el material hecho en vivo durante aquella tarde, la noche y la madrugada para reconstruir los hechos y evidenciar la situación. Incluso, el canal recogió testimonios de los vecinos, que aseguraron escuchar los gritos de auxilio de las personas que, presuntamente, tuvo retenidas la Policía allí durante algunas horas.

El otro caso interesante de análisis es el que cumplió el medio Cuestión Pública, quienes además de hacer reportes sobre la violencia policial, realizaron la reconstrucción de los hechos, en los cuales, civiles acompañados por policías, arremetían con armas de fuego

y de fogeo contra manifestantes que se acercaban a la zona de Ciudad Jardín en la ciudad de Cali (Cuestión Pública, 2021). Quedó en evidencia la alianza entre la policía y los civiles, las armas usadas para reprimir a los manifestantes y las detenciones ilegales de manifestantes hechas por los civiles, para entregarlos posteriormente a la Policía. Reunieron material desde distintos ángulos y armaron todo un documento periodístico que reconstruye cronológicamente los hechos.

En medio de estos hechos protagonizados por civiles y policías en Ciudad Jardín, se dio uno de los casos más relevantes de detención ilegal y tortura de manifestantes. Se trata del caso del estudiante de música de la Universidad del Valle Álvaro Herrera Melo, quien se encontraba con otro grupo de músicos en una actividad denominada Cacerolazo Sinfónico, como parte de las variadas actividades programadas por esos días (Parada, 2021). En el vídeo de Cuestión Pública se ve cómo un civil detiene al músico. Luego aparece en un vídeo golpeado y siendo obligado a declararse como vándalo por estar tirando piedras. Un plantón a las afueras del sitio donde fue conducido Herrera y, una movida en redes sociales denunciando la detención arbitraria, logró que lo dejaran en libertad. Días después de su liberación, Herrera contó cómo fue torturado y obligado a declararse vándalo. Mientras era conducido en el carro de la Policía, cuenta como uno de los agentes recomendaba desparecerlo. En la actualidad, Herrera adelanta un proceso de demanda del Estado por la situación, de la mano de un grupo de abogados que conformaron lo que han llamado la Primera Línea Jurídica, para llevar los casos de estos jóvenes detenidos y torturados por agentes de la Policía Nacional.

El tercer caso que quiero referenciar es el de portal Vorágine, una original idea de varios periodistas experimentados en medios tradicionales, quienes hacen un estupendo trabajo de crónicas periodísticas e ilustración. Este portal contó en detalle las historias de varias de las víctimas de asesinato por parte de la fuerza pública, reconstruyó los hechos con la familia y con amigos de las víctimas, con el mismo fin de dejar en evidencia y denunciar que lo que se decía sobre esta violencia policial era real y que no se trataba de una Policía controlando el orden público y unos vándalos que amenazaban la seguridad ciudadana, agentes que en medio de las manifestaciones dispararon con sus armas de dotación a mansalva en contra de quien anduviera en la calle en el momento de los hechos.

Uno de los trabajos que evidencia una situación de violencia policial, en el que resultó herido de muerte un joven que pasaba por uno de los lugares de protesta en la ciudad de Ibagué, departamento del Tolima es: "Llévame contigo, amor": la noche oscura de Sandra, la madre de Santiago Murillo (Guarnizo, 2021). El joven de 19 años, que venía de casa de su novia, pasó por uno de los lugares en los que se presentaban enfrentamientos entre la Policía y algunos manifestantes y recibió un disparo proveniente de uno de los miembros de la fuerza pública. Con este tipo de trabajos, Vorágine devuelve la dignidad a las víctimas, acompaña la voz de sus familias y contribuye a esclarecer los hechos, a través de fuentes humanas y documentales.

Por último, a parte de estos tres que destacan el trabajo de denuncia y evidencia, quisiera destacar un trabajo del portal El Armadillo, realizado a partir de las situaciones informativas vividas durante las movilizaciones. Se trata de un Glosario que, según el medio

es un recurso que aborda palabras que se hacen constantes en coyunturas específicas en los medios de comunicación o que resultan relevantes en algunos debates que involucran al periodismo. Tiene el propósito de comprender los antecedentes y el contexto del uso de esas expresiones y proponer alternativas en los casos en que utilizarlas puede resultar discriminatorio, ofensivo o impreciso (El Armadillo, 2021).

En este caso, la palabra que inauguró el Glosario fue “Vándalo” y, con el titular: Guía para no vandalizar la información, el medio además de hacer un contexto sobre el origen de la palabra, hace un ejercicio de análisis de contenido en el que encuentra que la palabra ha venido siendo usada en Colombia con mayor frecuencia, durante los tiempos de movilización social. Lo que destacaría como más relevante, es un ejercicio comparativo de las referencias de la prensa colombiana a otras protestas a lo largo de una historia de estigmatización en el país, mientras que otras movilizaciones foráneas, titulan sin usar la palabra vándalo. El artículo finaliza con alternativas para hablar de vandalismo en los medios.

Ejercicios como los descritos, ponen en evidencia varios asuntos: lo primero es la falta de rigor periodístico de los medios masivos comerciales y su desinterés por la construcción de un discurso periodístico que aporte a la comprensión de la realidad del país en momentos críticos como el vivido durante el Paro Nacional. Segundo, queda en evidencia su vinculación con los discursos del gobierno y las autoridades policiales y de justicia, generando el clima perfecto para el *lawfare* en contra de los manifestantes; un ambiente en el que todo acto de movilización y acción colectiva debe ser reprimido y, todo manifestante, es un vándalo en potencia. El pseudo entorno creado por los medios tradicionales alrededor de situaciones como el del Paro Nacional, estigmatiza y estereotipa la protesta social, la reduce a una acción vandálica y la muestra como un acto ilegítimo.

Las nuevas especies en el ecosistema mediático colombiano, demostraron su incidencia y capacidad de romper con el cerco informativo creado por el discurso hegemónico de medios, gobierno y fuerza pública. Se ha ampliado el escenario de la comunicación mediatizada en el país y la posibilidad de la denuncia ciudadana ha crecido en estos nuevos medios que, además, generan ahora mayor confianza en el periodismo y empatía por parte del público.

Referencias

Mbembe, Achille. (2016). Crítica de la razón negra. Buenos Aires: Futuro anterior ediciones.

BBC (3 de mayo de 2021). Colombia: al menos 19 muertos y más de 800 heridos en las protestas contra la reforma fiscal

<https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-56973896>

Canavilhas, Joao. (2011). El nuevo ecosistema mediático. *Index Comunicación*, (1), 13-24

Constitución Política de Colombia [Const]. Art. 37. 7 de julio de 1991 (Colombia).

Cuestión Pública y Canal 2. (19 de agosto de 2021). Apocalipso Now: la policía no contó todo lo que hizo dentro del Éxito. *Cuestión Pública*. <https://cuestionpublica.com/apocalipso-now-la-policia-no-conto-todo-lo-que-hizo-dentro-del-exito/>

Cuestión Pública. (16 de julio de 2021). Cuando la Policía se alió con hombres armados vestidos de civil. *Cuestión Pública*. <https://cuestionpublica.com/cuando-la-policia-se-alio-con-hombres-armados-vestidos-de-civil/>

El Armadillo (24 de septiembre de 2021). Guía para no vandalizar la información. *El Armadillo*. <https://elarmadillo.co/glosario-2/vandalo/>

El Espectador (22 de mayo de 2021). El video en el que Duque culpa a Petro del paro (y sus imprecisiones). *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/politica/el-video-en-el-que-duque-culpa-a-petro-del-paro-y-sus-imprecisiones/>

Frankfurt, H. (2005). Sobre la charlatanería (on bullshit) y sobre la verdad. Ediciones Paidós.

FLIP (1 de julio de 2021). Récord de periodistas atacados: 299 en dos meses <https://flip.org.co/index.php/es/informacion/pronunciamientos/item/2749-record-de-periodistas-atacados-299-en-dos-meses>

Guarnizo, José. (5 de mayo de 2021). "Llévame contigo, amor": la noche oscura de Sandra, la madre de Santiago Murillo. *Vorágine*. <https://voragine.co/llevame-contigo-amor-la-noche-oscura-de-sandra-la-madre-de-santiago-murillo/>

Lippman, Walter. (2003). La Opinión Pública. Editorial Cuadernos de Langre

Logan, Robert y Scolari, Carlos. (2014). El surgimiento de la comunicación móvil en el ecosistema mediático. *L.I.S. Letra. Imagen. Sonido. Ciudad Mediatizada*, (11), 67-82

ONG Temblores (8 de mayo de 2021). Comunicado a la opinión pública y a la comunidad internacional por los hechos de violencia física y homicida cometidos por la Policía Nacional de Colombia en el marco de las movilizaciones del Paro Nacional https://4ed5c6d6-a3c0-4a68-8191-92ab5d1ca365.filesusr.com/ugd/7bbd97_a7f5ed78b7b64417919e08a09734e453.pdf

ONG Temblores (28 de junio de 2021). Comunicado a la opinión pública y a la comunidad internacional por los hechos de violencia física y homicida cometidos por la Policía Nacional de Colombia en el marco de las movilizaciones del Paro Nacional <https://www.temblores.org/comunicados>

Parada, Valentina. (31 de mayo de 2021). Álvaro Herrera: de desplazado por el conflicto a uno de los más brillantes cornistas. <https://www.elespectador.com/colombia-20/conflicto/alvaro-herrera-de-desplazado-por-el-conflicto-a-uno-de-los-mas-brillantes-cornistas-article/>

Ortín, Pere. (2020). El poder es definir lo que es real. En Rincón, O; Godoy, P. Ortín, P. (Eds.). *El mejor periodismo está por venir*. Fundación Friedrich Ebert, pp. 10-31

Sel, Susana. (2009). "Comunicación alternativa y políticas públicas en el combate latinoamericano". En Sel, S. (comp.) *La comunicación mediatizada: hegemonías, alternatividades, soberanías*. CLACSO, pp. 13-36.

Vice News. "Colombia Is Rising Up" Vice News. 28 de mayo de 2021. Video, 16m43s. <https://www.youtube.com/watch?v=WB2isJA1JdU>

PALMIRA CHAVERO*

Los medios de comunicación hegemónicos, pieza clave en el triunfo del *lawfare* y sus consecuencias electorales

El caso de Ecuador

Introducción

Después de dos décadas de gobiernos progresistas en América Latina, caracterizados también como gobiernos populistas, desde 2015 el mapa político de la región comienza a cambiar de signo y regresan al poder gobiernos conservadores que retoman la agenda y las alianzas neoliberales. El regreso de esos gobiernos supone, además, la llegada de una nueva herramienta con la que algunos de estos gobiernos ponen los recursos públicos al servicio de intereses privados: la conocida como *lawfare* o guerra jurídica (Vollenweider y Romano, 2017), esto es, la utilización de la justicia y de los recursos estatales para eliminar a los adversarios políticos. Así sucedió en el caso de Argentina (Cristina Kirchner), Brasil (Lula da Silva) o Ecuador (Rafael Correa, Jorge Glas). Tras un período de gobiernos conservadores, en algunos países son nuevamente opciones progresistas las

(*) Es Doctora en Ciencias de la Comunicación y Sociología por la Universidad Complutense de Madrid (España). Investigadora del equipo de investigación Agenda y Voto y del Grupo de Investigación en Gobierno, Administración y Políticas Públicas (GIGAPP). Profesora titular e investigadora en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) Sede Ecuador. Coordinadora del Departamento de Estudios Internacionales y Comunicación de FLACSO Ecuador. Directora de FLACSO Radio. Co-fundadora y portavoz de la Red de Investigadores en Comunicación de Ecuador (RICE). Ha impartido clases en la Universidad Complutense de Madrid (España), el Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset (España) y ha sido coordinadora del Laboratorio de Comunicación y Derechos en Ecuador de Ecuador (IAEN). <https://orcid.org/0000-0001-8310-3600>

que regresan al poder (Argentina, Bolivia), en tanto que en otros países triunfa la opción conservadora, como en el caso de Ecuador. Para entender estos giros hay que atender a factores de distinta naturaleza. En primer lugar, los sociales y demográficos y, en segundo lugar, la estrategia de *lawfare* puesta en marcha a partir de 2017. Como elemento principal para el éxito de esta estrategia, en este trabajo se propone el estudio de los medios de comunicación; en concreto, por el efecto que genera la opción combinada del *lawfare* y el priming (Jo y Berkowitz, 1996; Iyengar, 1993), que funciona como una imprimación de opiniones adversas contra cualquier propuesta que venga del correísmo y que tiene su momento de culminación durante la campaña electoral de 2021, momento en el cual la ciudadanía activa la asociación entre los mensajes contrarios a la opción correísta (como la supuesta financiación ilegal denunciada durante la campaña) y el encuadre contrario al correísmo que se habría mantenido durante los cuatro años de gobierno.

El estudio de los medios de comunicación

Tradicionalmente en los estudios de comunicación, a la hora de analizar el sistema mediático de un país, se ha acudido a la propuesta de Hallin y Mancini (2008), en la que establecen tres tipos ideales de sistemas mediáticos en función de la interacción que se produce entre el mercado, el Estado y los medios de comunicación. Según la propuesta de estos autores, la configuración de un sistema mediático es el resultado de determinadas características: industria de la prensa; paralelismo político; profesionalización y autonomía de los periodistas y papel del Estado. La combinación de estos factores da origen, según los autores, a tres modelos típicos de sistemas mediáticos: el modelo liberal; el democrático corporativo y el pluralista polarizado. Estos modelos no sólo tienen la limitación de tratarse de tipos ideales a los que habría que incorporar matices, sino que sus propios autores reconocen que los modelos podrían estar cambiando. Además, la propuesta de Hallin y Mancini adolece de estar basada en países europeos y norteamericanos que, si bien pueden compartir algunas características con América Latina, gozan de una democracia relativamente consolidada y quedan lejos de la idiosincrasia latinoamericana (Hallin y Papathanassopoulos, 2002). Autores como Albuquerque (2012) reclaman la ruptura de la dependencia de la visión occidental para el análisis de países con democracias emergentes.

En el caso de América Latina, el sistema mediático se caracteriza por unos fuertes niveles de concentración empresarial; el impulso a los medios comunitarios; la intervención del Estado; una baja profesionalización; una escasa penetración aún de las TIC (aunque en aumento) pero un mercado eminentemente audiovisual y una fuerte crisis de confianza en los medios (Chavero y Oller, 2015). Algunos autores definen el sistema mediático latinoamericano como "liberal capturado" (Guerrero y Márquez, 2014), en el que tendríamos un desarrollo inicial de propiedad privada en estrecha relación con el poder político y, ya en el S. XXI, una confrontación entre los grandes grupos privados y los gobiernos progresistas, quienes han tomado la iniciativa en la regulación del sector

mediático. En la actualidad, sin embargo, se suceden algunos cambios que sugieren una modificación en la caracterización del sistema mediático.

Las características de los diferentes tipos de sistemas mediáticos, en especial lo referido al paralelismo político y –en menor medida– la profesionalización, se ven reflejadas no sólo en el posicionamiento de los medios y su relación con el poder sino, más en concreto, en el contenido mismo. De esta manera, podemos observar procesos de mediatización en los que los medios de comunicación abandonan su rol de mediadores y tratan de interferir en la agenda política, convirtiéndose así en actores políticos. Estos procesos de mediatización (Mazzoleni y Schulz, 1999) se suelen desarrollar en cuatro fases con diferentes grados (Strömback, 2008), en las que además se pueden identificar distintos indicadores: el uso de los medios como fuente principal de información política, la dependencia del poder político o la asunción de las lógicas mediáticas por los actores políticos (Strömback, 2008). En la práctica, un proceso de mediatización pasa por tres momentos: la definición de la agenda temática, el enmarcamiento o *framing* de los principales temas y el debate público sobre los mismos, en el que no es infrecuente que intervengan actores adicionales (Chavero, 2015). En el primer momento, los medios de comunicación seleccionan una serie de temas, que proponen como los más relevantes y que pasan a ser parte de la agenda pública (McCombs, 2004); estos temas son convenientemente enmarcados (Entman, 1993) y, por último, pasan a formar parte del debate público. En este proceso es particularmente relevante el papel que desempeñan los medios a la hora de encuadrar los temas, entendido el framing como el proceso de “seleccionar algunos aspectos de una realidad que se percibe y darles más relevancia en un texto comunicativo, de manera que se promueva una definición del problema determinado, una interpretación causal, una evaluación moral y/o una recomendación de tratamiento para el asunto descrito” (Entman, 2004: 5). Esta propuesta inicial se corresponde con las funciones que el mismo autor asigna a los encuadres o *frames* y que permiten, asimismo, ver su eficacia en el debate público.

La presencia de un encuadre u otro, por tanto, sugiere una manera de ver e interpretar la realidad con respecto al problema en cuestión, pero permite también que todos los actores cuenten con un vocabulario común y canaliza la formación de la opinión ciudadana en torno al tema.

El papel de los medios de comunicación, a través de distintos mecanismos entre los que se encuentra el *framing*, es fundamental para la puesta en marcha de las estrategias de *lawfare* o guerra jurídica (Vollenweider y Romano, 2017), esto es, la utilización de la justicia y de los recursos estatales para eliminar a los adversarios políticos. De esta manera, la clase política, la justicia, la policía y los medios de comunicación se articulan con el mismo objetivo, aunque éste trascienda el campo de acción de algunos de los actores y, en el caso de los medios, supone un nuevo giro a los antedichos procesos de mediatización (Mazzoleni y Schulz, 1999).

El caso de Ecuador

El sistema político ecuatoriano se ha caracterizado tradicionalmente por una fuerte inestabilidad y fragmentación, hasta que la llegada al gobierno de Rafael Correa (2007-2017) dio paso al partido hegemónico (Freidenberg y Pachano, 2016). Esta hegemonía vuelve a cambiar después de 2017, cuando asume la presidencia, de la mano del propio Correa, Lenín Moreno. El nuevo presidente rompió no solo con el tipo de liderazgo de Correa, sino con el proyecto político que le había llevado al poder y pronto se alineó con las élites, los grandes poderes económicos y la que hasta entonces había sido oposición política. De esta manera, durante los cuatro años de su gobierno implementó la agenda neoliberal que había perdido las elecciones en 2017 y volvió a tejer alianzas con los propietarios de los medios de comunicación y del sector financiero, incluido el Fondo Monetario Internacional, que durante el gobierno de Correa habían sido adversarios políticos (Arias y Chiriboga, 2020). Este divorcio supuso la fractura y el debilitamiento del movimiento político Alianza País, que le había llevado al gobierno y que prácticamente desaparece tras las elecciones de 2021, no sin antes expulsar al propio Moreno por incumplimiento del programa de gobierno.

La ruptura de Lenín Moreno con el proyecto político se evidenció con la consulta popular de 2018, con la que se nombra a un Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS) de carácter transitorio para designar a nuevas autoridades de control nacional (Consejo Nacional Electoral, Consejo de la Judicatura, Corte Constitucional, Tribunal Contencioso Electoral o Fiscal General del Estado, entre otros) en sustitución de las elegidas por concursos públicos de mérito y oposición. De esta manera, y de la mano del ya fallecido Julio César Trujillo –nombrado presidente del CPCCS-T a sus 87 años–, Moreno modificó toda la institucionalidad de Ecuador en lo que algunos autores han denominado deriva neofascista (Guamán, 2020).

El segundo momento importante durante el gobierno de Moreno es la crisis política de octubre de 2019. En esa fecha, Moreno aprueba una serie de medidas con las que elimina el subsidio a la gasolina⁽¹⁾ y reduce fuertemente el Estado, afectando directamente a los trabajadores del sector público, al tiempo que reduce la presión fiscal sobre las grandes fortunas. Consecuencia de esta medida, amplias capas de la población lideradas por el movimiento indígena protagonizan protestas durante 12 días por todo el país, a lo que Moreno responde militarizando Quito y cambiando la capital de ciudad temporalmente. Después de 12 días de paralización total del país y varios muertos, Moreno acepta sentarse en una mesa de negociación con representantes del movimiento indígena para buscar una alternativa. Tras el conocido como “paro de octubre” de 2019, en el que

(1) Conviene recordar que la exportación de petróleo es la principal fuente de ingresos de la economía ecuatoriana.

se registraron graves violaciones de derechos humanos⁽²⁾, el gobierno de Moreno perdió casi toda su legitimidad (las encuestas publicadas situaban su legitimidad entre el 14% y el 8% en enero de 2020) y enfrentaba su último año de gobierno con una fuerte crisis económica, política y social. Después de cuatro años de despidos masivos, sobre todo vinculados al sector público, en diciembre de 2020 solo el 30,8% de la población activa contaba con “empleo adecuado”, según las cifras oficiales⁽³⁾. En diciembre de 2020, la pobreza se situaba en el 32,4% de la población, en tanto que la pobreza extrema estaba en el 9%, según los mismos datos⁽⁴⁾.

La pandemia generada por el covid- 19 en 2020 profundizó esta triple crisis y añadió la sanitaria, en especial tras la dimisión de la ministra de Salud y el ministro de Trabajo durante los primeros días de la pandemia⁽⁵⁾, pero también con los sucesivos casos de corrupción denunciados durante los meses de pandemia y las consecuencias del debilitamiento del sistema público de salud en el gobierno de Moreno.

Tras el triunfo de Guillermo Lasso en las elecciones presidenciales de 2021⁽⁶⁾, una de las preguntas que surgen entonces es ¿por qué la izquierda no logra ganar en todos aquellos países en los que mejoró la vida de las clases popular y media? Esta pregunta permite una gran variedad de posibles respuestas, en las que habría que atender a fenómenos sociales, económicos y políticos desde cada una de las dos principales opciones políticas. En este trabajo partiremos de la acción de los últimos cuatro años el gobierno de Moreno en su relación con el correísmo; durante este período, y en coalición con la hasta entonces oposición (Lasso incluido) y los grandes medios, criminalizó al correísmo y utilizó recursos estatales (en especial los judiciales) para perseguir a los líderes (y también a cargos medios e incluso técnicos) de la Revolución Ciudadana. No en vano, la Interpol ha negado hasta en tres ocasiones las solicitudes del gobierno de Moreno de capturar a Correa (quien ha sido juzgado por “influjo psíquico” en Ecuador) y el vicepresidente electo, Jorge Glas, sigue encarcelado después de casi cuatro años a pesar de todas las sombras jurídicas y procesales del caso⁽⁷⁾. La construcción de este nuevo enemigo (que ha dejado de ser adversario político) se vio reflejada en los sucesivos intentos por evitar que la candidatura correísta (y el propio Correa) pudiesen presentarse a estas elecciones y contribuyó a alimentar el odio hacia un movimiento político que se

(2) <https://www.dpe.gob.ec/comision-especial-para-la-verdad-y-la-justicia-entregara-el-informe-de-los-hechos-ocurridos-en-las-protestas-de-octubre-de-2019/y> <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/008.asp>

(3) https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/EMPLEO/2020/Diciembre-2020/202012_Mercado_Laboral.pdf

(4) https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/POBREZA/2020/Diciembre-2020/202012_PobrezayDesigualdad.pdf

(5) Durante la gestión de Moreno de la pandemia hubo 4 ministros de Salud.

(6) En la primera vuelta venció el candidato correísta con una diferencia de 13 puntos y en la segunda vuelta el candidato conservador ganó la Presidencia.

(7) http://lawfareinstitute.com/wp-content/uploads/2019/04/Parecer-Lawfare-Institute-24-10-18_Esp.pdf

ve magnificado por las características propias de una segunda vuelta electoral. Estos cuatro años de *priming* contra el correísmo facilitaron la construcción de una campaña negativa del candidato Lasso y su llegada a un público joven para la contienda de 2021. Si atendemos al desarrollo de la campaña, encontramos un fuerte peso de las redes sociales y un intento de la opción conservadora por ocultar su agenda privatizadora tras una banalización de la política en la que posicionó mensajes simples y símbolos que nada tienen que ver con la ejecución de una política pública o con el debate del tipo de país que se construye con cada una de las opciones políticas.

Objetivos y metodología

A partir de todos los elementos anteriores, el objetivo que planteamos en este trabajo es analizar la cobertura mediática de los principales medios de comunicación de Ecuador durante los hitos más importantes sucedidos durante el gobierno de Lenín Moreno, período en que se pone en marcha el *lawfare* contra líderes del correísmo como opción política.

Para ello, realizamos un doble análisis. En primer lugar, identificamos las principales características del sistema mediático ecuatoriano durante el gobierno de Correa y las ponemos en relación con las características del mismo sistema durante el gobierno de Moreno, a fin de identificar los cambios que se producen y en qué sentido se dan. Para ello, analizamos la Ley Orgánica de Comunicación (LOC) de 2013 y su reforma posterior (2019), además de tomar en cuenta otros indicadores del ejercicio profesional de la comunicación durante el período analizado.

En segundo lugar, realizamos un análisis de los frames mediáticos que se proponen desde la prensa de referencia del país durante los principales hitos del gobierno de Moreno. En concreto, analizamos dos períodos: el paro nacional de octubre de 2019 y los primeros meses de la pandemia del covid-19 en el segundo trimestre de 2020. Seleccionamos los diarios *El Comercio* (privado) y *El Telégrafo* (público), lo que nos permitirá identificar además las posibles similitudes y/o diferencias entre los dos diarios.

Principales resultados

Los cambios en el sistema mediático

En primer lugar, realizamos un análisis de los cambios en materia mediática durante el gobierno de Lenín Moreno y de las características del sistema mediático ecuatoriano durante el gobierno de Rafael Correa y durante el de Lenín Moreno, para lo cual partimos de la política pública en materia de comunicación.

La Ley de Orgánica de Comunicación (LOC) fue una promesa de Rafael Correa en su primera campaña electoral, que vio la luz en junio de 2013 en la Asamblea Nacional. El Estado ecuatoriano viene actuando en materia de comunicación en otros aspectos: como actor económico, como regulador de contenidos mediáticos, como regulador de la propiedad o como agente de formación y capacitación, entre otros (Chavero 2015b). Con el cambio de gobierno en 2017 y el giro protagonizado por el nuevo presidente, una de las primeras propuestas de reformas fue la de la Ley Orgánica de Comunicación, reforma fuertemente demandada por los principales medios privados. En 2019, después de un proceso en el que el Ejecutivo observó su propia propuesta, se aprueba la reforma a la LOC, en la que destacan algunos elementos que rompían con el espíritu de la norma anterior. En la nueva ley se elimina la Superintendencia de Comunicación (Supercom), así como todos los elementos sancionatorios de la norma y la obligatoriedad de que los medios cuenten con un código y normas de carácter deontológico (Art. 9 y 10 anterior LOC). En lo que se refiere a la distribución por tercios del espectro radioeléctrico, la nueva ley reduce el espacio reservado para los medios públicos en favor de los medios privados, de manera que éstos recuperan, por ley, el predominio de la propiedad: “Se reservará hasta el 34% del espectro radioeléctrico al sector comunitario en función de la demanda y de la disponibilidad, porcentaje máximo que deberá alcanzarse progresivamente. El 66% del espectro restante será asignado para el sector público y privado en función de la demanda, no debiendo exceder la asignación de frecuencias al sector público un porcentaje del 10% del espectro” (Art. 87 reforma LOC). En esta línea, modifica la definición de medios públicos y elimina los objetivos, además, se abre la vía a la comercialización de sus productos como forma de financiación. También se modifica la definición de medios privados, eliminando la “responsabilidad social”, así como la de los medios comunitarios.

En un acercamiento a los grandes medios privados, la nueva LOC incorpora una serie de articulados referidos a la autorregulación de los medios de comunicación (Art. 91.1 a 91.4) y elimina la prohibición de censura previa de “accionistas, socios o anunciantes” (Art. 18 anterior LOC) limitándose la prohibición de censura a los funcionarios públicos (Art. 11); también se reduce la responsabilidad de los medios (Art. 20 y 21) y desaparece la obligatoriedad de la disculpa pública en caso de tener que rectificar (Art. 23), así como la obligatoriedad de difundir el tiraje. La obligatoriedad de proteger a los trabajadores se reduce a aquellos “que estén en riesgo”.

En lo que respecta a la relación con los ciudadanos, se elimina la conceptualización de “democratización de la propiedad y acceso a los medios de comunicación” (Art. 12), que era una de las consignas de la ley anterior y, en su lugar, se apuesta por una “comunicación democrática”. También se sustituye el derecho a recibir información “de relevancia pública veraz” por “información de calidad” y se deroga el artículo que garantiza la “libertad de información” (Art. 29). Por último, se elimina la figura del defensor de las audien-

cias y todas las funciones de protección al ciudadano que recaían sobre la Supercom pasan a ser jurisdicción de la Defensoría del Pueblo.

Además de estas reformas a la norma, en diciembre de 2019 se elimina el pago del IVA al papel de periódico en la Ley Orgánica de Simplicidad y Progresividad Tributaria (Art. 55.7), que reformaba la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno (LORTI)⁽⁸⁾.

En 2020, en el marco de la pandemia por el covid- 19, el gobierno de Lenín Moreno elimina los medios de comunicación públicos⁽⁹⁾. A partir de este momento, el gobierno de Moreno inicia un proceso de venta y subasta de todos los bienes de los medios públicos, así como la imprenta EDITOGRAM.

La tabla siguiente recoge las principales características del sistema mediático en los dos gobiernos, el de Rafael Correa y el de Lenín Moreno, así como el anterior a ellos:

Cuadro 1. Características del sistema mediático ecuatoriano en los diferentes períodos

Variable	Modelo tradicional	Estatal (2013-2019)	Liberal (2019-...)
Tipos de medios reconocidos	Medios privados	Medios privados, públicos y comunitarios	Medios privados, públicos y comunitarios
Distribución del espectro radioeléctrico	100% medios privados	Objetivo: 33% privados 33% públicos 34% comunitarios	Objetivo: 34% comunitarios 66% privados
Medios públicos	No existen medios públicos reconocidos	Medios públicos y medios oficiales Fortalecimiento de plantilla laboral y reconocimiento de derechos laborales	Medios públicos y medios oficiales Reducción de plantilla y no respeto a derechos laborales
Relación medios públicos-gobierno	No existen medios públicos reconocidos	Dosis de gubernamentalización; no independientes pero no oficiales.	Altas dosis de gubernamentalización; más cerca de ser oficiales

(8) <https://registroficial.gob.ec/index.php/registro-oficial-web/publicaciones/suplementos/item/12369-suplemento-al-registro-oficial-no-111>

(9) <https://www.comunicacion.gob.ec/se-emiten-los-decretos-ejecutivos-para-la-liquidacion-de-ocho-empresas-publicas-y-la-supresion-de-dos-entidades/>

Variable	Modelo tradicional	Estatal (2013-2019)	Liberal (2019-...)
Relación medios privados-gobierno	Connivencia con élites	Disputa con propietarios, protección de derechos periodistas	Connivencia, colaboración con propietarios, reducción de protección de derechos periodistas
Medios comunitarios	Existen pero no reconocidos	Reconocidos y medidas de acción afirmativa Concurso de frecuencias para redistribución	Reconocidos Anulación de concurso de frecuencias y convocatoria de nuevo proceso
Institución encargada	No existe	Cordicom y Supercom Supercom sanciones equilibradas y desequilibradas	Cordicom; eliminación de Supercom
Polarización mediática (intra)	Baja	Alta	baja
Impuestos (IVA)	Exención	Pago	Exención
Profesionalización	No aplica	Entendida como necesidad de título	Entendida como necesidad de título
Derechos de periodistas	No específicos	Laborales (salario digno, recursos para investigar, materiales, capacitaciones...) Profesionales (Cláusula de conciencia, reserva de fuente, secreto profesional)	Laborales para trabajadores en riesgo (terrorismo, narcotráfico) Profesionales (Cláusula de conciencia, reserva de fuente, secreto profesional)
Derechos de ciudadanos	No específicos	Derecho a la comunicación (Constitución) Defensor de la audiencia, derecho rectificación, derecho réplica, disculpa pública (LOC)	Derecho a la comunicación (Constitución) Derecho rectificación, derecho réplica, disculpa pública (LOC)
Tipo de responsabilidad	Indefinida	Solidaria (medio Administrativa, civil y penal)	Civil (periodista)
Paralelismo político	Alto	Alto	Alto

La cobertura mediática de los principales hitos

El paro de octubre 2019

Tras la condonación de la deuda al sector financiero por un valor de 4.200 millones de dólares, el presidente Lenín Moreno firmó un crédito con el Fondo Monetario Internacional (FMI), que implicaba tomar medidas antipopulares. Fruto de este crédito, el 2 de octubre el presidente de la República emitió un decreto (Decreto 883) que implicaba profundas medidas para la estructura económica del país. En primer lugar, eliminaba los subsidios a los combustibles (gasolina y diésel); en segundo lugar, una reducción del Estado y afectación a los derechos laborales (23.000 despidos, 20% de reducción de salario para los nuevos contratos, disminución de las vacaciones de 30 a 15 días, flexibilización laboral o la obligatoriedad de trabajar un día gratis al mes, ajustes todos para el sector público). En tercer lugar, medidas que reducían la recaudación estatal (eliminación de aranceles) y, por último, acciones para proteger a las grandes fortunas (reducción del Impuesto a la Salida de Divisas o exenciones fiscales). Este anuncio provocó, inicialmente, las protestas de los transportistas, quienes rápidamente alcanzaron un acuerdo con el gobierno, pero las protestas se recrudecieron con la incorporación de otros sectores sociales: trabajadores, estudiantes y, sobre todo, indígenas. Después de 12 días de paro nacional y una fuerte represión policial que acabó con al menos 11 muertos, el gobierno se sentó en una mesa de negociación en la que se comprometió a sustituir el Decreto por otro.

Antes del anuncio de las medidas, la prensa privada ya venía advirtiendo de la necesidad de unos ajustes (sobre todo en la reducción del Estado) por la situación económica que habría generado el modelo económico del gobierno anterior de Rafael Correa. Sin embargo, no es hasta el 4 de octubre, cuando ya se había declarado el estado de excepción, cuando editorializa el tema: “el Gobierno no sólo tiene el derecho sino la obligación de tomar acciones para rescatar la economía de la ruinosa situación y acudir a medidas como la eliminación de subsidios [...]” (editorial *El Comercio* 04/10/2019), para luego fortalecerlo rápidamente: “Rechazo al vandalismo y oportuna acción militar” (editorial *El Comercio* 05/10/2019).

Inicialmente se construían como “marchas indígenas”, aunque ya desde el principio se sugería una intervención de grupos correístas: “Es poderosamente curiosa, por no decir extraña, la convergencia de grupos perseguidos por el anterior Gobierno, con las consignas de los partidarios de la Revolución Ciudadana que rayan en desestabilización.” (*El Comercio* 08/10/2019) y se hizo énfasis en el carácter vandálico de las protestas: “Los jueces deben actuar ante el vandalismo” (editorial *El Comercio* 09/10/2019) y se incidía en el “derecho a trabajar” de las personas frente al paro nacional y, a través de los artículos de opinión, se llegaba a cuestionar el derecho a la resistencia.

A pesar de que el paso de los días suponía un incremento en el número de manifestantes a lo largo de todo el país, el diario privado hablaba de una “minoría violenta” que paraliza la producción, al tiempo que lo caracterizaba como intento de golpe de Estado (11/10/2019). En el último día de paro, el diario privado hablaba de “hordas violentas blo-

quearon con palos y piedras los accesos y principales avenidas de Quito y los valles de los Chillos, Cumbayá y Tumbaco. A la par, asediaron urbanizaciones para amedrentar a los vecinos” (editorial El Comercio 13/10/2019). Mientras el foco se ponía en la supuesta violencia de los manifestantes, apenas o nada se decía de la declaración de toque de queda, de las muertes de manifestantes por heridas de bala de la policía, la detención de ciudadanos extranjeros o los ataques de la policía a los albergues establecidos como zona de paz en distintas universidades. De esta manera, el encuadre del diario estaba claro: las medidas económicas son necesarias y quienes tratan de impedir las son una minoría vandálica –en articulación con el corrupto gobierno anterior– que está perjudicando a todo el país provocando pérdidas millonarias. Todos los acontecimientos que no tuviesen cabida en este encuadre quedaban fuera de la cobertura mediática. De esta manera, se pasó de una minoría inicial a una conspiración preparada durante mucho tiempo que, según el diario, estaría intentando desestabilizar al gobierno y tras la que estaría el correísmo, que estaría utilizando una violencia terrorista (editorial El Comercio 14/10/2019 y 20/10/2019).

Este encuadre era reforzado también por las portadas del diario: “Estado de excepción ante el bloqueo y el vandalismo” (portada El Comercio 04/10/2019); “Vandalismo y bloqueo siguen; en vigencia toque de queda parcial” (portada El Comercio 09/10/2019) en las que se mostraban imágenes de los manifestantes cubiertos por el lanzamiento de gases lacrimógenos; “Radicalismo traba el diálogo y la economía se deteriora” (portada El Comercio 11/10/2019).

Por parte del diario público, El Telégrafo, encontramos una cobertura que respaldaba el discurso del propio gobierno, utilizando los mismos argumentos y datos: “se desmonta el subsidio a los combustibles” (editorial El Telégrafo 02/10/2019), “Eliminación de subsidios era una tarea pendiente” (editorial El Telégrafo 03/10/2019). Tras la identificación de los transportistas como un grupo poderoso y privilegiado que obtuvo prebendas en el gobierno de Correa (editorial El Telégrafo 04/10/2019) y la coincidencia con el diario privado en el derecho a llegar al trabajo de la ciudadanía, insiste en que la solución no pasa por paralizar el país (05/10/2019).

Si bien el diario público aborda el tema con una tibieza inicial, muestra una gran firmeza cuando las protestas se generalizan: “No al golpe de Estado”, que atribuye a “quienes administraron antes el Estado” (editorial El Telégrafo 09/10/2019), en un cierre de filas total con el Gobierno: “[...] lo que ocurrió durante el sábado 12 de octubre responde a lo que en su momento advirtió el Presidente de la República: una confabulación tramada desde el extranjero, ejecutada por bandas terroristas y del narcotráfico, contrabandistas; pero también por quienes perdieron el poder y hoy son investigados por corrupción” (editorial El Telégrafo 13/10/2019). El recurso al discurso del presidente como argumentación del diario se convierte en una constante en la cobertura del paro, lo que da muestra del alto nivel de gubernamentalización del diario público en este período, entendida la gubernamentalización como el uso de los medios públicos al servicio de los intereses

del Gobierno. No en vano, se llegaron a clausurar varios medios de comunicación que ofrecían una información alternativa al discurso oficial y que estaban informando sobre las protestas y la represión policial y militar. No en vano, y a pesar de que el diario público ofreció muy poca cobertura sobre los acontecimientos, durante los días del paro se produjo un cambio en la dirección del diario, que según algunas fuentes podría haberse debido a un intento de dar mayor cobertura a los hechos.

Las portadas del diario público mostraron el paro sólo de manera tangencial: “El estado de excepción arrancó a las 16:00 de ayer” (portada El Telégrafo 04/10/2019) y, cuando lo hace, refuerza el frame de los editoriales: “Quito y Guayaquil rechazan la violencia” (portada El Telégrafo 09/10/2019): “Moreno convoca a los sectores sociales ecuatorianos a un “diálogo sincero”” (portada El Telégrafo 08/10/2019, con una imagen del presidente respaldado por la cúpula militar).

El siguiente cuadro resume los elementos de los encuadres de cada uno de los dos diarios durante las jornadas de paro nacional de 2019:

Cuadro 2. Elementos principales de los encuadres mediáticos durante el paro nacional de 2019

Elemento del frame	El Comercio	El Telégrafo
Diagnóstico	Las medidas tomadas son adecuadas y necesarias por la situación económica que ha provocado el gobierno anterior.	Las medidas son necesarias ante la crisis provocada por el gobierno anterior. Medidas benefician a los más pobres.
Atribución de responsabilidad	Correa: situación económica Manifestantes: violencia	Correa: situación económica. Grupo privilegiado por Correa (transportistas) primero y, después, violentos infiltrados del gobierno anterior.
Propuesta de solución	Mantener las medidas del Decreto y ampliarlas.	Mantener las medidas y dialogar.
Atributos de Moreno	Responsable Valiente	Responsable Valiente ("Mis opositores están de acuerdo con estas medidas en privado, pero no se atreven a decirlo en público", editorial 03/10/2019)
Atributos de manifestantes	Vándalos Infiltrados por miembros del gobierno anterior.	Turbas Infiltrados
Atributos de oposición	Correísmo ha orquestado el intento de golpe de Estado para desestabilizar al gobierno. Irresponsables. Violentos. Corruptos. Terroristas	Correísmo, en conspiración con Maduro, ha intentado un golpe de estado. Corruptos. Violentos. Terroristas. Cobardes. Odiadores.

Fuente: elaboración propia.

Una vez se instala la mesa de negociación y se anuncia la derogación del decreto, el medio privado lo enfoca como un triunfo del Gobierno, que tendió la mano al diálogo, indicando además que fue posible porque la dirigencia indígena se desmarcó del correísmo (editorial El Comercio 14/10/2019). Por su parte, el diario público se centraba más en los destrozos patrimoniales causados por “actos vandálicos” y la vuelta a la calma y a la “paz” tras la destrucción y el odio generado por un grupo de “terroristas” que intentó “desestabilizar al Gobierno” (editorial El Telégrafo 16/10/2019) en unas “jornadas de terror [...] que quedó registrada como una de las grandes tragedias vividas por Ecuador” (editorial El Telégrafo 21/10/2019).

Pandemia covid 2020

El 29 de febrero de 2020 se anuncia el primer caso de covid-19 en Ecuador y dos semanas después se declara el estado de excepción, a pesar de que el número de casos oficiales era muy bajo. Poco después (21 de marzo), la entonces ministra de Salud renuncia al cargo denunciando falta de recursos y de criterios técnicos para afrontar la emergencia sanitaria, lo que abre una crisis política que se profundiza con la renuncia simultánea del ministro de Trabajo. Un tercer elemento para entender la situación en la que el Gobierno entra en la gestión de la pandemia es la ausencia de liderazgo del propio presidente de la República, quien anunció que dada su pertenencia a grupo de riesgo (por edad y por su condición de discapacidad) no podía estar en primera línea. Este vacío de liderazgo generó un primer escenario de confusión y ausencia en la toma de decisiones, hasta que finalmente es el entonces vicepresidente, Otto Sonnenholzner, quien toma el mando en la gestión de la crisis.

La gestión de la pandemia por parte del covid estuvo marcada por la continuación del encuadre oficial durante el paro nacional de octubre de 2019: el recurso a un intento de desestabilización dirigido por el expresidente Rafael Correa. Con este relato, el gobierno intentaba desprestigiar las numerosas imágenes y vídeos que los ciudadanos publicaban y compartían por las redes sociales (en especial, twitter) alertando de la grave situación que atravesaba el país. En ellas, se mostraba a personas muriendo en la calle, otras sin ser atendidas en hospitales, cadáveres amontonados y otras esperando durante días a que los servicios funerarios recogiesen a los familiares fallecidos de sus casas, entre otras duras escenas. Frente a la proliferación de estas imágenes y las demandas ciudadanas de información real y transparente, el gobierno mantuvo su encuadre de negar estas imágenes y considerarlas fake news, en un intento de frenar la caída en su legitimidad que le llevó incluso a poner en marcha una campaña para “demostrar” la proliferación de noticias falsas en redes (Chavero e Intriago, 2021).

Este encuadre presentado por el gobierno adolecía de verosimilitud, lo que dificultaba la posibilidad de que los ciudadanos lo asumieran como propio. Esta falta de relación con la realidad venía marcada por la propia experiencia vivida por la ciudadanía, pero también por los errores cometidos por el gobierno en la gestión comunicacional de la crisis (bloqueo de acceso a información, datos contradictorios, cambio repentino en la modalidad de contabilización de los casos, etc.), al punto de que el propio presidente llegó a pedir transparencia en la información.

En la cobertura mediática, encontramos fuertes similitudes entre los principales medios de comunicación, tanto los privados como el público (aún en emisión digital durante 2020). En primer lugar, observamos que los medios de comunicación sitúan el foco de atención en el no cumplimiento de las medidas de confinamiento: “COVID- 19: Sube número de infractores que incumplen el toque de queda en Ecuador” (31/03/2021); “Desobediencia de cuarentena lleva a suspender vuelos humanitarios” (02/04/2021), acogiendo con ello la propuesta del gobierno de responsabilizar a los ciudadanos por “indisciplinados”, como puso de manifiesto la exministra María Paula Romo en la entrevista concedida a CNN⁽¹⁰⁾. La importancia de enfocarse en los incumplimientos radica en dos elementos. El primero de ellos es ignorar las condiciones de vida de la mayoría de la ciudadanía ecuatoriana, dado que el 60% de la economía es informal y se mantiene del día a día⁽¹¹⁾; el segundo de ellos es invisibilizar las otras dimensiones del problema: la inacción del gobierno frente a las personas que por supervivencia no pueden guardar confinamiento prolongado, la falta de equipos de protección de los médicos para atender a los pacientes, la falta de personal médico, el deficiente manejo de cadáveres, los casos de corrupción que se estaban dando al calor de la pandemia y, en definitiva, el colapso del sistema sanitario y funerario del país. De esta manera, encontramos el predominio de un tono negativo en las informaciones, en las que se abraza el encuadre del gobierno.

En segundo lugar, esta responsabilización a los ciudadanos supone también la no asunción de responsabilidad por parte del gobierno, no solo de la gestión de la crisis sanitaria sino de las medidas tomadas durante los años anteriores que debilitaron el sistema público de salud y la propia economía del país para poder enfrentar la pandemia: “La crisis del covid- 19 impone límites al presupuesto estatal” (El Telégrafo, editorial 15 de mayo 2020⁽¹²⁾).

La siguiente ilustración del diario público El Telégrafo ilustra el alto grado de gubernamentalización que llegaron a tener los medios públicos durante este período.

política
Especial coronavirus

'Fake news' usadas por el correísmo para desestabilizar

Redacción Política - 30 de marzo de 2020 - 00:00



Ilustración: El Telégrafo

(10) <https://www.youtube.com/watch?v=XoSNTDenJzU>

(11) https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/EMPLEO/2021/Febrero-2021/202102_Mercado_Laboral.pdf

(12) <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/editoriales/1/crisis-covid19-presupuesto>

Mientras los grandes medios cerraban filas con el gobierno en la gestión de la crisis sanitaria, medios alternativos digitales proponían un encuadre distinto según el cual el gobierno, incapaz de gestionar la pandemia, estaba profundizando la gravedad de la crisis y estaba, además, impidiendo a los periodistas y comunicadores no afines al gobierno desarrollar con normalidad su actividad. En abril de 2020, un grupo de 23 organizaciones publican un manifiesto en defensa de la libertad de expresión y denunciando actos de censura por parte del gobierno y durante el mes de abril la Policía detuvo a los ciudadanos que emitían en redes sociales opiniones críticas con el gobierno: “La Policía confirmó la captura de un hombre que cuestionó en un vídeo a Romero, Romo y Viteri” (El Comercio, 7 de abril de 2020⁽¹³⁾), en una muestra de utilización de los servicios del Estado con fines políticos.

Cuadro 3. Elementos principales de los encuadres mediáticos durante los primeros meses de la pandemia covid19 (2020)

Elemento del frame	El Comercio	El Telégrafo
Diagnóstico	Situación imprevista, sorpresa. Escenario bélico	Crisis de origen externo
Atribución de responsabilidad	Covid: indefinido Contagios: ciudadanos Fake news: Correa	Covid: indefinido Contagios: ciudadanos Fake news: Correa
Propuesta de solución	Medidas más duras	Medidas más duras Sacrificio de todos
Atributos de Moreno	--	--
Atributos de ciudadanos	Indisciplinados	Indisciplinados
Atributos de oposición	Responsable de crear fake news para desestabilizar al gobierno	Responsable de crear fake news para desestabilizar al gobierno

Fuente: elaboración propia

En la tabla anterior podemos identificar los principales elementos que configuran el encuadre mediático de El Comercio y El Telégrafo durante los primeros meses de la

(13) Periodistas ecuatorianos exigimos garantías para la cobertura de la emergencia sanitaria

Ante la situación de emergencia sanitaria que vive Ecuador por la llegada del COVID-19, colectivos, periodistas y trabajadores de la comunicación nos hemos autoconvocado para señalar necesidades urgentes que garanticen el ejercicio de nuestra profesión. Principalmente, exigimos al Gobierno Nacional que se comprometa a preservar la salud y la vida, respetar los Derechos Humanos y a garantizar el ejercicio periodístico como parte de sus obligaciones democráticas, conforme al artículo 18 de la Constitución de 2008 y la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Lotaip).

pandemia, donde se observa la similitud en su construcción, coincidiendo también con la propuesta de encuadre oficial, con lo que se aprecia la connivencia mediático-política a la hora de construir la información referida a la pandemia y la crisis sanitaria. Tal y como indicábamos con anterioridad, lo interesante es no solo la manera en que se proponen estos componentes, sino también identificar aquellos que se ocultan o invisibilizan, como los problemas de gestión de la propia crisis o el colapso de del sistema de salud público por la falta de recursos, que tuvo su reflejo en la renuncia de hasta cuatro ministros de salud durante el primer año de pandemia.

Casi un mes después de haberse decretado la cuarentena en el país, manifestamos nuestra preocupación frente a hechos y medidas tomadas por el Gobierno que vulneran el derecho al acceso a la información y la transparencia de la misma.

Alertamos sobre la creciente cifra de periodistas y trabajadores en medios que han fallecido como consecuencia del contagio en el ejercicio de sus funciones y que hasta el 12 de abril sumaban, por lo menos, nueve. Además, se han identificado mínimo 16 contagios y 18 personas en aislamiento. Estas cifras suponen un subregistro, precisamente por la dificultad de realizarse pruebas y las limitaciones para acceder a datos precisos.

En una crisis sanitaria, como la que enfrentan Ecuador y el mundo, la posibilidad de garantizar el acceso a información útil, oportuna, precisa, documentada y transparente puede evitar que se profundice el caos generado por rumores y datos falsos, especialmente en redes sociales; además, puede ayudar a evitar contagios y salvar vidas.

Sin embargo, como lo reseña una carta abierta suscrita por varios periodistas ecuatorianos, desde que se implementaron las medidas de aislamiento social y se estableció el mecanismo de las denominadas ruedas de prensa virtuales, esa posibilidad se ha visto limitada. Como muestra de ello, se han recogido testimonios de reporteros que tienen dificultades en los espacios abiertos por las autoridades para entregar información y ven limitadas sus posibilidades de repreguntar para asegurar que sus audiencias reciban información completa y oportuna.

Quienes ejercemos el periodismo tenemos que enviar las preguntas con anterioridad a chats de prensa coordinados por la Secretaría General de Comunicación de la Presidencia (Segcom), pero desconocemos los filtros para seleccionarlos. A esto se suma la falta de respuesta a los pedidos realizados a instituciones públicas y a las autoridades locales que atienden la crisis, cuando es su obligación comunicar de forma transparente y entregar los datos solicitados.

Queremos advertir la falta de una estrategia para que la información sea accesible a las audiencias de los pueblos y nacionalidades indígenas, al igual que para las personas con discapacidad auditiva. Esto desconoce el derecho a la comunicación intercultural e incluyente reconocido por la Constitución. En su lugar, vemos con preocupación como se ha intentado marcar pautas e incidir en la cobertura de los medios de comunicación, lo cual a futuro podría configurarse en censura previa.



A modo de conclusión

En este trabajo hemos analizado la importancia de los medios de comunicación ecuatorianos –en concreto, de su cobertura en los momentos de tensión, crisis o conmoción social o política– como parte del proceso de *lawfare*. Esta importancia se explicaría por el efecto priming (Jo y Berkowitz, 1996) que alcanzan los medios, mediante el cual impriman una manera de construir y ver la realidad a través de la presentación unificada de un frame sobre la problemática explicada.

Tal y como hemos observado, tanto en el paro de octubre de 2019 como durante los primeros meses de pandemia por el covid- 19 El Comercio y El Telégrafo han compartido el mismo encuadre, en el que responsabiliza a Correa de intentar desestabilizar el país (tanto en 2019 como en 2020) y, en el caso de la pandemia, responsabiliza también a los ciudadanos del incremento constante en el número de contagios. En ambos casos, los encuadres y la construcción de los mismos respaldan a los del gobierno, de tal manera que se puede observar una alta connivencia entre el medio privado, el público y el gobierno de Lenín Moreno.

Además, hemos puesto en relación las características del sistema mediático actual con las del correspondiente al gobierno de Correa. Tal y como hemos visto, se observan importantes diferencias, que pasan por la vuelta a las condiciones en el ejercicio profesional predominantes tradicionalmente en el país, en especial por la casi desaparición de la intervención estatal y la concesión nuevamente de privilegios a los grandes medios de comunicación, en detrimento de la protección de los trabajadores de la comunicación. Todo ello estaría amparando los intereses de los dueños de los grandes medios y favoreciendo coberturas mediáticas de respaldo a las decisiones del gobierno de Moreno, tal y como hemos visto en la segunda parte del trabajo.

La construcción mediática de manera permanente en respaldo a las decisiones del gobierno de Moreno y criminalizando al movimiento político de Rafael Correa acaba teniendo impacto en las actitudes y comportamiento de los ciudadanos. En este trabajo hemos analizado el contenido mediático, en trabajos sucesivos profundizaremos en esta relación entre el contenido mediático y el comportamiento electoral.

Referencias

- Albuquerque, A. (2012). "O Paralelismo político em questão". Revista COM Política. Nº 2 (1).
- Arias, Andrés y Chiriboga, Leonardo. (2020). «La ruta al "paquetazo" y el retorno de la economía fondomonetarista al Ecuador». En Ramírez, Franklin (ed). Octubre y el derecho a la resistencia. Revuelta popular y neoliberalismo autoritario en Ecuador. Buenos Aires: CLACSO.

- Chavero, P.** (2015). *Prensa y política en tiempos de crisis: estudio de la legislatura 2008-2011*. Madrid: CIS.
- Chavero, P.** (2015b). "Intervención del Estado en Comunicación: políticas públicas para la democratización de la comunicación. Una aproximación al caso de Ecuador". *ALCANCE, Revista cubana de información y comunicación*. 4(8), pp: 3-25.
- Chavero, P. e Intriago, D.** (2021). *Las fake news como herramienta política durante la pandemia del COVID-19 en Ecuador*. Cuaderno, 136 pp 19-35.
- Chavero, P. y Oller, M.** (2015). "Políticas públicas en comunicación y sistemas mediáticos. El caso de Ecuador". *La Comunicación y el Periodismo de Ecuador frente a los desafíos contemporáneos*. La Laguna: Cuadernos Artesanos de Comunicación N° 74.
- Entman, R.** (2004). *Projections of power. Framing news, public opinion and US foreign policy*. Chicago & London: The University Chicago Press.
- Freidenberg, Flavia y Pachano, Simón.** (2016). *El sistema político ecuatoriano*. Quito: FLACSO.
- Guamán, Adoración.** (2020). «Fin de Estado de derecho y la protesta popular». En Ramírez, F. (ed). *Octubre y el derecho a la resistencia. Revuelta popular y neoliberalismo autoritario en Ecuador*. Buenos Aires: CLACSO.
- Guerrero, M y Márquez, M.** (2014). "El modelo "liberal capturado" de sistemas mediáticos, periodismo y comunicación en América Latina". *Temas de Comunicación*. N° 29, pp: 135-170
- Hallin, D. y Mancini, P.** (2008). *Sistemas mediáticos comparados*. Barcelona: Hacer Editorial.
- Hallin, D. y Papathanassopoulos, S.** (2002). "Political clientelism and the media: southern Europe and Latin America in comparative perspective". *Media, Culture and society*. 24 (2), pp: 175-195.
- Iyengar, S.** (1993). "Agenda setting and beyond: television news and the strength of political issues". En Riker, W. (ed). *Agenda information*. The University of Michigan Press.
- Jo, E. y Berkowitz, L.** (1996). "Análisis del efecto. "priming" sobre la influencia de los media". En Jennings, B. y Zillmann, D. (coord.). *Los efectos de los medios de comunicación: investigaciones y teorías*. Barcelona: Paidós.
- Mazzoleni, G. y Schulz, W.** (1999). "Mediatization of politics: a challenge for democracy?". *Political Communication*, 16, pp: 247-261.
- McCombs, M.** (2004). *Estableciendo la agenda*. Barcelona: Paidós Comunicación.
- Strömback, J.** (2008). "Four Phases of Mediatization: An Analysis of the Mediatization of Politics". *Press/Politics* 13(3), pp: 228-246.
- Vollenweider, C y Romano, S.** (2017). "*Lawfare*. La judicialización de la política en América Latina". CELAG.

JULIÁN GARCÍA LABRADOR*

La mirada ibérica sobre las *Fake News* de América Latina

Fenomenología de un paisaje medial

La concentración de medios

La concentración de medios de comunicación en España tiene lugar en el marco de la privatización empresarial llevada iniciada a mediados de los 80. Iniciado por el presidente español Felipe González (1985-1992), "se reorganizaron sectores productivos enteros, fusionando numerosas empresas, con el objetivo político explícito de constituir empresas o grupos sectoriales dinámicos y competitivos a escala internacional" (Vergés 2013: 9). A mediados de los 90 y bajo el signo de un gobierno liberal el proceso se acelera. En 1996 el gobierno de José María Aznar crea un Consejo Consultivo de Privatizaciones para justificar, tras informe previo y razonado a toda operación, que los procesos privatizadores fueran llevados adelante con la celeridad que imprimía el mercado. Esta dinámica afectó a los grupos de comunicación, quienes fueron protagonistas de esta dinámica a través de la concentración de medios. En el periodo que media entre el 1 de julio de 1999 y el 4 de julio de 2006, el Servicio de Defensa de la Competencia registró 662 expedientes de control de concentraciones. De ellos 19 corresponden a medios de comunicación. En palabras de María José Pérez Serrano "se pone de manifiesto que las épocas en que se han tramitado más concentraciones referidas a la industria de la comunicación han sido 2002 y 2005" (2006: 145). La tendencia ha continuado hasta nuestros días, ya que en 2018 "cuatro consejos de administración controlan el 80% de las audiencias de televisión y radio" (*Público*, 29 enero 2018). Aunque se suelen aducir

(*) Profesor de Filosofía en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Rey Juan Carlos, España. Es Doctor en Filosofía por la Universidad Complutense. Sus líneas de investigación van de la fenomenología de lo político a las relaciones entre la filosofía y la antropología cultural.

razones de orden técnico o económico, no se pueden dejar de lado las causas políticas y la trayectoria histórica de España.

El proceso político de la transición mediante el que España abandonaba la dictadura y se adhería a los ideales democráticos significó para los medios de comunicación un reajuste a la nueva realidad. En 1938, durante la Guerra Civil Española, y a imagen del modelo fascista de Mussolini (Martín 1993), se había creado la Ley de Prensa, la cual estuvo vigente hasta la muerte de Franco. Si bien, se reformó en 1966 con la "Ley Fraga", tal reforma no consistió más que en la moderación de algunas medidas de supervisión, dejando intacto el aparato de control y dirección de medios (Chuliá 2001; Laguna y Martínez 2000). Los periodistas eran modelados "en escuelas de periodismo *ad hoc*, registrado y controlado en asociaciones de prensa, retribuido y recompensado de acuerdo con lo dispuesto por el Estado" (Laguna y Martínez 2013: 174). No quiere decir que los periodistas españoles de aquella época fueran sustraídos de toda conciencia personal y/o profesional, sino que los referentes categóricos en los que podrían desempeñarse profesionalmente quedaban remitidos al aparato ideológico del franquismo.

La muerte de Franco coincidió con la expansión neoliberal que se había iniciado a nivel mundial tras la crisis económica de 1973, la cual dejará su impronta en las sucesivas oleadas de privatizaciones que acabamos de mencionar. Por eso, en España quedará en suspenso la creación de un órgano estatal de medios de comunicación o institución garantista que sustituyera el control de medios de la dictadura (Terrón, 1983), así como el desarrollo normativo de segundo y tercer orden que hiciera efectivo el derecho de comunicación recogido en la Constitución de 1978.

En octubre de 1977 Radio Televisión Española (RTVE) se convierte en una entidad pública de carácter comercial con personalidad jurídica propia. Las medidas privatizadoras se irán sucediendo hasta la concentración de medios. El 3 de abril de 1982, las Cortes Generales aprueban el proyecto de ley (Ley 11/1982) por el que se elimina el Organismo Autónomo de Medios de Comunicación Social al que se adscribía la Cadena de Medios del Movimiento. Con ello se abre la subasta de medios al mejor postor. En 1984 se vendieron todos los medios antes pertenecientes a la Cadena de Prensa del Movimiento. Tras la Ley Orgánica de 14 de abril de 1988 que regulaba la explotación televisiva de cobertura nacional, el Estado tan sólo conservará RTVE, las televisiones autonómicas (hasta su concesión a los gobiernos autonómicos) y la Agencia EFE. Junto a la disolución de la concentración estatal de medios (o precisamente por ello) los apartados de la nueva Constitución referentes al derecho a la comunicación no fueron más allá de su enunciación constitucional. El artículo 20 de la Constitución reconocía "el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión" pero no encontró acomodo en posteriores desarrollos normativos, ya que la diversificación de medios respondía a los intereses del mercado que "en los inicios de

los ochenta ya vislumbraba los grandes negocios que se avecinaban” (Laguna y Martínez 2013: 175). En este sentido, fueron los medios privados los que decidieron autorregularse dándose a sí mismos los códigos éticos de conducta. Por eso encontramos con diversos Manuales Periodísticos sin un criterio unificado.

Además, si en Europa venía funcionando un acuerdo tácito entre Estado y medios de comunicación desde el fin de la 2ª Guerra Mundial, en España no se tuvo lugar tal concertación. En Europa se había procurado establecer un pacto tácito entre el Estado y los medios de comunicación. Con la garantía estatal de la pluralidad informativa, los medios de comunicación reconocían la función social de su libertad informativa para el funcionamiento desempeño del sistema político y la garantía de los derechos fundamentales. Tanto el *Press Council* de Gran Bretaña, como los *Presserat* de Alemania o Austria velarán por este tácito acuerdo social. Sin embargo, en España prosperaron las “posiciones empresaristas” (Fernández y Santana, 2000: 83). En este sentido, “si el sector de la información, la comunicación y el entretenimiento será a partir de entonces el gran negocio del mundo capitalista, el objetivo de los grandes propietarios de medios de comunicación será exigir la retirada del Estado y la eliminación de cualquier norma” (Laguna y Martínez, 2013: 178). A partir de la creación del Consejo Consultivo de Privatizaciones del presidente Aznar, veinte grandes grupos de comunicación hicieron su entrada en España. Así, la estructura mediática en España quedaba condicionada por grandes inversionistas, bancos y grupos multimedia internacionales.

El último conato de creación de un consejo estatal de medios de comunicación empañó en los intereses de los grupos empresariales. En 2005 el ministro de industria José Montilla presentó el anteproyecto de Ley de Creación del Consejo Estatal de Medios Audio-visuales. El anteproyecto fue archivado ante la avalancha de las críticas recibidas. Hoy en día España es el único país de la Unión Europea que no tiene una autoridad estatal audiovisual (Zallo, 2006). Por eso, España vive un “cortocircuito histórico: el peso del intervencionismo estatal, monumental en la dictadura, silenció el intervencionismo público en la nueva democracia, que se identificó con presteza con el adelgazamiento de cualesquiera tareas de intervención sobre los mediadores informativos” (Laguna y Martínez, 2013: 173).

He hecho este recorrido histórico-analítico para plantear la siguiente hipótesis de trabajo: si en España no hay una institución garantista que facilite la función social de los medios de comunicación, será cada grupo particular quien tome partido por sus propios intereses cuando la ocasión lo requiera. En el caso de América Latina habrá que ver si la información responde a la investigación y contrastación de fuentes o se corresponde con la creación de un paisaje medial que resulta económica y políticamente ventajoso para los intereses que participan económicamente en los grupos de medios.

Opinión pública, información, post-verdad y *fake news*

En Historia y crítica de la opinión pública Habermas (2017) señala que la esfera pública y la opinión pública surgen a un mismo tiempo a finales del siglo XVIII e inicios del XIX, cuando la pujanza de la sociedad burguesa se encuentra con el poder del Estado. En un principio el ámbito público no deja de ser la esfera privada de las sociedades particulares de la burguesía. Casas de café en Inglaterra, salones en Francia, *Tischgesellschaften* en Alemania fueron dando forma a la reflexión crítica de la burguesía ilustrada. Se trataba de una crítica racional del poder, "que se elabora en la concurrencia pública de argumentos privados en calidad de consenso acerca de lo prácticamente necesario en el interés universal" (2017: 118). Tal concurrencia argumentativa demandaba la difusión a través de folletos, libros, pasquines, etc. Por eso, Habermas indica que el desarrollo de la sociedad burguesa trajo consigo un incremento notable de la producción de libros y prensa y, en este sentido, sostiene que la transformación de la prensa impactó en modificación de la esfera pública. Es decir, se estableció una relación primordial entre la opinión publicada (antesala y soporte) y la opinión pública. De esta manera, se produjo un aditamento o refrendo a la cuestión de la legitimidad del poder. Además de la legitimación burocrática o legal, tradicional, o caudillista (Weber, 2012), la aparición de la esfera pública nos hace pensar en que a partir de este momento habrá que contar además con la legitimación de la opinión pública.

Según Habermas hay que tener en cuenta dos direcciones en el desarrollo de la prensa en este momento. En primer lugar, además de ofrecer noticias, aparecen artículos de opinión. Los escritores, librepensadores, ilustrados, etc. comienzan a utilizar la prensa escrita para difundir ideas. Con ello aparecen nuevas instancias de control al interior de la prensa: las redacciones. A partir de este momento las redacciones controlarán lo que se publica y lo que no. Según Habermas la esfera pública se convierte en una esfera pública "políticamente activa" de la mano de la transformación de la prensa de noticias en prensa de opinión. En segundo lugar, durante el S. XIX aparece la prensa como negocio. Es decir, la prensa de opinión se convierte en prensa de negocio, permitiendo aumentar la producción de prensa. Sin embargo, la comercialización de las noticias y, sobre todo, de la opinión, hace que estos negocios de prensa se conviertan en realidad en "complejos sociales de poder" (Habermas, 2017: 215), poniendo en solfa su papel como instancia crítica.

Es el segundo de los sentidos de Habermas, la dimensión comercial de la prensa, la que envuelve hoy en día a la prensa española, como vimos en el apartado anterior. Ahora bien, la situación del XXI no es la del XVIII o XIX. Hoy en día, los conglomerados de poder cuentan con nuevas herramientas de difusión web y las redes sociales, capaces de escapar al control de la redacción, complementando la creación de un paisaje de opinión.

La creación de un paisaje de opinión responde a los intereses de los grupos económicos e ideológicos a los que responde la prensa española, teniendo en cuenta, además, que la naturalización de la desinformación como herramienta de manipulación nos ha adentrado en la era de la post-verdad. Es en este sentido en el que considero que la alianza entre post-verdad y aparato de interés se generaliza de manera abultada si los intereses económicos o ideológicos se ven afectados por la información en cuestión. Así, la alianza entre aparato de interés y postverdad genera un dispositivo de poder que opera a través de la difusión o amplificación de información interesada. Los grupos de comunicación españoles, participados por lobbies económicos y fondos de inversión que representan al capital transnacional, están interesados en la conformación de un mundo que responda a esos intereses. En América Latina los intereses económicos transnacionales se centran en el acceso a los recursos y el dominio logístico de su explotación, lo cual pasa por el control político de la administración y la alineación de las políticas nacionales con los lobbies de interés. Si en el pasado, las intervenciones militares fueron la principal vía de control político, en la actualidad es la llamada guerra judicial o *Lawfare* el principal instrumento de control. Y dado que el *Lawfare* no puede implementarse sin el concurso de la opinión pública, el interés de los grupos de comunicación españoles por posicionar sus medios a favor de los intereses económicos, conformará un paisaje medial favorable a este nuevo escenario.

Pero antes de avanzar con el *Lawfare* y sus relaciones con los medios de comunicación estimo conveniente hacer un breve apunte sobre la manipulación de la información y su impacto en la conformación de la opinión pública. Me refiero a la nueva era de la post-verdad y su implicación en las noticias falsas o *fake news*. Entiendo por *postverdad*, la manipulación de la información intencionalmente dirigida para ocultar la correspondencia con los hechos. Cuando ocurre de manera generalizada desde diferentes intereses nos vemos abocados a reconocer nuestra limitación informativa. Y, dado que es una práctica cada vez más común, se dice que vivimos en un tiempo indiscernible, esto es, en la era de la post-verdad. Aunque para Grey (2018) la era de la post-verdad se inicia con la manipulación y desinformación que justificó la Guerra de Irak de 2003, podemos rastrear sus orígenes en los 80 en dos direcciones. Por un lado, la desinformación acerca de los efectos nocivos del tabaco por parte de las empresas tabacaleras (D'Ancona 2017) y, por otro, las estrategias de los lobbies energéticos para negar la evidencia científica (McIntyre 2018). Efectivamente Rabin-Havt indica que, si bien el inicio de la desinformación se encuentra en el debate sobre el tabaquismo, fue el debate sobre el cambio climático el que convirtió un problema científico en motivo de confrontación político entre izquierda y derecha (2016: 42). Hoy en día la post-verdad empaña el debate político y se ha convertido en la arena de confrontación, en muchos casos deshonesto, entre diversas posiciones. No obstante, la creación de un clima de post-verdad ha de contar con la connivencia de los medios y esto responderá a una asimetría por el control de los mismos. Es decir, el poder económico determinará cuán-

do y en qué sentido generar un clima de desinformación favorable a sus intereses. De igual manera que las empresas tabacaleras invirtieron ingentes cantidades en provocar un clima de desinformación, los intereses creados en torno a los recursos de América Latina, pondrán sus grupos de comunicación al servicio de una post-verdad que favorezca estos mismos intereses. Ahora bien, para poder provocar el efecto deseado, la postverdad necesita disfrazarse. La desinformación requiere técnicas y estrategias para funcionar como tal. Es en este sentido que la manipulación informativa se sirve de un mecanismo cada vez más frecuente en nuestros días: la noticia falsa o *fake news*.

Las noticias falsas no sólo se refieren al contenido engañoso de una noticia, sino a diversas técnicas de manipulación informativa. Según la organización *First Draft* (<https://firstdraftnews.org>) podemos distinguir hasta 7 tipos de manipulación informativa que induce al error: i) sátira o parodia, ii) contenido engañoso a través del cual se trata de incriminar a alguien o algo; iii) contenido impostor cuando se suplantan las fuentes genuinas; iv) contenido fabricado, de carácter falso, que se diseña para e para engañar y perjudicar; v) conexión falsa: en la que los titulares, imágenes, leyendas, etc. no se corresponden con el contenido; vi) contexto falso, en el que el contenido auténtico se relaciona y se enmarca con información de contexto falsa; vii) contenido manipulado, que ocurre cuando la información o las imágenes se manipulan para engañar. Es en este sentido que las *fake news* no se refieren únicamente a la manipulación. A falta de investigación rigurosa, la prensa española suele replicar, difundir o amplificar las noticias ya producidas acerca de la guerra judicial en América Latina, las cuales se convierten en el marco discursivo en que esta tiene lugar.

Lawfare, marco discursivo y función legitimadora

Lawfare se ha convertido en palabra de uso común para referirse al uso de las actuaciones judiciales como apoyo o recurso en la confrontación político. En España comenzó a oírse el término en relación con las sucesivas oleadas de ataques judiciales a líderes de América Latina (Alvado 2018) antes de que la estrategia radicara en España. En ocasiones algunos medios de comunicación españoles lo asociaron con teorías de la conspiración o afirmaciones poco creíbles (Ondarra 2020). Sin embargo, el *Lawfare* es una herramienta mucho más pensada de lo que estos medios puedan presentar y el hecho de que los medios de comunicación lo encubran o camuflen revela más bien la estrategia de desinformación subyacente.

El término, acuñado en el contexto militar por el general Dunlap, se refiere a “la estrategia de usar –o mal usar– la ley como sustituta de medios militares tradicionales para lograr un objetivo operacional [...] un arma [...] que puede ser usada para buenos o malos propósitos” (2008: 146). Así pues, el *Lawfare* ha de ser comprendido en un contexto bélico. En este contexto, en América Latina, el *Lawfare* se desarrolla como herramienta contra

los líderes sociales y políticos contrarios a los dictados del discurso neoliberal. Se trata de algo más que la judicialización de la política. Los expertos reunidos en Cleveland en 2010 para analizar las consecuencias del 11S indicaban que el *Lawfare* es una herramienta utilizada para obtener la victoria en un campo de batalla no cruento, el campo de la esfera pública, paralizando al oponente. Al inmovilizar judicialmente al oponente, éste no puede perseguir sus objetivos o implementar sus políticas si está en el ejercicio del poder y no podría presentar su candidatura si fuera un aspirante. Así los casos de Dilma Rouseff en Brasil, López Obrador en México, Rafael Correa en Ecuador o Cristina Fernández en Argentina.

Según Arantxa Tirado (2021) el *Lawfare* en América Latina se ha de entender como una guerra jurídica asimétrica que hace parte de una estrategia geopolítica en la que el continente trata de ser alineado con los intereses de los poderes económicos del capital internacional. Por ello, la contextualización geopolítica del *Lawfare* lleva a concebirlo como parte de una guerra híbrida económica por los recursos. Si, como decíamos, en el pasado los intereses neoliberales se servían de la intervención armada directa para despejar en camino a los recursos, en la actualidad ha encontrado en la guerra judicial el aliado capaz de paralizar los proyectos populares y alter-mundistas. Así la connivencia de los poderes económicos locales con los intereses neoliberales transnacionales conforma un entramado judicial que deslegitima las propuestas no alineadas con estos intereses geoestratégicos.

Para que el entramado judicial sea efectivo se requiere tanto la cooperación judicial como la presión de los medios de comunicación. A través de la cooptación del aparato judicial, adscrito o subordinado a los intereses económicos, las actuaciones judiciales pueden incurrir en prácticas irregulares como son la vulneración del proceso debido, la inversión de la carga de la prueba, la vulneración de la presunción de inocencia (Romano 2019), etc. Pero además, tiene lugar lo que, en palabras de la jurista Carol Proner, se llama activismo mediático del poder judicial (Brieger 2019). Es decir, asistimos a la conversión de la función judicial en espectáculo de masas. Por eso, el poder judicial rige en muchos casos según la lógica del espectáculo ofreciendo a los espectadores la satisfacción de quien consume el proceso judicial como si de un espectáculo se tratara (Casara 2018). En este sentido, los medios de comunicación desempeñan la función de preparar, acompasar y justificar los procesos judiciales, apelando en muchos casos a la emocionalidad de los lectores.

Los medios de comunicación juegan un papel central del *Lawfare*. No sólo por la conversión de los procesos judiciales en un espectáculo, sino por la creación de un entorno en el que el *Lawfare* es naturalizado. Por eso, he preferido usar la expresión paisaje medial, antes que ruido mediático. Un paisaje conforma nuestra manera de mirar el mundo. Sentando las bases de la desconfianza hacia los líderes, la desafección política hace entrada en la esfera pública y las acusaciones judiciales se convierten en una profecía

auto-cumplida. Las *fake news* de la prensa española sobre América Latina son un ejemplo de ello. Las *fake news*, han de entenderse en el contexto del manejo de la opinión pública. Como vimos, la legitimidad del poder político había de contar desde el siglo XVIII con el refrendo de la opinión pública, y por eso, también los conflictos habían de ser legitimados. Así las guerras tenían su consiguiente aparato propagandístico. El pacifista Ponsonby ya había desentrañado en 1928 las estrategias por las que la propaganda de guerra trataba de hacerse con la opinión pública.

Es la cuestión de legitimidad el foco principal de las *fake news* españolas sobre América Latina. No siendo procesos judiciales que incumban directamente a líderes o la ciudadanía española (hasta ahora), la guerra judicial latinoamericana se prepara y se justifica aglutinando en torno a la etiqueta “populismos de izquierda” las actuaciones y las políticas públicas de los regímenes no alineados con el paradigma neoliberal. Vollenweider y Romano (2017) indican que el *Lawfare* requiere ser comprendido también en sus mecanismos subyacentes, es decir, en el manejo de los tiempos políticos, la rearticulación del poder judicial y sobre todo la concentración de medios de comunicación. Vimos que en España los medios de comunicación ya estaban concentrados antes de que la estrategia del *Lawfare* tuviera lugar. En este sentido, llevan mucho tiempo erosionando el criterio de imparcialidad, haciendo del uso de la información una estrategia de dominación de masas según los intereses de los grupos de comunicación (Serrano 2012). Colocar la etiqueta populismos de izquierda y jugar con la desinformación a través de *fake news* abona esta corriente subterránea. Si para Max Weber (2012) el tipo de legitimación más racional se equiparaba con la legitimación legal-burocrática, la justificación mediática del *Lawfare* contribuye a deslegitimación de los líderes latinoamericanos, lo cual equipara los populismos de izquierda con la más burda irracionalidad caudillista. Por ello, el paisaje medial de las *fake news* españolas sobre América Latina genera un marco discursivo que legitima los procesos del *Lawfare*. El paisaje medial de la prensa española genera así un doble movimiento: por un lado, deslegitima los regímenes y movimientos populares a través de las *fake news* y, por otro lado, legitima el *Lawfare* en el marco discursivo post-veritativo de los intereses de los grupos de comunicación. La desinformación intencional llega a establecer una confusión indiscernible entre ambos movimientos, de modo que el paisaje medial inunda y conforma una red de sentidos en la que el *Lawfare* no sea cuestionado.

Conclusión. A modo de cierre

A través de estas líneas he querido apuntar la relación entre la situación mediática española, cuya concentración y privatización de medios cuestiona de raíz la imparcialidad informativa, y la legitimación del *Lawfare* en Latino América por medio de la caricaturización y la desinformación. He trazado una senda que va desde la concentración de medios del franquismo hasta la privatización de los grupos de comunicación en la

actualidad. He enfatizado las relaciones entre la opinión pública y la opinión publicada poniendo especial atención en que la esfera pública se ha convertido en nuestros días en una instancia legitimadora del poder político. Los grupos de comunicación españoles se han convertido en jueces del poder político, prestando servicio a los intereses económicos privados en detrimento del interés general. Esta concentración de medios de comunicación ha encontrado en el nuevo escenario de la Post-verdad la coyuntura favorable para generar, a través de las fake news, un paisaje medial acorde con los intereses del capital transnacional (que participa en los grupos de comunicación). He concluido indicando que el *Lawfare* contra dirigentes latinoamericanos encuentra en los grupos de comunicación españoles la complicidad de una mirada interesada, la mirada de quienes en aras del interés económico, legitiman los abusos judiciales y justifican la guerra judicial contra los movimientos populares.

Referencias

- Alvado, M. M.** (2018). "Lawfare: debate abierto" Público 29 de octubre de 2018. [[https://blogs .publico.es/dominiopublico/26865/lawfare-debate-abierto/](https://blogs.pUBLICO.es/dominiopublico/26865/lawfare-debate-abierto/)].
- Brieger, P.** (2019). "Carol Proner, abogada brasileña: La judicialización de la política está coartando la democracia- Grupo de Puebla", NODAL, 23 de diciembre de 2019 [<https://www.nodal.am/2019/12/carol-proner-abogada-brasilena-la-judicializacion-de-la-politica-esta-coartando-la-democracia-grupo-de-puebla/>].
- Chuliá, E.** (2001). El poder y la palabra. Prensa y poder político en las dictaduras. El régimen de Franco ante la prensa y el periodismo. (Madrid: Biblioteca Nueva).
- Casara, R. R. R.** (2018). Estado posdemocrático. Neoliberalismo y gestión de los indeseables. (La Habana: Editorial de Ciencias Sociales).
- D'Ancona, M.** (2017). Post-Truth: The New War on Truth and How to Fight Back. (London: Penguin Random House).
- Davis, E.** (2018). Post-Truth: Why We Have Reached Peak Bullshit and What We Can Do About It. (London: Abacus).
- Dunlap, C.** (2008). "Lawfare Today: A Perspective", Yale Journal of International Affairs (invierno de 2008): 146-154.
- Fernández, I. y Santana, F.** (2000). Estado y medios de comunicación en la España Contemporánea. (Madrid: Alianza).
- Gray, J.** (2017). "Post Truth by Matthew D'Ancona and Post-Truth by Evan Davis review – is this really a new era of politics?" The Guardian, <https://www.theguardian.com/books/2017/may/19/post-truth-matthew-dancona-evan-davis-reviews>
- Habermas, J.** (2017). [1962]. Historia y crítica de la opinión pública. (Barcelona: Gustavo Gil).
- Laguna, A. y Martínez, F.** (2013). "De la dictadura al mercado: la transición de los medios de comunicación en España o dónde quedó la responsabilidad social de los medios" Trípodos 32: 171-184.

- Laguna, A. y Martínez, F.** (2000). "Planes de Desarrollo y medios de comunicación en el último franquismo, 1972-75" en J.A. García, J.F. Gutiérrez; I. Sánchez, (eds.). *La comunicación social durante el franquismo*. (Málaga: Universidad de Málaga), pp. 523-538.
- Martín, R. M.** (1993). "Sobre los orígenes ideológicos de la ley de Prensa de 1938. El pensamiento conservador en los teóricos falangistas" en J. Tusell; J. Gil Pecharromán; F. Montero (eds.). *Estudios sobre la derecha española contemporánea*. (Madrid: UNED), pp. 563-578.
- McIntyre, L.** (2018). *Posverdad*. (Madrid: Cátedra).
- Ondarra, M.** "Podemos lanza la teoría del "*lawfare*" para justificar sus múltiples problemas judiciales", *El Español*, 13 de agosto de 2020 [https://www.elespanol.com/espana/politica/20200813/podemos-teoria-lawfare-justificar-multiples-problemas-judiciales/512449833_0.html]
- Pérez Serrano, M. J.** (2006). *La concentración de medios en España: análisis de casos relevantes en radio, prensa y televisión*. Tesis Doctoral. (Universidad Complutense. Madrid).
- Rabin-Havt, A.** (2016). *Lies Incorporated: The World of Post-Truth Politics*. (New York: Anchor Books).
- Romano, S. M.** (2019). "Introducción. *Lawfare*, judicialización de la política y neoliberalismo en América Latina»" en Romano S. M. (comp.) *Lawfare*. Guerra judicial y neoliberalismo en América Latina. (Buenos Aires/ Sevilla: Mármol Izquierdo Ediciones/ CELAG).
- Serrano, P.** (2012). *Traficantes de información*. (Madrid, Akal).
- Terrón, J.** (1981). *La prensa española durante el régimen de Franco. Un intento de análisis político*. (Madrid: CIS).
- Tirado, A.** (2021). *El Lawfare*. Golpes de estado en nombre de la ley. (Madrid: Akal).
- Vergés, J.** (2013). *Las privatizaciones de empresas públicas en España*. (Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona).
- Vollenweider C. y Romano, S.** (2017). "*Lawfare*. La judicialización de la política en América Latina", CELAG, 7 de marzo de 2017 [www.celag.org].
- Weber, M.** (2012). *Sociología del poder. Los tipos de dominación*. (Madrid: Alianza Editorial).
- Zallo, R.** (2006). "Dos modelos opuestos. Consejos del audiovisual en las Comunidades Autónomas" *Telos*, 68: 78-89.

HORACIO LUTZKY*

Los medios hegemónicos y la causa AMIA: instrumentos del *Lawfare*

Primera parte

El encubrimiento del atentado a la AMIA (1994) fue el laboratorio de ensayos de prácticas que se desarrollaron años después con toda intensidad para el despliegue del *lawfare*: un juez inescrupuloso violó la ley, negoció ilegalmente con testigos e imputados, fabricó pruebas, ocultó evidencia, y hasta intervino en el pago clandestino de más de

(*) Abogado (UBA) y periodista. Director del periódico judío Nueva Sión (1991-1995; 1999-2000); socio fundador y director de noticias de la señal de televisión por cable Alef Network (1995).

Docente en Derecho y Práctica Profesional en la carrera de Publicidad y en la de Periodismo de la Universidad de Palermo. (marzo de 1997/ julio de 2001).

Coordinador de prensa y comunicación de AMIA y vocero de la entidad para el juicio oral y público de la causa N° 487/00 "Telleldín, Carlos Alberto y otros s/homicidio calificado - atentado a la AMIA", ante el T.O.F. N° 3 (agosto 2001/ mayo 2002).

Asesor parlamentario de la diputada Nilda Garré en el juicio político a la Corte Suprema menemista por no investigar el atentado a la Embajada de Israel (2002).

Actualmente:

Subdirector de Asuntos Jurídicos de la Defensoría del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual Integrante de la comisión jurídica del "Llamamiento Argentino Judío". En tal carácter, participación desde mediados de 2021 como "amicus curiae" junto al Dr. Luis Kon en la causa por el memorándum con Irán.

Asesor ad honorem de la diputada nacional Claudia Bernazza en la comisión de comunicaciones de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

Libros publicados:

-"Caso AMIA: la deuda interna", 2003.

-"Brindando Sobre los Escombros. La dirigencia judía y los atentados: entre la denuncia y el encubrimiento", 2012.

-"Iosi, el espía arrepentido", 2015 (en coautoría con Miriam Lewin, actualmente en proceso de producción para serie de televisión);

-"La Explosión", 2017.

Participación central en el documental "Ataque a la Embajada" (History Channel), emitido con motivo de los 25 años del atentado a la sede diplomática israelí en Buenos Aires marzo de 2017.

US\$400.000 a un preso para comprarle una declaración que interesaba al poder. Una suma de historias falsas, con el sostenido apoyo de la prensa que usufructuaba las “primicias” y multiplicaba las cortinas de humo.

Cuando una década después del atentado el kirchnerismo fue el enemigo a vencer por el establishment y las corporaciones mediáticas, la causa AMIA se convirtió en un poderoso instrumento de estigmatización con fines de persecución y proscripción política.

Para ese objetivo, la prensa hegemónica silenció los juicios vinculados al atentado que se desarrollaron sobre el real encubrimiento de los ´90, instalando en su lugar la falsa idea de que el kirchnerismo venía a cuestionar un caso ya “esclarecido” y a proteger a los supuestos asesinos, mediante actos de “encubrimiento”.

La causa por el memorándum con Irán y el caso Nisman llevaron ese planteo a su máxima expresión, demonizando la figura de Cristina Fernández de Kirchner y de otros políticos que integraron su gobierno.

El rol de los medios fue determinante en la falta de verdad sobre la masacre de la AMIA y en la instalación de una falsa “verdad” sobre el papel de diversos dirigentes en torno a las investigaciones, con incidencia en el resultado electoral.

Esa maquinaria de demolición política tomó herramientas que se fueron fraguando y experimentando en la época misma del atentado, en los años 90, durante el gobierno neoliberal de Carlos Saúl Menem, y que tuvieron en la causa AMIA su máxima expresión.

Es necesario entonces comenzar repasando los hechos a partir de los cuales se desarrollaron esos instrumentos. Recurrimos a tal fin a una síntesis que realizamos para una de las últimas ediciones del histórico diario “Buenos Aires Herald”, en julio de 2017, poco antes de su cierre final:

“El 18 de julio de 1994, a las 9:53, una tremenda explosión (o dos, según declararon numerosos testigos) demolió el edificio de la mutual judía AMIA en la ciudad de Buenos Aires, causando 85 muertos. El expediente de la investigación se inicia con una crónica del comisario de la Policía Federal Carlos Castañeda. Se trata de un jefe policial que años más tarde será procesado y condenado por destrucción de pruebas, y que actualmente está siendo sometido a juicio oral en otro proceso, también por encubrimiento del atentado, como buena parte de los primeros responsables de la investigación. (...) La AMIA venía siendo objeto de espionaje por parte del servicio de Inteligencia de la Policía Federal, que había infiltrado un “topo” en la comunidad judía a partir del año 1986.

El espía policial llamado José Alberto Pérez –alias “Iosi”–, que respondía entre otros al propio Castañeda, logró pasar como judío e integrar la conducción de varias entidades judías, llegando a ser secretario de actas de la Organización Sionista Argentina (OSA). Como parte de su labor, a lo largo de los años el espía pasó a sus superiores información sumamente detallada sobre la sede de la AMIA, sus sistemas de seguridad, sus

horarios, sus entradas y salidas, su personal, la existencia de una puerta trasera fácilmente vulnerable, y hasta un croquis de un arquitecto sobre las reformas estructurales del edificio que se estaban haciendo”.

Realizamos una extensa investigación sobre el caso con la periodista Miriam Lewin.

Continúa la nota del “Herald”: “Pérez, que actualmente vive oculto y como testigo protegido tras ser llevado en julio del 2014 por el autor de esta nota a declarar a la fiscalía de Alberto Nisman, está convencido que toda esa información fue utilizada para cometer el atentado. Lo que es seguro: no se usó para proteger el objetivo terrorista, tras el atentado que dos años antes destruyó la Embajada de Israel en Argentina.

Finalizado ese primer informe que inicia la causa AMIA, unas fojas más adelante ese mismo día Castañeda reporta que a las 13:40 horas establece contacto con la brigada de Explosivos de la Policía Federal, la que le informa que se habría utilizado el explosivo amonal. Y agrega: “el que probablemente se hubiera ubicado en el interior de una camioneta del tipo Renault Trafic, dado que restos metálicos de una puerta correspondientes a ese tipo de vehículo, fueron hallados en las proximidades”.

Castañeda es quien primero menciona la Trafic ya en la foja 11 del expediente, apenas pasado el mediodía del 18 de julio, y a partir de la foja 12 comienzan sus asistentes a preguntar a posibles testigos si la vieron.

Algunos, como el sobreviviente Daniel Joffe, quien declaró haber sido presionado para que declarara haber visto la Trafic, a lo que se negó.

Un pequeño trozo de block del motor con su numeración intacta, que luego se determinó como perteneciente a una Trafic, apareció entre las ruinas una semana después, en confusas circunstancias. Entretanto, Castañeda pasó a ser designado jefe del departamento de Protección del Orden Constitucional (DPOC), con facultades específicas para investigar el atentado, asignándosele un inexperto grupo de agentes rasos traídos de otras reparticiones, sin antecedentes en terrorismo ni en investigaciones complejas, que por su reducido número y su pertenencia al “POC” fueron conocidos como “los poquitos”. Los “poquitos” –se conoció en el juicio por encubrimiento– no tenían siquiera una oficina con mobiliario completo, ni computadoras o medios técnicos. A esta ineficaz repartición se sumó el influyente comisario Jorge “El Fino” Palacios, por entonces a cargo de la Superintendencia de Drogas Peligrosas de la Policía Federal, actualmente enjuiciado por encubrimiento junto con Castañeda.

A partir del trozo numerado del motor se llegó y se detuvo –tras oscuras negociaciones con agentes de la ex SIDE– a su último tenedor conocido: el reductor de automóviles robados Carlos Telleldín, hijo de un alto jefe de la represión ilegal de la última dictadura militar en Córdoba.

Sugestivamente, a Carlos Telleldín la SIDE le intervino el teléfono antes que se encontrara el trozo de motor que lo incriminó. Telleldín realizaba sus negocios ilícitos con la protección de distintos destacamentos de las policías de la provincia de Buenos Aires y de la Federal. Y, si bien existían evidencias comprometedoras respecto de la actuación de sectores de la Policía Federal –incluyendo el comprobado sobrevuelo y suspensión sobre los techos de la AMIA de un helicóptero la madrugada previa al atentado, o la evidente “zona liberada” que dejaron los federales antes de la explosión–, emisarios del presidente Menem lograron comprar una declaración falsa al entonces preso Telleldín por U\$400.000 más una suma mensual para que señalara a un grupo de policías de brigadas de la provincia de Buenos Aires, liderados por Juan José Ribelli, como quienes se habrían llevado la Trafic supuestamente usada como coche bomba.

El pago clandestino a Telleldín se hizo en julio de 1996 con fondos de la SIDE, coordinado por el juez de la causa, Juan José Galeano. El desvío de la investigación se inscribía dentro del fortísimo enfrentamiento político entre los máximos líderes peronistas del momento: el presidente Menem, de quien dependía la Policía Federal, y el gobernador de la Provincia de Buenos Aires, Eduardo Duhalde, de quien dependía la policía provincial, motejada como la “maldita policía” por su corrupción y los casos de “gatillo fácil”.

Además de arrojarle el problema a su rival político, Menem evitaba ver expuestos sus estrechos vínculos previos y los de su familia política con personajes ligados al terrorismo como el traficante Monzer Al Kassar, y con países como Libia, Siria e Irán, que apoyaron financieramente su campaña presidencial a cambio de irresponsables promesas de transferir tecnología nuclear sensible, y misilística. Esas promesas no fueron cumplidas por presión de Estados Unidos e Israel, que tras el abrupto giro de Menem encontraron en el argentino al más firme aliado en la región, pese al airado reclamo de sus aportantes de campaña.

Con el encubrimiento de hecho se protegía también el intenso tráfico de armas y explosivos que desde la Fábrica Militar de Río Tercero, en la provincia de Córdoba, llegaba periódicamente por esos años al puerto de Buenos Aires, donde en forma secreta se acumulaban miles de toneladas de cargamento bélico con destino a Croacia, inmersa en la sangrienta Guerra de los Balcanes. Se trataba de un operativo de venta de armas que había sido prohibido para toda la región por la ONU, pero de importancia estratégica para los Estados Unidos y sus aliados, que tras la caída del Muro de Berlín apoyaban la independencia de las repúblicas de la federación yugoslava. Ese operativo debía continuar a pesar del atentado, en absoluto silencio, sin que una investigación indagara en esa trama y obstruyera la ruta de las armas y explosivos almacenados a tan solo 15 minutos de la sede de la AMIA. En particular, entre los compradores afincados en Buenos Aires existieron intermediarios sirios e iraníes. Irán participaba del conflicto en los Balcanes apoyando con dinero, armas y combatientes de Hezbollah a los musulmanes bosnios, que gracias a los esfuerzos norteamericanos a partir de abril de 1994, se aliaron en un frente único con los croatas contra el ejército federal yugoslavo y las milicias serbias.

La causa AMIA se convirtió muy tempranamente en una pieza del ajedrez geopolítico mundial. En el expediente se verificaron todo tipo de irregularidades, que incluyeron arrojar sin ningún tipo de control los restos de la explosión al borde del Río de la Plata; se omitió preservar la zona del desastre del ingreso de decenas de personas sin identificar; se perdieron pruebas; se plantaron pistas falsas; se borraron grabaciones telefónicas a sospechosos y se “extraviaron” las transcripciones obrantes tanto en la Secretaría de Inteligencia del Estado (SIDE) como en la Policía Federal (algunas, realizadas a diplomáticos iraníes antes y después del atentado). Se quemaron cintas de filmaciones. Se suspendieron escuchas judiciales y allanamientos sin dar razón. Se coaccionó a testigos para que callaran y a otros para que mintieran. Se eliminaron todas las constancias materiales de la participación de elementos locales en el atentado”. (Lutzky, Horacio, “El Laberinto AMIA”, “Buenos Aires Herald”, 17 de julio de 2017)

Para poder direccionar la investigación de la masacre hacia una historia falsa, sin rozar poderosos intereses locales e internacionales que formaban parte del reordenamiento mundial neoliberal, la colaboración de los medios hegemónicos era indispensable

En ese contexto tuvo lugar la alianza entre “Clarín” y el juzgado federal a cargo del caso AMIA, a pocos días del atentado.

“El periodista Omar Lavieri, el día 21, hace un pacto con Galeano. Hubo testigos del pacto y aparte se puede demostrar solamente leyendo el Clarín.(...)El pacto se cumplió. (...) El tipo me dijo claramente que él no publica nada que no constara en el expediente. Ahora, le dije a Lavieri, si en el expediente no hay nada, ¿vos vas a publicar nada? Eso no es periodístico. El 20, Clarín decía que, a juzgar por la forma en que se encontró el volquete, que estaba bajo los escombros, que estaba desflorado, desgastado en todas sus partes, eso era porque algo había explotado adentro. El 21 se olvidó de lo que había publicado el 20, se olvidó de lo del volquete y habló de la teoría de la Trafic. El 20 a la noche, en Clarín, fue la reunión con Galeano con un testigo que era amigo mío y que está dispuesto a declarar. Pero no hizo falta ya, porque Lavieri habló, en esos días, en el programa de Aliverti y le dijo que el pacto no lo hizo él, que lo hizo directamente Clarín”. (Zito Lema, Vicente y Yasenza, Conrado. 26 de agosto 1998, revista “La Maga”. Reportaje a Gabriel Levinas).

El 19 de julio de 1994 (antes del mencionado acuerdo del 21 de julio de “Clarín” con el juez Galeano), “Clarín” le había pedido una nota de opinión al prestigioso criminólogo y escritor Elias Neuman, quien entregó al diario el artículo pedido, apuntando centralmente a la responsabilidad de Menem en la ocurrencia del atentado. Destacaba razones geopolíticas, sus vínculos y giros respecto de Medio Oriente y las inexplicables y muy llamativas falencias de seguridad, así como de controles migratorios, entre otros aspectos muy relevantes.

La nota no fue publicada por “Clarín”, sin que Neuman recibiera ninguna explicación. Por tal motivo, y refiriendo lo sucedido, el penalista envió el artículo al periódico judío “Nueva Sión” (entonces bajo dirección de este autor), siendo publicada en la edición del 19 de

agosto de 1994 con el título "El dolor y la memoria". La bajada de presentación dice: "Esta nota le fue solicitada a Elias Neuman por la Sección "Opinión" del diario Clarín el día siguiente al atentado. Sin dar una explicación concreta, dicho diario no la publicó" (Neuman, Elías: 1994. "El dolor y la memoria", "Nueva Sión" pág. 7). Según diversas fuentes, de allí en más varias tapas de "Clarín" se cerraron en el despacho del juez.

Días después del acuerdo, tras una serie de comunicaciones entre Casa Rosada, el Juzgado y la familia del principal sospechoso (muy allegada al presidente Menem), el 1ro. de agosto de 1994 Galeano dispuso encubrir la principal línea de investigación sobre los autores materiales, conocida como "pista siria" (que no excluye la "pista iraní" como probables autores mediatos).

Por ese, y por otros delitos de desvío intencional de la investigación, el juez fue destituido en juicio político, y condenado a prisión un cuarto de siglo después por el T.O.C.F. Nro.2, el 28 de febrero de 2019, en un juicio oral prácticamente ignorado por "Clarín" y demás grandes medios (causa Nro. 1906 "Galeano, Juan José y otros s/ inf. arts. 261, 269, 144 bis, 149 bis y 293 del CP").

"Clarín" negó a través de los años y hasta la actualidad la existencia de ese encubrimiento de la llamada "pista siria", y ocultó graves revelaciones sobre sus implicancias, violando el derecho a la información de sus lectores.

El compromiso mediático con el team encubridor se advirtió con claridad en la decisión de Clarín de no cubrir el desarrollo de ese histórico juicio oral iniciado el 6 de agosto de 2015 por el encubrimiento del atentado, y que tuvo como acusados al ex presidente Carlos Menem, al ex juez Juan José Galeano y sus fiscales Eamon Müllen y José Barbaccia, al jefe de la Secretaría de Inteligencia del Estado (SIDE) Hugo Anzorreguy, a los jefes de la Policía Federal Jorge "Fino" Palacios y Carlos Catañeda, y al ex titular de la DAIA Rubén Beraja, entre otros.

Mucho antes del fallo de 2019 en el referido juicio oral ante el T.O.C.F N° 2 señalamos –hace ya más de diez años– en el sitio del periodista Gerardo Yomal, "Puede Colaborar" el compromiso de "Clarín" con el ocultamiento de los hechos en función de la construcción de una falsa historia oficial:

"(...) la confirmación que el ex presidente de un país y un grupo de sus funcionarios impidieron que se investigara el atentado y la consiguiente masacre más grande contra una comunidad judía después del Holocausto no mereció para "Clarín" ni una línea en tapa, y fue relegada a la parte inferior de la página 12 del periódico, ninguneada entre denuncias contra el kirchnerismo. (...) "Clarín" persiste en el absurdo de relativizar "la pista siria" presentándola como opuesta o incompatible con la "pista iraní", como si Hezbollah no tuviera sede en Damasco y financiamiento de Teherán, y como si la conexión siria en la Argentina de los 90 se hubiera dedicado a producir festivales de cine y teatro" (Lutzky: 2010. "Clarín" y la Causa AMIA, "Puede Colaborar-Periodismo Impuro")

Sucede que en ese juicio ignorado los ejes principales de la acusación, el debate y los alegatos fueron dos: el encubrimiento de la "pista siria" (o pista Kanoore Edul) y el pago orquestado entre el juzgado y la SIDE de un soborno de casi US 475.000 con fondos reservados al preso Telleldín para comprarle una declaración falsa que alejara así la investigación de aquella pista. Clarín silenció esa trama y, especialmente a través del periodista Daniel Santoro, proclamó que la "pista siria" es un "invento kirchnerista" ideado "para exculpar a Irán". Con un doble propósito: por un lado, el medio disimula su propia responsabilidad en la instalación de una falsa historia oficial, y por el otro, sustituye el verdadero encubrimiento del atentado (que deja de estar en agenda) por otro que instala como acusada nueve años después del crimen a Cristina Fernández de Kirchner, el canciller Héctor Timerman y otros miembros de su gobierno. Esta falsa acusación será una herramienta fundamental del *lawfare*.

Para robustecer la maniobra desinformativa, el periodista Santoro reiteradamente presentó una irreal contradicción entre las pistas iraní y siria, sosteniendo con falsedad y contra todas las evidencias históricas e investigativas que dichas pistas serían excluyentes. Y que, entonces, los señalamientos sobre el encubrimiento de la pista siria buscan "proteger a los iraníes".

Señalar el encubrimiento de la pista siria jamás significó negar la existencia de la pista iraní, por cuanto son naturalmente complementarias. Pero esa zona es la clave del real encubrimiento, garantizado por el juez Galeano, y silenciado por el poderoso medio.

Esta línea de "Clarín" se mantuvo en el tiempo y se potenció contra Néstor y Kirchner y Cristina Fernández de Kirchner, dado que ambos políticos -a diferencia de sus antecesores en otros gobiernos- además de propugnar ampliación de derechos y políticas distribucionistas que afectaban a los grupos concentrados de la economía, cuestionaron la historia oficial del atentado a la AMIA, dieron impulso a la investigación de las irregularidades, y habilitaron la pesquisa sobre las vertientes silenciadas.

Algunos ejemplos de la prédica de "Clarín" en ese sentido:

"La SIDE se quebró el 27 de enero del 2013 cuando Timerman firmó el pacto con Irán. Se dividió entre aquellos que defendían la acusación a Irán como autor ideológico del atentado contra la AMIA con Stiuso a la cabeza y aquellos que se alinearon con Cristina, quien siempre sostuvo la pista siria." (Santoro, Daniel, 15/01/2015: "Pruebas pesadas contra Cristina, en medio de una "guerra" de espías", "Clarín")

"Como senadora apoyó a al juez Galeano y la pista iraní. Pero luego empezó a hablar de una pista siria que, hasta ahora, no tuvo una sola prueba. Apenas murió Néstor Kirchner en octubre del 2010, quien sostenía la pista iraní, mandó a su canciller Héctor Timerman a Alepo, Siria, a negociar con los iraníes bajo la influencia del ex presidente de Venezuela Hugo Chávez. Otra de sus incongruencias fue decidir ayer ante el tribunal que al ex poderoso director de Operaciones de la SIDE Antonio Stiuso no lo recordaba, pese a que lo echó en diciembre del 2014 por haberse negado, junto a Nisman, a abandonar la pista según la cual

Irán fue el autor intelectual del atentado contra la AMIA.” (Santoro, Daniel, 06/12/2016. “Las incongruencias de la ex presidenta - El show de Cristina en el juicio por la AMIA II”, Clarín”).

En esa línea coincide con “Clarín” un reducido pero influyente grupo de dirigentes de la colectividad judía nucleados en la DAIA, que tiene a su principal referente, Rubén Beraja, como acusado por participar en las maniobras encubridoras junto al ex juez Galeano y la SIDE. Santoro opera desde hace años como virtual agente de prensa de la querrela AMIA-DAIA, participando de sus actos y habiendo sido obsequiado con un viaje a Israel (ver: Lutzky, Horacio. “Periodismo duty free y animales sueltos”, 15 de marzo 2019 en: <https://la-causamia.blogspot.com/2019/03/periodismo-duty-free-y-animales-sueltos.html#more>.)

En las redes sociales del periodista así quedó plasmado:



(<https://twitter.com/dsantoro59/status/654759055592820736>)

Sin embargo, y a diferencia de lo preconizado por “Clarín”, el fallo dictado por el T.O.C.F. 2 tuvo por probado el encubrimiento de la pista siria, en los fundamentos de más de mil páginas conocidos el 3 de mayo de 2019:

“(…) tenemos por acreditado que:

Que el ex juez Juan José Galeano, en su momento titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal nro. 9, quien se encontraba a cargo de la instrucción de la causa en la que se investigaba el atentado perpetrado contra la sede de la AMIA/DAIA, deliberadamente discontinuó, interrumpió y demoró la investigación de la denominada “Pista Siria – Kanoore Edul”.

Concretamente y a partir del 1° de agosto 1994 frustró el progreso de la investigación (...). Si bien será analizado en otro apartado, se advierte que Juan José Galeano con el objeto de continuar con el desvío de la denominada pista siria, necesariamente debía torcer la investigación hacia otros rumbos, más precisamente hacia lo que luego se denominaría la causa “Brigadas” seguida contra funcionarios de la policía de la Provincia de Buenos Aires y de esa forma eliminar las sospechas que caían sobre Kanoore Edul (...)

Esta circunstancia y el trámite posterior impreso a la investigación de la “pista siria” solo se explica en la voluntad de Juan José Galeano, junto a sus auxiliares de justicia, de desviar la investigación que tenía como principal sospechoso a Alberto Jacinto Kanoore Edul, como consecuencia de los vínculos que poseía su familia con las altas esferas de la casa de gobierno durante el mandato de Carlos Saúl Menem. (...)

Claramente las pruebas que surgieron los primeros días posteriores al atentado a la sede la AMIA/DAIA apuntaban como principal sospechoso a Alberto Jacinto Kanoore Edul, pista conocida como “Pista Siria” y que para ese entonces era una de las hipótesis más firmes de la investigación.

Esta afirmación se sostiene en los siguientes elementos de prueba oportunamente aludidos, como ser: el volquete de la firma cascotera Santa Rita, propiedad de Nassib Hadad, apostado en el domicilio de la calle Constitución 2657, misma empresa que había depositado otro contenedor frente a la sede de la AMIA; la reunión en la SIDE en la que intervinieron Anzorreguy, Castañeda, Palacios, Galeano, Mullen y Barbaccia en la que un disidente iraní involucraba en el atentado a personas relacionadas con la embajada de Irán; el hallazgo del motor entre los escombros y su conexión con Teleldín y la venta de la camioneta Renault modelo Trafic; y el llamado recibido por el nombrado el día 10 de julio de 1994 desde un teléfono registrado a nombre de la firma Aliantex que pertenecía a Jacinto Kanoore Edul con domicilio en la calle Constitución 2695, misma cuadra donde fue depositado el volquete mencionado.”

Del fallo del año 2019 del T.O.C.F N° 2 –y como parte de la silenciada “pista siria”– también surge la obturación de la pesquisa en dirección a las vinculaciones del entorno presidencial con el terrorista traficante de armas Monzer Al Kassar, radicado irregularmente en los ‘90 en nuestro país:

“En el expediente principal fueron agregados, con fecha 26 de noviembre del año 1996, los cuadros de relaciones de la familia Kanoore Edul y las relaciones entre las familias Yoma, Edul y Samid, de los cuales también se advierte un vínculo entre Kanoore Edul, Rabbani y Al-Kassar (fojas 1.185/1.191 del presente expediente). Los mismos fueron incorporados sin realizarse análisis alguno y/o disponerse medida con el objeto de profundizarlos, situación que devenía necesaria por las referencias que para cualquier observador se advertían de su simple lectura”.

La sentencia del Tribunal, que calificó estos delitos cometidos por el juez y otros agentes estatales como “graves violaciones a los derechos humanos”, así como el debate y las audiencias públicas del juicio, constituyen un muy relevante material informativo que los medios hegemónicos ocultaron por completo a la ciudadanía.

Más recientemente, con fecha 26 de marzo de 2021, fue la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) la que se pronunció sobre la cuestión en estos términos:

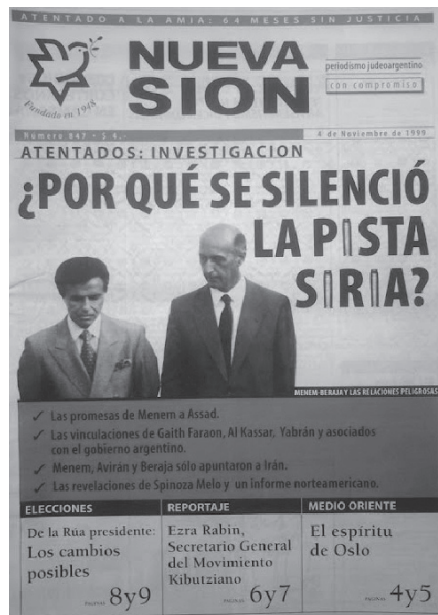
“Respecto al proceso llevado a cabo por el Juzgado Federal Nro. 9, con base en la prueba disponible, la Comisión concluyó que los órganos estatales a cargo de la investigación cometieron graves irregularidades. Al respecto, se observó que la deficiente preservación de la escena del crimen y la interrupción irracional de determinadas líneas lógicas de investigación. Asimismo, observó el desembolso, por parte de las autoridades judiciales y de inteligencia, de una importante suma de dinero proveniente de los fondos reservados de la Secretaría de Inteligencia del Estado (SIDE) al entonces único imputado en la causa para que este incorporase información, a la causa, que pudiera construir una hipótesis acusatoria sin sustento.

La CIDH razonó que la conducta de las autoridades a cargo de la investigación –especialmente en las diligencias iniciales y aquellas a cargo del Juzgado Federal Nro.9– en vez de impulsar seriamente la investigación y la sanción de los responsables, incurrió en serias falencias, irregularidades y desvío deliberado de la investigación por más de ocho años. La prosecución de una hipótesis acusatoria fabricada por funcionarios estatales solo fue posible a partir de una actuación carente de imparcialidad por parte del juez a cargo de la instrucción y se convirtió en un factor que ocasionó que no se investigaran las verdaderas causas del atentado y todas las responsabilidades involucradas. La Comisión concluyó que estas conductas y omisiones representan actos de encubrimiento deliberado y constituyen la principal razón por la cual el atentado permanece impune a la fecha” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021. “La CIDH presenta caso sobre Argentina ante la Corte Interamericana”)

Pero para los medios hegemónicos y “Clarín” en particular, nada de esto fue noticia relevante.

Una primera conclusión es evidente: ese desvío deliberado de la investigación contó con el acompañamiento del principal grupo mediático, que de allí en más ha procurado disimular su propio papel. Luego, además impulsó sustituir a los reales encubridores por políticos del arco kirchnerista, aparecidos en el escenario muchos años después de los hechos., como se refiere más adelante, criminalizándolos con la potencia de toda su red audiovisual respecto de la masacre impune de la AMIA.

Entretanto, la dificultosa búsqueda de la verdad quedó a lo largo de los años por fuera de los medios concentrados, limitada a unos pocos medios comunitarios o sectoriales:



"Nueva Sión", tapa, 4 de noviembre de 1999.

En este medio expusieron muy tempranamente sus advertencias, en el mismo año del atentado (1994) los periodistas Rogelio García Lupo y Joe Goldman (“¿Por qué no aparecen los culpables?”, “Nueva Sión”, 9 de diciembre de 1994, págs. 10 y 11”). En ese entonces, también el periodista de investigación Carlos Juvenal se encontraba profundizando esa línea, hasta que sorprendió su prematura muerte (1996).

Pero la prensa hegemónica funcionaba como correa transmisora de todo tipo de maniobras de distracción.

La articulación de actores de los procesos judiciales y los servicios de inteligencia con los medios de comunicación para instalar temas y ocultar otros tuvo a lo largo del tiempo momentos memorables. Uno de ellos, fue relatado por este autor en un libro ofrecido como prueba en el juicio por el encubrimiento del atentado por las querellas del Ministerio de Justicia y de “Memoria Activa”. Ocurrió en octubre de 2001, poco después del atentado a las Torres Gemelas, cuando los encubridores urdieron una maniobra para desviar la atención de las comprometedoras revelaciones sobre detalles del pago clandestino con fondos de la SIDE al preso Telledín para comprarle una declaración falsa. Por esos días, se estaba reconstruyendo lo sucedido con el pago ilegal. Para entretener al público y desviar la atención –lejos de la verdadera red mafiosa– varios operadores no tuvieron mejor idea que “descubrir” nuevas pruebas que adjudicaban al atentado a la AMIA a la red de Osama Bin Laden, versión que rápidamente se esparció por los grandes medios (Lutzky, “Brindando sobre los Escombros”, pág. 216/9).



“La Nación”, tapa del día 19 de octubre de 2001.

Además de los mencionados García Lupo, Joe Goldman y Juvenal, otra notabilísima excepción a la política de silenciamiento y distracción en los medios hegemónicos fue el periodista de investigación Jorge Urien Berri que escribió en el diario “La Nación” numerosas notas con rigurosa información sobre el contrabando de armas, la voladura de la fábrica militar de Río Tercero, la muerte de la testigo Lourdes di Natale y causas vinculadas. Y sobre la causa AMIA, en similar sentido a lo denunciado por García Lupo y Joe Goldman. Hasta que “La Nación” obturó por completo la posibilidad de publicar notas en esa dirección.

No obstante, escribió Urien Berri con motivo de la publicación del libro “Brindando sobre los Escombros” (Lutzky, 2012):

“¿Por qué nadie podía apartarse del dogma que erigía a Irán como único responsable y excluía meticulosamente el papel de Siria y los sirios íntimos del menemismo? ¿Por qué era una herejía concebir la activa participación de argentinos? ¿Por qué las dos mayores entidades judías defendieron la desastrosa labor de Galeano y sus fiscales, hoy procesados, labor que incluyó apremios y amenazas a testigos y el pago de declaraciones?”

Esta valiente y muy documentada investigación de Lutzky trae las respuestas en momentos en que se vive un interesado olvido de las peores carnicerías desde el retorno de la democracia. La justicia ha permitido la impunidad para los tres atentados ocurridos durante el menemismo. Las investigaciones de las voladuras de la embajada de Israel en 1992, de la AMIA en 1994 (el próximo miércoles 18 se cumplirán 18 años) y de Río Tercero en 1995 se encuentran técnicamente con vida, pero con una vida vegetativa en lo que hace a la búsqueda de la verdad real” (Urien Berri, “Un caso irresuelto”, La Nación, 13 de julio de 2012). Cabe destacar que la nota de Urien Berri fue publicada en la menos controlada sección de libros y cultura del periódico, mientras que en política y judiciales nada de esto era ya reflejado por el medio.

Segunda parte

La red de encubrimiento involucra por acción o por omisión a referentes de la “familia judicial” domiciliada en los tribunales de Comodoro Py, y al principal grupo mediático del país, con el acompañamiento de una parte de la dirigencia judía que fue sostén de las maniobras perpetradas por el ex juez Galeano a instancias del gobierno de Menem. Todos ellos encontraron en el *lawfare* desatado con la denuncia del fiscal Alberto Nisman contra el gobierno de Cristina Fernández de Kirchner y con la muerte del fiscal la ocasión de ocultar más aún su propia actuación y a la vez sentar en el banquillo de los acusados a un gobierno “populista” que ponía en riesgo oscuros pactos, negocios fabulosos y privilegios descomunales.

Ese entramado contaba con la protección de la embajada de los Estados Unidos, tal como quedó de manifiesto en la edición dominical del diario *Página/12* del 27 de febrero

de 2011, con la difusión de un cable de esa embajada emitido el 22 de marzo de 2008, obtenido por *Wikileaks*. El cable señalaba que funcionarios norteamericanos habían “recomendado” en numerosas oportunidades al fiscal Alberto Nisman que se concentrara en investigar a los perpetradores del atentado a la AMIA y que no lo hiciera respecto de los que cometieron irregularidades en la investigación, es decir Menem, Galeano, Anzorreguy y Palacios entre otros.

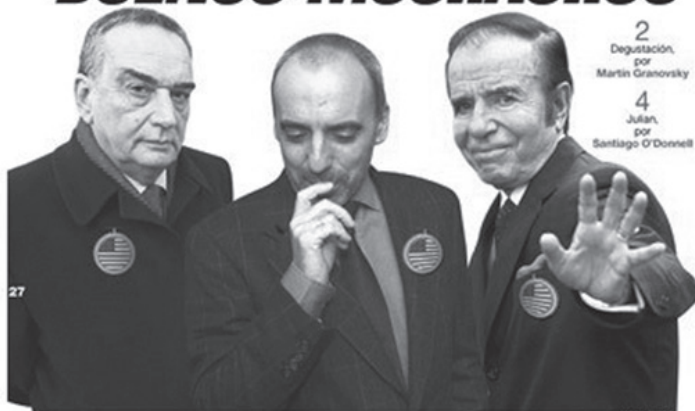


Página 12

WIKILEAKS EN **Página12**

Estados Unidos presionó para que la Justicia argentina no avance con la investigación del encubrimiento al atentado a la AMIA, que terminó con el procesamiento del ex presidente Menem, el ex juez Galeano y el comisario Jorge “Fino” Palacios, entre otros.

BUENOS MUCHACHOS



2
Degustación,
por
Martín Granovsky

4
Julán,
por
Santiago O'Donnell

CHAT
Una crítica de 14 años que se había pasado con sus padres en Villa María, Córdoba, acepta el ofrecimiento de “una villa nueva” que le ofrece un amigo del chat. Voto a Buenos Aires y al amigo, un tatarío cuarentón, lo encasilló en un hogar del Once. El animal, tarde a la noche, lo llevó la policía, que también arrestó al tatarío bajo cargos de “robo impagado”.

6
Agua bendita, por
Horacio Verbitsky

Voto unánime para investigar la represión de las protestas
La ONU sancionó a Khadafi

10
Vaya días,
por Mario Wainfeld

Llegó la noche de los Oscar
A comprar pochoclo

Página 12, tapa del 27 de febrero de 2011.

Las bochornosas revelaciones explicadas por el periodista Raúl Kollmann, que identificaron además a un asesor de la DAIA en reuniones de “esclarecimiento” sobre la causa AMIA en la embajada norteamericana, tendrían su respuesta no menos resonante a través de una fuerte denuncia del periodista Pepe Eliashev en el diario “Perfil” del 26

de marzo de 2011, bajo el categórico título “Argentina negocia con Irán dejar de lado la investigación de los atentados”, y la volanta de aclaración: “a cambio de mejorar las relaciones comerciales”. El periodista citó en forma imprecisa un presunto documento “clasificado” entregado por el ministro de Relaciones Exteriores de la República Islámica de Irán, Alí Akbar Salehi, al presidente Mahmud Ahmadineyad, infiriendo que el supuesto acuerdo fue negociado por el Canciller argentino Timerman con intermediación siria dos meses antes, en la visita de Timerman a Siria los días 23 y 24 de enero de 2011. “Según las conclusiones de la inteligencia iraní, que hace suyas la cancillería de Teherán, el gobierno argentino habría renunciado a llevar ante la justicia al actual ministro de Defensa, Ahmad Vahidi, y otros funcionarios iraníes sospechados de complicidad en esos episodios terroristas”, sostuvo Eliashev, quien no olvidó referirse a “la sorprendente sentencia exculpatoria de la conexión local emitida por el Tribunal Oral Federal Número 3”, sentencia por la cual los jueces en realidad desnudaron las vergonzosas actividades de destrucción de pruebas y de sembrado de evidencias falsas. El impactante artículo de tapa publicado en “Perfil” tuvo enorme repercusión (Eliashev, José, 26 de marzo de 2011. “Argentina negocia con Irán dejar de lado la investigación de los atentados”, “Perfil”).

Apenas Eliashev publicó su nota en “Perfil” -donde manifestó haber visto un documento secreto interno de la cancillería iraní, en inglés (siendo que el presunto original no pudo ser redactado sino en farsi), el fiscal Nisman la desestimó con palabras durísimas. Ante la consulta que el periodista Hernán Dobry le hizo a Nisman cuando se estaba distribuyendo el periódico, el fiscal calificó el planteo de Eliashev de que se dejaría de lado la investigación y caerían las alertas rojas, como “absolutamente descabellado, absurdo, y además de imposible cumplimiento”. Explicó que no le sorprendía “que los iraníes (ellos, internamente), puedan plantear algo así”, pero no le atribuyó el menor valor. El Poder Judicial aquí se maneja por sus carriles, y el Ejecutivo por otros, dijo. Agregó que “hacía tiempo que no leía algo tan disparatado”, y valoró enormemente todo lo que venía haciendo el gobierno nacional, incluyendo la propuesta de “juicio en un tercer país” (que el fiscal Pollicita, en su posterior acusación contra CFK, en cambio luego encuadrará como parte de su descripción de la “maniobra encubridora”).

“Supongamos –por vía del absurdo– que el gobierno quisiera dejar de lado la investigación: es materialmente imposible (...) es de locos, no tiene ningún tipo de lógica”, señaló Nisman en más de una oportunidad, insistiendo en “el apoyo que siempre hemos tenido del Poder Ejecutivo”. Disgustado, señaló que “los iraníes pueden decir cualquier cosa, pero de ahí a creer que el Poder Ejecutivo puede dejar de lado una investigación, que me van a decir a mí, o al juez, y uno va a obedecer...” (Audio de la entrevista: https://www.youtube.com/watch?v=CXLFSMc0Q8Q&feature=emb_logo)

Unos años después, en otro contexto geopolítico nacional e internacional, Nisman basará gran parte de su denuncia contra CFK en ese mismo artículo que antes calificó de “disparatado”, citándolo ahora en su escrito una y otra vez como fuente de su acusación.

Lo cierto es que lo denunciado en el periódico "Perfil" por Eliashev fue muy distinto de lo declarado por el periodista judicialmente, con un testimonio completamente inconsistente.

El Juez Federal Daniel Rafecas, que intervino en la causa por la denuncia de Nisman, analizó la declaración judicial del periodista en los siguientes términos, que evidencian la diferencia entre lo instalado mediáticamente y la verdad del expediente. Consignó Rafecas, al desestimar la denuncia de Nisman:

"Pasemos entonces en limpio lo que vio el citado periodista:

Eliashev fue rápidamente convocado por la Fiscalía AMIA para que dé cuenta de sus dichos. Así, el 28 de abril de 2013, Eliashev prestó declaración testimonial ante el Dr. Nisman. A primera vista, la extensión del acta, de doce fojas, permite abrigar al lector, expectativas acerca de la clarificación de muchos puntos y aspectos desarrollados en el ámbito periodístico. Se imponía preguntarle al testigo no sólo por su fuente (como sí se hizo), sino también al menos de qué nacionalidad era su fuente; en dónde tomó contacto con dicha fuente; de qué país provenía el informe redactado en inglés al que tuvo acceso (ya que no era propiamente el original); si la traducción al inglés era de origen o posterior; si el "informe secreto" tenía algún membrete o escudo oficial; si tenía la fecha; si tenía firma y sello (más allá de la identidad de quien firme); si el testigo copió textual la frase que aparece entrecomillada en la nota periodística o si fue una reconstrucción de su memoria o su propia interpretación o deducción de lo que allí decía; cuánto tiempo tuvo a la vista dicho informe (ya que evidentemente no obtuvo una copia); por qué sostiene que es la inteligencia iraní la que se pronuncia en el informe si en la misma nota dice que habría sido personal de la cancillería de ese país la que lo redactó; si las palabras empleadas habrían sido textuales de la parte argentina o si fue una interpretación o deducción de la contraparte iraní; si el que redactó ese informe secreto asistió a la reunión o se lo transmitieron...

Lamentablemente, nada de esto pudo despejarse en la declaración testimonial". (...)

"Es más, lo poco que va a expresar al respecto, no sólo no va a aclarar ninguno de aquellos interrogantes, sino que van a traer más zozobra e incertidumbre sobre qué es lo que vio el periodista. (...) Algo más adelante, se le va a preguntar "si puede aportar los cables a los que hizo referencia", a lo que respondió: "yo no puedo aportar sino lo siguiente: la revelación de las reuniones del ministro Timerman con las autoridades sirias llegaron a mis manos, no en idioma farsi sino en idioma inglés. Yo soy perfectamente bilingüe con el idioma inglés...".

"Luego se le preguntó "cómo le llegó ese cable y en qué idioma se encontraba, a lo que respondió: "por lo pronto le digo que no se trata de un cable", y más adelante agregará sobre el punto: "de qué sorprenderse de que un documento, obviamente escrito en la lengua nativa de los iraníes, el farsi, se filtre, se traduzca a otros idiomas, hay muchas hipótesis, francés, inglés, alemán, hebreo, y la información traspasa las fronteras iraníes. Sobre el tema documentación es todo lo que puedo decir" (fs. 131.192).

Ahora bien, vayamos a la cuestión central. Al respecto, el testigo dijo:

"Mi artículo reporta un informe de la cancillería iraní al presidente Ahmedinejad, un típico «paper» intergubernamental, donde el responsable de las relaciones exteriores del régi-

men de ese país le sugiere al presidente que en virtud de los elementos de juicio que maneja la cancillería iraní, corresponde avanzar en un acuerdo importante con la Argentina porque la cancillería iraní dice, ellos lo dicen, están dadas las condiciones para que los argentinos decidan dar vuelta de página en las relaciones argentino-iraníes” (fs. 131.192).

Esto que declara bajo juramento Eliashev, es claramente distinto a lo que afirmó en su nota periodística.”

Así fue que, prescindiendo de pruebas, la denuncia del fiscal Nisman y la prensa instalaron una verdad que no necesita comprobación: el gobierno de Cristina negoció la impunidad del crimen de la AMIA a cambio de mejorar intercambios comerciales.

Los usos del caso Nisman

La denuncia de Nisman fue utilizada por grupos de poder a nivel internacional que impulsaron la estigmatización de Cristina Kirchner y su canciller Héctor Timerman presentándola como aliada a los sospechosos iraníes. Esa campaña fue motorizada por entidades vinculadas a los “fondos buitres” (que presionaban por el pago total e incondicionado de sus bonos argentinos) así como por núcleos del partido republicano de EEUU y de la derecha israelí, alineados en pos de accionar en todos los terrenos contra la República Islámica de Irán y sus planes nucleares. “Según Cristina, los Buitres hacían campaña con el Memorando de entendimiento de la República Islámica de Irán y con la Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA). En este sentido, recordó que en los principales diarios europeos se publicaba una imagen que la mostraba junto al entonces presidente Mahmud Ahmadineyad bajo el lema “Un pacto con el diablo” (Kirchner, Cristina: “Los fondos buitres hicieron campaña contra nosotros con el memorando con Irán”. *ambito Financiero*, 16 de julio de 2021).

En ese propósito, se instaló mediáticamente de inmediato y sin pruebas que Nisman fue asesinado, y que lo fue como consecuencia de su denuncia contra Cristina.

El efecto de esa campaña en una considerable porción del electorado argentino fue palpable. Y su incidencia en el resultado de las elecciones que dio por ganador a Mauricio Macri, innegable.

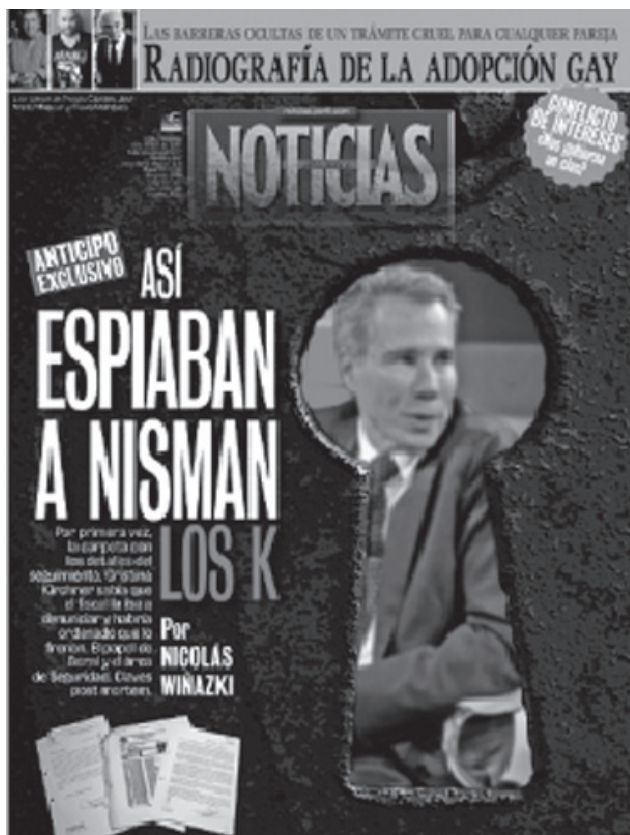
Esta ponencia no profundizará en la campaña mediático-judicial orquestada para criminalizar al gobierno de Cristina por la firma del memorándum de entendimiento con Irán, con la falsa acusación de acordar levantar las alertas rojas sobre los imputados iraníes y con la adjudicación de responsabilidad en la muerte de Nisman, por exceder el marco propuesto y la extensión posible.

Pero daremos un ejemplo de esa utilización que nos obligó con la periodista Miriam Lewin a salir a desmentir una operación encabezada por el periodista Nicolás Wiñazki

del grupo “Clarín”, replicada por otros medios. Se trató de la falsificación informativa de un caso que trabajamos con Lewin sobre el espía de la Policía Federal infiltrado en instituciones judías, investigación de largos años que volcamos en un libro publicado a fines de 2015 (Lewin y Lutzky, “Iosi, el espía arrepentido”, Sudamericana: 2015).

Wiñazki publicó en marzo de 2017 un libro que tituló “Fueron por todo”. El libro se centraba en una versión falsa y distorsionada de la historia del espía Iosi Perez, que además Wiñazki la presentaba como si fuera una novedad., ignorando nuestra investigación. Su versión inventada cambiaba la realidad de los hechos y utilizaba el caso del espía Iosi para culpabilizar a Cristina y a miembros de su gobierno –una vez más– de involucramiento en el supuesto asesinato de Nisman.

Rápidamente fue tema central de varios medios.



Tapa revista “Noticias” N° 2097.

Publicamos con Miriam Lewin una columna sobre la operación de Wiñazki en el diario “Página/12”:

“Para nuestra sorpresa, la historia del espía José Alberto Pérez (Iosi) aparece en un papel relevante en el libro de Nicolás Wiñazki. En su versión, Nisman le dio una enorme

importancia a losi y, además, prácticamente le atribuye al fiscal el haberlo encontrado. La realidad es completamente diferente. Nisman nunca habló con losi, no estuvo en su declaración como testigo y tampoco es que le dió un papel central en la historia porque ni siquiera lo incluyó en el texto de denuncia contra CFK, Timerman y los demás. Las inexactitudes de Wiñazki son llamativas (...). Wiñazki afirma que Nisman estaba investigando que los K "sabían" de la historia de losi "y la ocultaron". Y que, entonces, "esas pruebas investigaba el fiscal de la AMIA cuando apareció muerto". La realidad es que no hay ni una letra sobre losi en su denuncia y losi no fue mencionado por Nisman en ninguna entrevista concretada en los días previos a su muerte. (...) fue llevado de urgencia por nosotros a la UFI AMIA, para solicitar su inclusión como testigo protegido. Nisman no se encontraba en la fiscalía ese viernes. Estaba de "licencia por enfermedad" y cuando pudimos hablar por teléfono con él invocó un fortísimo estado gripal. Pese a la importancia del tema, que Wiñazki acentúa en su libro, no se presentó en las largas horas que Pérez permaneció en la fiscalía. Primero, prestando declaración y luego esperando que lo buscaran -ya de noche- del Programa Nacional de Protección de Testigos e Imputados para abandonar su hogar y ser llevado a un lugar desconocido. Tampoco Nisman procuró ampliar los dichos de Pérez en los días siguientes y no llegó nunca a conocerlo personalmente ni lo consultó en absoluto hasta su muerte, seis meses después". (Lewin y Lutzky, "La historia de losi". "Página 12", 26 de marzo de 2017)

Dos años después, Wiñazki volvió a la carga en "Clarín" con la misma versión falsa, dando lugar a un nutrido intercambio directo con este autor en las redes, que incluyó exhibición de los documentos que desmienten al autor de "Fueron por todo" (<https://twitter.com/horaluz/status/1103280674587529217?s=20>).

La desautorización por esa vía de las falsedades del periodista de "Clarín" fue reflejada por el medio digital "El Destape" ("Wiñazki publicó un supuesto espionaje a Nisman y fue desmentido con fuertes pruebas", "El Destape", 6 de marzo de 2019).

Pese a las categóricas evidencias sobre la falsedad de su información, Wiñazki jamás la rectificó públicamente.

La prédica criminalizadora de "Clarín" no necesitaba de pruebas: sostenía incriminaciones como verdades para ser seguidas por funcionarios judiciales.

En ese camino, el medio llegó a publicar con meses de anticipación la dirección y resultado de una pericia que aún no había siquiera comenzado ("Nuevas pericias oficiales sostendrán que a Nisman lo asesinaron". "Clarín", 29 de mayo de 2017).

Como conclusión de todo lo expuesto, puede afirmarse que para los medios hegemónicos el objetivo se encuentra prefijado de antemano. En ese cometido, la masacre impune de la AMIA, por su dolorosa potencia estigmatizante y proscriptiva, fue y continúa siendo utilizada como arma de destrucción política, con total desapego por la verdad.

Referencias

- Blanck, Julio.** "El fiscal que denunció a Cristina por la AMIA- Nuevas pericias oficiales sostendrán que a Nisman lo asesinaron". "Clarín", 29 de mayo de 2017. https://www.clarin.com/politica/nuevas-pericias-oficiales-sostendran-nisman-asesinaron_0_S1ONVz8WZ.html
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos.** 2021. "La CIDH presenta caso sobre Argentina ante la Corte Interamericana" <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/075.asp>
- "El Destape", 6 de marzo de 2019. "Wiñazki publicó un supuesto espionaje a Nisman y fue desmentido con fuertes pruebas", <https://www.eldestapeweb.com/nota/winazki-publico-un-supuesto-espionaje-a-nisman-y-fue-desmentido-con-fuertes-pruebas-2019-3-6-15-10-0>
- Eliashev, José.** "Argentina negocia con Irán dejar de lado la investigación de los atentados. "Perfil", 26 de marzo de 2011. <https://www.perfil.com/noticias/politica/el-gobierno-negocia-un-pacto-secreto-con-iran-para-olvidar-los-atentados-20110326-0004.phtml>
- Fundamentos de fecha 3 de mayo de 2019 del veredicto dictado el 28 de febrero de 2019 por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 en la causa Nro. 1906 "Galeano, Juan José y otros s/ inf. arts. 261, 269, 144 bis, 149 bis y 293 del CP".
- Kirchner, Cristina: "Los fondos buitres hicieron campaña contra nosotros con el memorando con Irán". "Ambito Financiero", 16 de julio de 2021. <https://www.ambito.com/cristina-fernandez-kirchner/cristina-kirchner-los-fondos-buitres-hicieron-campana-contra-nosotros-el-memorando-iran-n5224775>
- Kollmann, Raúl.** "Buenos Muchachos". "Página 12", 27 de febrero de 2011 <https://www.pagina12.com.ar/diario/principal/diario/index-2011-02-27.html>
- Lewin, Miriam y Lutzky, Horacio.** (2015). "Iosi, el espía arrepentido", (Buenos Aires, Sudamericana).
----- "La historia de Iosi". "Página 12", 26 de marzo de 2017. https://www.pagina12.com.ar/27984-la-historia-de-iosi?gclid=CjwKCAjw7rWKBhAtEiwAJ3CWLlkxtxtbJOhB5lxgmHx8vFw48zZcSLUTq4ZmGcyHzBrOeuSWuUml8BoCvGIQAvD_BwE
- Lutzky, Horacio.** "¿Porqué se silenció la pista siria?". "Nueva Sión", 4 de noviembre 1999. <https://ufdc.ufl.edu/AA00058024/00038>
- "Caso AMIA: La deuda interna", 2003. (Buenos Aires, Fundación Mordejai Anilevich).
- "Clarín" y la Causa AMIA. "Puede Colaborar-Periodismo Impuro", de Yomal Gerardo, 5 de abril 2010. <http://puedecolaborar.blogspot.com/2010/04/pista-siria-ni-una-linea-entapa.html>
- "Brindando sobre los Escombros. La dirigencia judía y los atentados: entre la denuncia y el encubrimiento", 2012 (Buenos Aires, Sudamericana).
- "El Laberinto AMIA" . "Buenos Aires Herald", 17 de julio de 2017. <https://web.archive.org/web/20170721225212/http://www.buenosairesherald.com/article/226348/el-laberinto-amia>. Originariamente en: <http://www.buenosairesherald.com/article/226348/el-laberinto-amia>

----- . "Relacionan el atentado a la AMIA con el Irangate y la venta ilegal de armas a Croacia", "El Litoral", 17 de julio de 2017. www.ellitoral.com/index.php/id_um/152084-relacionan-el-atentado-a-la-amia-con-el-irangate-y-la-venta-ilegal-de-armas-a-croacia-entrevista-a-horacio-lutzky.html

----- . "Periodismo duty free y animales sueltos", en "lacausamia.blogspot.com". : <https://lacausamia.blogspot.com/2019/03/periodismo-duty-free-y-animales-sueltos.html#more>

Neuman, Elías. "El dolor y la memoria", "Nueva Sión" N° 784 del 19 de agosto de 1994, pág. 7. <https://ufdc.ufl.edu/AA00058024/00084/7x>

"¿Por qué no aparecen los culpables?". "Nueva Sión", 9 de diciembre de 1994, págs. 10 y 11. <https://ufdc.ufl.edu/AA00058024/00080/10j>)

Polémica entre Wiñazki y Lutzky, 6 de marzo 2019. <https://twitter.com/horaluz/status/1103280674587529217?s=20>

Santoro, Daniel. "Pruebas pesadas contra Cristina, en medio de una "guerra" de espías". "Clarín", 15 de enero 2015. https://www.clarin.com/politica/amia-nisman-kirchner-encubrimiento_0_r13ZII5Dmg.html

----- . "Las incongruencias de la ex presidenta - El show de Cristina en el juicio por la AMIA II". "Clarín", 6 de diciembre 2016. https://www.clarin.com/politica/show-Cristina-juicio-AMIA-II_0_HyqAdtmQl.html

Urien Berri, Jorge. "Un caso irresuelto", La Nación, 13 de julio de 2012. <https://www.lanacion.com.ar/cultura/un-caso-irresuelto-nid1489617/>)

Wiñazki, Nicolás. "Fueron por todo", 2016. (Buenos Aires, Sudamericana).

----- . "La carpeta blanca: cómo espía el gobierno de Cristina al fiscal Nisman y a su familia". "Clarín", 4 de marzo 2019. https://www.clarin.com/politica/carpeta-blanca-espia-gobierno-cristina-fiscal-nisman-familia_0_TirDZY2dk.html

www.lacausamia.blogspot.com

Yomal, Gerardo. Entrevista a Carlos Juvenal. "Entre Monzer al Kassar y 'Buenos Muchachos' ". "Nueva Sión" 14 de octubre 1994, págs. 6 y 7 <https://ufdc.ufl.edu/AA00058024/00082/6j>

Zito Lema, Vicente y Yasenza, Conrado. Reportaje a Gabriel Levinas. Revista "La Maga". 26 de agosto 1998.

LUIS EMANUEL AMADEO* - BRUNO BAGNARELLI**

El plan de cooptación del sistema judicial entre diciembre de 2015 y diciembre de 2019

"... En el fondo, lo que discutimos es una cuestión de seguridad jurídica, si por ella se entiende la previsibilidad de las decisiones jurisdiccionales, es decir, la seguridad que tenga el habitante de la Nación respecto de la licitud o ilicitud de su comportamiento, de su ámbito de libertad social y de lo que decidirán eventualmente los tribunales de la república."

Eugenio Raúl Zaffaroni – Prólogo del libro "Justicia a la Carta"

Introducción

Podemos afirmar, sin riesgo a equivocarnos, que en los últimos años el sistema judicial argentino ha sufrido una gravísima degradación institucional. Esto no solo no constituye una situación deseable para un Estado de Derecho virtuoso, sino que además lo ubica en una situación de debilidad y peligro, pues su razón de ser, que es la búsqueda del bien común, se encuentra en jaque.

Entonces, la primera pregunta que nos surge es: ¿Por qué y cómo ha ocurrido esto? Por supuesto que la respuesta es compleja y tiene múltiples aristas, pero consideramos

(*) Luis Emanuel Amadeo es abogado, graduado de la UNLP, Presidente de Ajus La Plata Berisso y Enseñada Asociación Civil, Experto en derecho migratorio; se desempeña como enlace entre el (Sistema de Investigación Criminalística – Procuración General de la Provincia de Buenos Aires, el Ministerio Público Fiscal y la Dirección Nacional de Migraciones; obtuvo la Diplomatura en Derecho Procesal Penal, dictada por el Instituto de Derecho Procesal Penal del Colegio de Abogados La Plata;

(**) Bruno Bagnarelli, es abogado, graduado de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Experto en Cooperación Internacional para el Desarrollo Humano Sostenible, por la Universidad Camilo José Cela de Madrid. Es Docente de Derecho de la Seguridad Social en la carrera Relaciones del Trabajo de la Universidad Nacional Arturo Jauretche. Ha dictado y participado de múltiples cursos, seminarios, diplomaturas y congresos nacionales e internacionales, y publicado diversos artículos y un libro. También es miembro activo de asociaciones académicas y profesionales.

que la parte central de la problemática se halla en las intromisiones, las presiones y los ataques que ha sufrido el Sistema Judicial de nuestro país, a partir de la asunción de la coalición política Cambiemos a la presidencia del país, en diciembre de 2015.

Este accionar ilegítimo, no se ha circunscripto a una acción individual, a un caso en particular, o a un fuero definido, sino todo lo contrario, constituyo en su accionar una tarea pensada y metódica que se replico en todos los ámbitos jurisdiccionales de nuestro país, configurando de esta manera un sistema judicial al servicio de las necesidades del Poder Ejecutivo, estableciendo, por medio de la sanción, la persecución, el castigo, el hostigamiento, las intimidaciones, los traslados hacia todo aquel que intentara oponerse a los intereses de aquel, e incluso las designaciones ilegales de jueces, su voluntad.

Frente a este oprobioso panorama, podemos afirmar que el actuar de las diversas instituciones jurídicas de nuestro país se encontraba imposibilitado de funcionar de manera imparcial, y por tanto, impedido de impartir justicia conforme a los principios y valores que establece nuestro complejo entramado jurídico, tanto nacional como internacional.

Considerando lo anterior, hemos establecido como objeto principal de este trabajo exponer porque consideramos que en la República Argentina, durante los años 2015 al 2019, existió un Plan Sistemático y Estructural de Cooptación del Sistema Judicial argentino por parte de la alianza política Cambiemos, en connivencia con los medios hegemónicos de comunicación.

Antes de continuar, es importante resaltar que el origen de esta idea, es decir, aquella que propone que existió en nuestro país un "Plan Sistemático y Estructural de Cooptación del Sistema Judicial", es producto del estudio y desarrollo académico y teórico realizado, entre otros autores por quienes escriben esta ponencia, por también por la experiencia surgida a partir de las acciones de incidencia colectiva que se realizaron desde la ONG AJUS La Plata, Berisso y Ensenada Asociación Civil, en busca de proteger la independencia y protegerlo de las injerencias indebidas de aquel Poder Ejecutivo. Toda la experiencia adquirida en la litigación, más los análisis académicos, dieron lugar a una denuncia ante el Relator Especial sobre Independencia de los Magistrados y Abogados de las Naciones Unidas, contando con la adhesión de las más importantes organizaciones de derechos humanos de Argentina⁽¹⁾ en donde acordaron en la existencia del citado Plan Sistemático y Estructural, y la necesidad de que el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos intervenga, para que quienes estaban perpetrando

(1) La denuncia contó con las adhesiones de las organizaciones de derechos humano Abuelas de Plaza de Mayo Asociación Civil, Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH), Asociación Civil Liga Argentina por los Derechos del Hombre(LADH), Asociación Civil Madres de Plaza de Mayo Línea Fundadora, Asociación Civil Hijos e Hijas por la Identidad y Justicia contra el Olvido y el Silencio (H.I.J.O.S.), Familiares de Desaparecidos y Detenidos por Razones Políticas, y la Asociación Argentina de Juristas (AAJ).

do semejante perturbación al Estado de Derecho, se abstengan de hacerlo y presenten informes respecto de lo hecho hasta ese momento.

La denuncia, realizada frente al mencionado Relator, el Dr. Diego García Zayan, ha tenido como respuesta un contundente pedido de informes al Estado Argentino por parte de éste, motivada principalmente en la existencia de un "...plan sistemático y estructural de amedrentamiento al Poder Judicial de la República Argentina por parte del Poder Ejecutivo Nacional, mediante intimidaciones, traslados y designaciones ilegales de jueces".⁽²⁾

Claro está que la intención de burlar el principio de división de poderes no es original, mucho menos novedosa. Una prueba cabal de esto es la historia moderna de nuestro país, quien ha sido víctima, múltiples veces, de terribles y cruentos golpes de estado e interrupciones de la democracia, persecuciones, torturas, asesinatos, desapariciones forzadas de personas y genocidio. El objeto de estos inaceptables e ilegítimos actos ha variado a lo largo del tiempo y de los diversos procesos, pero el camino ha sido siempre el mismo: hacerse del poder por la fuerza, acumularlo y ejercerlo sin control ni contrapeso, siempre de espaldas a la ciudadanía y a favor del Mercado.

Pero, lo que lo hace especialmente paradigmático y reprochable al Plan Sistemático y Estructural del Cooptación del Sistema Judicial que hemos denunciado y descripto ante instancias internacionales, es que el mismo fue realizado en el marco de un orden democrático, encuadrado dentro de lo que la academia ha denominado "*Lawfare*" o golpe blando, lo cual importa la utilización selectiva del sistema judicial de un país determinado, con el objeto, principalmente, de perseguir y anular a las alternativas políticas distintas a la que ejerce el poder. La otra cara de este mismo fenómeno, es el uso irregular del sistema judicial con el objeto de garantizar la impunidad de quien ejerce el poder, evitando que este se someta a la decisión de una justicia imparcial e independiente, aun habiendo cometido delitos y/o acciones jurídicamente reprochables.

La alianza política Cambiemos buscó, desde el momento mismo de su llegada al gobierno, establecer un "sistema judicial a la carta". Lejos de procurar la imparcialidad de sus jueces o reforzar la calidad institucional de la magistratura, se desplegaron un sinnúmero de prácticas tendientes a obtener un escudo judicial que protegiera sus decisiones políticas.

Este plan se expresó en la designación de jueces en la Corte Suprema por decreto, en la manipulación del Consejo de la Magistratura, en el ataque a jueces que según el gobierno de ese momento no comulgaba con sus ideas o fallaban en contra de medidas que eran consideradas claves para la política económica oficialista, y en la designación arbitraria de jueces afines.

(2) Naciones Unidas, Relatoría Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Solicitud de informes a la República Argentina, 1 de noviembre de 2019 disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2019/11/miscelaneas48312.pdf>

Un plan que, según las palabras de Eugenio Raúl Zaffaroni, Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, «...no hace más que retratar los restos de algunas vigas maestras de nuestro parcialmente demolido Estado de derecho»⁽³⁾. Enfatizamos que la denuncia del plan sistemático y estructural desarrollado durante el gobierno de Mauricio Macri, en forma ilegítima y de espaldas a la ciudadanía, no puede, ni debe, quedar impune.

Finalmente proponemos señalar, de forma esquemática y a partir de la mención de una selección de casos, las razones por las cuales podemos definir que lo desarrollado en Argentina es un Plan Sistemático y Estructural, y las razones por las que se ha buscado respuestas en el Sistema Internacional de Derechos Humanos.

Consideraciones conceptuales

Ahora bien, antes de continuar, corresponde realizar algunas aclaraciones previas respecto de la división de poderes y su importancia en nuestro sistema jurídico y político, como también de los estándares internacionales involucrados en la presente ponencia.

Si bien no es objeto de este trabajo hacer un análisis histórico del sistema de división de poderes, si debemos hacer un brevísimo resumen conceptual respecto de este tópico: el esquema tradicional -y actual- de la división de poderes se ha basado en la división para el ejercicio del mismo en tres grandes poderes institucionales distintos: el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial, reservando cada uno de ellos funciones propias y de control mutuo.

En este sentido, al buscar que la acumulación del poder no caiga en unas pocas manos y de esta manera, quien lo ejerza, no pueda actuar de forma desproporcionada y abusiva, el principio de división de poderes es por demás trascendente para la vida democrática y republicana de una sociedad, pues se relaciona íntimamente con la vigencia del estado de derecho y las garantías individuales de sus habitantes.

Por su parte, es importante remarcar que consideramos que el correcto funcionamiento de sistema de división de poderes, en el marco de una república representativa y democrática como la nuestra es una garantía necesaria para el normal desempeño y vigencia del Estado de Derecho.

Como decíamos, lo que busca este principio no es otra cosa que limitar la innecesaria acumulación de poder en pocas manos, y el equilibrio en el ejercicio de éste mediante una serie de pesos y contrapesos. En la actualidad, este simple pero potente principio institucional, está ampliamente receptado por los ordenamientos jurídicos que dan forma a los más modernos y justos Estados de derecho.

(3) Desojo, E; Bagnarelli B.; "Justicia a la Carta". Prologo. Edit. CLACSO - Edulp (Universidad Nacional de La Plata). Buenos Aires. Julio de 2020.

En este sentido, en nuestro sistema jurídico interno este principio se expresa en múltiples y variadas normas, que tanto el constituyente como el legislador han elaborado y dictado a lo largo de los años. Sin ir más lejos, nuestra Constitución Nacional, en su Artículo 1°, consagra para su gobierno, la forma representativa, republicana y federal, estableciendo así y sin lugar a dudas, la división de poderes como un elemento central de nuestro sistema constitucional.

De igual modo, el Artículo 114° inciso 6 de la Constitución establece los procedimientos legales necesarios a los que se debe ceñir los gobernantes para “asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia”. En la misma línea encontramos, entre otros artículos, el 75, 99 y 109 de nuestra Constitución que, respectivamente, le adjudican funciones, competencias, límites y mecanismos de control respecto de los otros poderes, al legislativo, el ejecutivo y judicial federal.

Lo anterior nos refiere, sin lugar a dudas, a la idea de que nuestro sistema constitucional sostiene que el estado de derecho y la separación de poderes constituyen una clave en la administración de justicia como garantía de independencia e imparcialidad.

Con relación a los estándares internacionales y considerando lo visto en párrafos anteriores, la comunidad internacional ha tomado postura con relación al principio estudiado, en este sentido, es pertinente detallar que la Organización de las Naciones Unidas (ONU) propone como criterio estructural para abordar la independencia e imparcialidad en el Poder Judicial, el siguiente postulado: “La inexistencia de imparcialidad e independencia del Poder Judicial conduce a la denegación de Justicia y resta credibilidad al proceso judicial (...) no son tanto privilegios del Poder Judicial como derechos humanos de los destinatarios de la Justicia”⁽⁴⁾.

Asimismo, “considerando que los jueces son los encargados de adoptar la decisión definitiva con respecto a la vida, la libertad, los derechos, los deberes y los bienes de los ciudadanos” la ONU ha establecido los “Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura”⁽⁵⁾.

Por su parte, según el informe del año 2010, del Relator Especial sobre la Independencia de los Magistrados y Abogados al Consejo de Derechos Humanos, “la calidad de la administración de justicia tiene un efecto directo en la democracia y el desarrollo de los Estados, por lo cual es preciso reforzar la independencia en las profesiones jurídicas”⁽⁶⁾.

(4) Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009, solicitada Por la República Argentina.

(5) Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán, Italia, del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985.

(6) Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados al Consejo de Derechos Humanos, 9 de abril de 2010, A/HRC/14/26, párr. 19.

El plan sistemático

Analizado lo anterior, debemos aclarar que si bien la división clásica de poderes contempla tres grandes órganos que lo ejercen, estamos convocados a hablar sobre el rol que posee el Poder Judicial en este entramado jurídico, cuya función principal no es otra que interpretar las leyes y hacerlas cumplir a través de sus sentencias.

Para realizar esta noble tarea, el mismo debe configurarse de manera tal que pueda garantizar a sus administrados que actuará con total independencia e imparcialidad con relación a los otros poderes del estado como de los poderes fácticos que la circundan.

El incorrecto funcionamiento de este sistema institucional, como del actuar sin independencia e imparcialidad por parte del Poder Judicial presionado, cooptado y muchas veces dadivado, con una sincronicidad que pseudo-validaba cada decisión tomada desde una mesa judicial del entonces gobierno de Cambiemos, generaron una articulación que puede observarse a través de un hilo conductor, que implica apoderarse en primer término de la corte Suprema de Justicia, luego del Consejo de la Magistratura, para continuar designando jueces en puestos claves para el objetivo de la persecución política a opositores, y la exposición y persecución ante los medios y el mismo Consejo de la Magistratura, todo ello reflejado y ampliado por los medios como actos lícitos e incluso promoviendo la persecución y ataque a magistrados; a ello debe sumarse los ataques subterráneos, a través de escuchas, espías, y extorsiones. Estas circunstancias, analizadas a través del tiempo y orquestadas en forma pragmática y sincrónica, nos permitieron afirmar que ha existido un plan sistemático y estructural de cooptación del sistema judicial. Esta situación ha degradado institucionalmente al sistema judicial argentino en su conjunto.

Así se configuró un sistema judicial al servicio de las necesidades del entonces Poder Ejecutivo: los distintos niveles del sistema sancionaban y castigaban, de manera informal y formal, al conjunto de actores que intentaran oponerse a los intereses de dominación gubernamental.

Los actos de intimidación y presión al Poder Judicial y a los diversos órganos que componen el sistema judicial argentino, como el Ministerio Público Fiscal, el Ministerio Público de la Defensa y el Consejo de la Magistratura, fueron socavados en su independencia. De este modo, la posibilidad de que esas instituciones jurídicas y los magistrados que las integran pudieran actuar de modo imparcial en decisiones que contrariaran los deseos del entonces Poder Ejecutivo fue casi nula.

Esos ataques no pueden considerarse de modo aislado, ya que constituyen una serie de actos concatenados, con precisión temporal e instrumental, que tuvieron objetivos claros y precisos. Podemos reconocer entonces, que el mencionado Plan, llevado adelante por la coalición Cambiemos, poseía tres grandes objetivos:

El primero era sentar las bases para obtener impunidad para la familia del entonces presidente Mauricio Macri, pues su familia propietaria de un holding concesionario de diversos bienes propiedad del Estado argentino, por lo que se busca agrandar el mercado de explotación y privilegiar los intereses económicos del entorno de la familia presidencial. También se intenta lograr la impunidad respecto de los hechos ilegales y ruinosos para el Estado nacional esa misma familia ha realizado.

El segundo de los objetivos era lograr obtener legalidad para ejecutar políticas que violaban diversos derechos laborales, jubilatorios, económicos, sociales y culturales de la sociedad argentina, reconocidos tanto en el texto constitucional como en tratados internacionales que ha suscripto la república.

El tercer objetivo del Plan Sistemático y Estructural era la persecución penal y la proscripción política de los opositores al gobierno. En la persecución, se incluyen líderes políticos, referentes de organizaciones sociales, de instituciones opositoras, y especialmente el principal partido de la oposición, el Partido Justicialista.

Casos

En este punto y con el objeto de demostrar la existencia de un Plan Sistemático y Estructural de Cooptación del Sistema Judicial argentino, hemos analizado un vasto abanico de casos, donde notamos que se exteriorizan diversos patrones de injerencia en el sistema judicial, que se han instaurado de forma concatenada y organizada en connivencia con otros actores políticos y económicos, y con complicidad de empresas de medios de comunicación hegemónicas. Estos patrones de injerencia están fundados en una matriz impuesta y ejecutada por el entonces titular del Poder Ejecutivo, que entendidos y procesados en su conjunto nos permitían observar que su actuar lesiona de forma gravísima el sistema judicial argentino.

En este sentido, la selección de aquellos responde a la voluntad de comprobar las distintas técnicas de injerencia que, de forma directa o indirecta, se han practicado y que expliquen cómo se ha disciplinado a los magistrados, socavando su imparcialidad, su independencia y su autonomía. Por su parte, dicha selección de casos también tiene que ver con el poder explicativo de aquellos y con su trascendencia, y, por lo tanto, con sus consecuencias directas en la acción disciplinadora sobre el Poder Judicial.

Con el objeto de ser claros en la exposición y desarrollo de aquellos, primeramente hemos creado tres grandes categorías de casos, a saber: 1) Casos de intervención en el Poder Judicial de la Nación; 2) Casos de designación de magistrados en forma arbitraria e ilegal con dependencia del Poder Ejecutivo a cargo de Mauricio Macri; 3) Casos de ataque a los jueces que han dictado resoluciones contrarias a los objetivos del entonces presidente Mauricio Macri.

Luego, notaremos que dentro de cada una de estas tres categorías nos encontraremos con subcategorías en algunos casos, y casos simples y concretos, en otros, destacados todos por una nota en común: la existencia de patrones de injerencia por parte del Poder Ejecutivo nacional.

Finalmente, y con el objeto de hacer más fluida y dinámica la presente ponencia, no desarrollaremos ampliamente todos los casos estudiados y presentados en la denuncia que oportunamente esta parte ha presentado frente al Relator de la ONU, pues no es el objeto de esta ponencia extendernos en este sentido, pero si expondremos brevemente a algunos que por su poder explicativo e importancia institucional merece la pena destacar.

Los casos:

Designación de jueces en la Corte Suprema de Justicia de la Nación por decreto

En el mes de 14 diciembre de 2015, por intermedio del Decreto de Necesidad y Urgencia N°83/2015, fueron designados inconstitucionalmente y precarias condiciones de legitimidad, estabilidad e imparcialidad, y de modo unilateral, por el entonces presidente de la Nación Ing. Mauricio Macri, dos jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Esta decisión, desde nuestro punto de vista es claramente contraria a derecho, pues la ausencia de la participación popular en la toma de la decisión, la violación a los procedimientos institucionalizados creados al efecto y la afectación a la inamovilidad que deben detentar los jueces, no ha hecho más que demostrar el claro interés de Poder Ejecutivo de ese entonces, desde el primer momento de su llegada a la administración del Estado, de violentar la división de poderes y arrogarse funciones que no le son propias.

Designación ilegal del juez federal con competencia electoral de la Provincia de Buenos Aires

Frente a la vacancia en la titularidad del Juzgado Federal N° 1 de La Plata, que tiene competencia electoral y fue el encargado de resolver las cuestiones suscitadas durante el proceso eleccionario nacional de 2017, el Poder Ejecutivo nacional, decidió efectivizar la subrogancia del mismo a partir de la petición que realizó para que, a través de la mayoría irregular que este ostentaba en el Consejo de la Magistratura, y violando las leyes y la jurisprudencia al respecto, se imponga al Dr. Juan Manuel Culotta, un juez parcial y de conexiones cercanas e inapropiadas con Mauricio Macri, como tal.

Para esto, se realizaron prácticas y manipulaciones tales como la paralización del proceso selección de magistrados que se estaba llevando a cabo para designar a un juez, conforme los adecuados pasos constitucionales, en el Juzgado Federal N° 1 de La Plata, al utilizar la subrogación para su cobertura con un juez cercano a los intereses de Mauricio Macri; y, a requerimiento del representante del Poder Ejecutivo en el Consejo de la Magistratura, el Dr. Juan Bautista Mahiques, se realizó la división ilegal de la com-

petencia del Juzgado Federal N° 1 de La Plata, creando de facto dos juzgados, uno con competencia electoral exclusiva y otro con competencia penal exclusiva, vulnerando así la garantía del juez natural.

Luego de realizado esto, se le asignó la competencia electoral primero a una magistrada con conocimientos especiales en la materia a la Dr. María Romilda Servini de Cubría y se instauró al Juzgado Federal N° 3 de la ciudad de La Plata como subrogante de la materia penal.

Luego de un tiempo, se ejercieron presiones sobre dicha jueza para lograr su dimisión, de forma previa a las elecciones, con el objeto de imponer en ese lugar al Dr. Juan Manuel Culotta, quien no solo no contaba con experiencia en la materia, sino que en el año 2003 había sido designado juez federal, con competencia penal, del Juzgado de Tres de Febrero, Provincia de Buenos Aires.

De esta manera, por Resolución 104/2017, el Consejo de la Magistratura, abandonando todo criterio objetivo, toda razonabilidad y toda conveniencia funcional, al adoptar una decisión discrecional y arbitraria para poner en funciones a un juez cercano a Mauricio Macri, con el objetivo de controlar las elecciones, designó al Dr. Juan Manuel Culotta como subrogante de la "faceta" electoral de Juzgado en cuestión, provocando la extensión de su competencia territorial como juez de Tres de Febrero hacia toda la Provincia de Buenos Aires, ampliando la competencia penal a la electoral. Estas nuevas competencias fueron claramente irregulares e ilegales, dado que aquel no había concursado ni se lo había evaluado para ejercer como juez en esa materia.

Finalmente, es dable resaltar que, pese a las impugnaciones realizadas por la Cámara Nacional Electoral y sendas acciones judiciales al respecto, el magistrado inconstitucionalmente seleccionado ejerció la función electoral de la Provincia de Buenos Aires y, una vez terminado el acto eleccionario y el recuento de votos, presentó la renuncia a la subrogancia.

Ataque y pedido de destitución del juez Daniel Eduardo Rafecas

Durante el gobierno del ex presidente Mauricio Macri, el entonces titular del Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal N° 3 de la Capital Federal, el Dr. Daniel Rafecas, fue víctima de un proceso de persecución y hostigamiento muy profundo, tanto a través del uso de la prensa como medio de deshonra y deslegitimación, como a través del Consejo de la Magistratura.

En este sentido, vale recordar que el ataque al Dr. Rafecas comenzó a gestarse en el mes de febrero de 2015, cuando el Magistrado desestimó una denuncia, de alto contenido mediático, contra la ex presidenta Cristina Fernández de Kirchner. También desestimó, en la misma denuncia, la imputación contra otros funcionarios de ese gobierno, entre los que se encuentra Héctor Timerman, quien fuera ministro de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto desde 2010 hasta 2015.

La denuncia por la que se solicitaba su investigación fue efectuada por el entonces titular de la Unidad Fiscal Especial para investigar el atentado a la Asociación Mutual Israelita Argentina (AMIA), el Dr. Alberto N. Nisman. El fiscal acusó a los citados de encubrir a los responsables del hecho delictivo que enlutó a la República Argentina el 18 de julio de 1994.

Como es de esperar, la denuncia fue objeto de diversas operaciones mediáticas y políticas por parte de los dos grupos concentrados de medios de comunicación y de los funcionarios de la alianza política Cambiemos.

Como mencionábamos, la acusación, basada en una operación periodística para manipular la opinión pública, fue desestimada por Rafecas al considerar que no existió delito que investigar, dado que los hechos descritos por el fiscal no ameritaban el inicio de una investigación penal.

Esa decisión dio lugar a la persecución formal e informal por parte de la alianza política Cambiemos contra el Dr. Rafecas. Por un lado, se presentaron en su contra dos denuncias ante el Consejo de la Magistratura. Una por parte del diputado Waldo Wolff y la otra por parte de Elisa Carrió, ambos legisladores del partido político de Mauricio Macri, solicitado en sendos casos, la destitución del Dr Rafecas. Por otro, los medios hegemónicos de comunicación utilizaron esas denuncias para presionar públicamente a dicho magistrado, tanto con notas y opiniones periodísticas en su contra, como publicando solicitadas suscriptas por funcionarios del entonces presidente Mauricio Macri, donde pedían abiertamente su destitución.

Con relación a las denuncias, quien fue seleccionado por el Consejo de la Magistratura para investigarlas, fue, nada más ni nada ni nada menos, que el consejero elegido por el Senado de la Nación, Ángel Rozas, quien también era legislador del mismo partido político que Wolff, Carrió y Macri. En suma, integrantes del mismo partido político que realizaron la denuncia eran los encargados de llevar adelante la investigación.

Finalmente y luego de más de dos años de presiones al magistrado sin lograr disciplinarlo, el Consejo de la Magistratura, tras haber escuchado al juez y con la imposibilidad de avanzar contra el magistrado en un Jury de Enjuiciamiento por el contenido de una sentencia que había sido ratificada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, es decir, su órgano superior, la Comisión de Disciplina emitió un dictamen realizado por Pablo Tonelli, quien en ese entonces era el consejero por los diputados de la alianza política Cambiemos, en el que se proponía sancionar al juez con la reducción de un 50% de su salario. El 6 de marzo de 2018, el plenario del Consejo de la Magistratura, con la mayoría cooptada por Cambiemos, sancionó al Dr. Rafecas reduciéndole los haberes.

Corolario:

Los casos que cumplen con los diversos patrones de injerencia mencionados son varios, solo hemos trabajado tres que fueron de público y notorio conocimiento y que por su trascendencia institucional y poder explicativo merecían la pena ser, mas no sea, brevemente desarrollados, pero muchos más son los casos que han motivado la mencionada denuncia, sobre todo, si consideramos que el fin último de la manipulación denunciada, ya sea en la designación de jueces en la Corte Suprema de justicia, en la designación del Juez subrogante, o en la persecución al Dr. Rafecas, o en la mayoría de los casos que aquí no hemos trabajado pero forman parte de la mencionada denuncia ante la Relatoría de la ONU, no tuvo otro objeto que lograr que se dicten sentencias conformes a los deseos del poder ejecutivo, vulnerando así la independencia con que debe actuar el Poder Judicial, al imponer jueces afines o disciplinados por la coalición política Cambiemos.

Conclusión

Respetar el Estado de Derecho, promover la separación de poderes y la independencia de la justicia, sin lugar a dudas, son condiciones necesarias para la protección de los derechos humanos, la democracia y por consiguiente, la vigencia del estado de derecho.

No obstante lo anterior, la independencia del Poder Judicial no puede significar que los magistrados actúen impunemente y fuera de sus funciones y previsiones legales, sino que deben hacer coincidir sus decisiones con los principios del Estado de Derecho, la Democracia y la separación de poderes. Esto significa que deben fundar sus decisiones en un marco exento de injerencias y presiones, pero además sobre fundamentos jurídicos, tanto normativos como jurisprudenciales.

Ahora bien, habiendo examinado y considerado nuestra Constitución Nacional, nuestra normativa interna y los Estándares Internacionales establecidos al respecto, en el marco de los casos seleccionados, podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que la independencia e imparcialidad judicial ha sido socavada gravemente en la República Argentina desde el preciso momento de la asunción de la coalición Cambiemos al Poder Ejecutivo, esto es, el mes de diciembre del año 2015, y que implicó la vulneración no solo a los Derechos Humanos, sino que también del Estado de Derecho y el sistema democrático en el cual nos desenvolvemos como sociedad.

La injerencia en el periodo señalado, y las consecuencias de tan funesto accionar que aun llegan hasta nuestro días, han adquirido una profundidad sin precedentes durante gobiernos democráticos, y se ha materializado en un Plan Sistemático y Estructural de Cooptación del Poder Judicial, disciplinando a magistrados, y afectando su imparcialidad, independencia y autonomía; y así lo ha advertido la ONU, con el pedido de informes que le realizara a Mauricio Macri el 1º de noviembre de 2019.

Mesa 24

**Hacia una comunicación
y criminología de
tácticas de resistencia.
Desubjetivar el discurso
disciplinante hegemónico**

Daniel Isidro Polischuk

Sebastián Rodrigo Andrade - Noelia Soledad Luque

Germán Córdoba

DANIEL ISIDRO POLISCHUK*

Diacronía mitificante

Nos proponemos discurrir sobre la Pandemia que precedió al Coronavirus y cuya vacuna todavía estamos buscando: La guerra jurídica.

El ejercicio del poder engendra resistencias, y ésta es una de ellas. Los abusos en su ejercicio provocan resueltas determinaciones, que trascienden lo local y regional, lo que viene sucediendo. Estamos a las puertas de una determinación a escala planetaria porque es lo que necesitamos y a lo que aspiramos. La incesante colonización cultural reviste renovadas formas siempre seductoras y encantadoras. Las subjetividades se construyen con elementos cuya procedencia no se nos presentan claramente. No solo tenemos que “rasgar el velo” de las apariencias, sino también “rasgar nuestras vestiduras” expresándonos descarnadamente para que sea expedito el terreno hacia las transformaciones sociales radicales requeridas.

En la región y Argentina los Medios de Comunicación concentrados y los grandes Grupos Económicos Transnacionales practican en concierto “el *lawfare* (combinación de monopolios mediáticos y jueces obedientes) [que] mata dos pájaros de un tiro: criminaliza a los políticos que pueden obstruir el avance del sometimiento colonialista (antipolítica) y también a la burguesía nacional (capital productivo), para que las transnacionales reemplacen al capital nacional, succionando toda la renta” (Zaffaroni-Días Dos Santos, 2019: 89). Es el Capitalismo Financiero, la Plutocracia; la neoliberalización como portentosa tendencia regulatoria identificable por su pulsión absolutista de dar respuestas con un enfoque en la mercantilización de todos los ordenes sociales que requiere de un Estado gendarme, punitivista al servicio de unos pocos, generador de dependencias, sometimientos y denigración humana donde se impone el “tanto tienes cuanto vales” y se rige por un no muy camuflado “sálvese quien pueda” recalcitrantemente individualista e insolidario.

(*) Abogado.

El Poder Judicial además de retrógrado es el último bastión del conservadurismo más rancio y obsoleto; su modernización es más una estratagema de ocultamiento. Su ingeniería de reforma está orientada a desplazar los Poderes Legislativos y Ejecutivos bloqueando su funcionamiento y minando el voto popular en la constante tensión por subordinar, segregar, excluir y suprimir a ingentes proporciones de la población. Estructuralmente el Poder Judicial adolece de nítidos sesgos clasistas por la sola adscripción y reclutamiento de sus miembros, surcados transversalmente por rémoras y resabios confesionales, sexistas y patriarcales, por lo que arrastran un aplastante lastre de deslegitimación al par que son reacios a permeabilizarse democráticamente, aferrados a arrogancias corporativas contra todo lo que desafíe los patrones distributivos del "estatus quo". Esta estructurado sobre ficciones y mitos como la "apoliticidad" y la "independencia" y comparte la misma generación de ficciones con los Medios donde sí se operan efectivamente las transformaciones y sofisticaciones bélicas. Sus proyectos de modernización son más quiméricos y siniestros que esperanzadores. Veamos un ejemplo: Cristina Fernández víctima de la persecución judicial y mediática en Argentina –actualmente vicepresidenta–, menciona al pasar a un personaje siniestro funcionario de gobiernos militares golpistas y democráticos de baja intensidad: "En verdad, creo que fue un plan de Domingo Cavallo para licuar los depósitos, como antesala imprescindible de la Ley de Convertibilidad" (Fernández, 2019: 131), la que acarreó un debacle económico. Este personaje, crea en el año 1999 la Fundación Novum Milenium bajo cuyos auspicios se concertó un Seminario Internacional con el pretencioso título de "Políticas de Consenso para la Reforma Integral de la Justicia" contando con la invitación especial del "Director del Federal Judicial Center de Washington DC, USA", Russell Wheeler redactor del primer capítulo de la obra "Justicia para Todos", donde "agradece por pagar los gastos de [su] viaje a Buenos Aires" (p.15). Entre los concurrentes están quienes después serían los más encarnizados y feroces agentes de la guerra jurídica. Elisa Carrió - ariete contra un candidato a la gobernación del mayor distrito electoral , Aníbal Fernández, a quien engrampó con una fake news en una causa de narcotráfico y un triple crimen; German Garavano, Ministro de Justicia, e integrante de la "Mesa Judicial" desde donde se concertaban las actividades persecutorias; y, entre muchos otros, el abogado Ricardo Gil Lavedra cuyo Estudio Jurídico particular fue contratado con cifras millonarias para llevar adelante un pleito de manera privada - pese a contar la Administración Federal de Ingresos Públicos con uno de los equipos jurídicos de mayor nivel. Desempeñaba simultáneamente "ad honorem" un puesto en la cartera de Justicia lo que le permitía llegada directa con jueces y fiscales. La contratación tenía por objeto la persecución judicial de los dueños de Medios renuentes a demonizar a contrincantes políticos. Gil Lavedra consciente ya no de la "impunidad", sino de su "inmunidad funcional" la confiesa: "La novedad incorporada en los últimos años es que la gente descrea de la independencia, ergo, de la imparcialidad de los jueces, y hasta de la idoneidad para desempeñar el cargo [...] Éstas nuevas democracias son muy débiles en [...] el sistema de responsabilidad interno que tiene cada uno de los sistemas democráticos" (Kreckler et al. 2000: 281-283).

Se observa no tan solo una suerte proyección programática de gestión y de “colonización extranjera” de la justicia, a la sombra de la Embajada norteamericana, sino además un “modus operandi” por el que a través de éstos generosos “simposios” seducen y captan voluntades de funcionarios judiciales. EEUU penetra los aparatos judiciales por medio de asistencia, asesoría y capacitación como estrategias para ampliar su jurisdicción estandarizando sistemas jurídicos según sus peculiares designios e intereses en la construcción de hegemonía. Desojo Manuel en 2019 como coordinador publicó un informe en CLACSO sobre el periodo 2015/2019 de la justicia y lo caracteriza como “una serie de actos concatenados, con precisión temporal e instrumental, que tuvieron objetivos claros y precisos. Lejos de ser actos individuales, puntuales, lo que se ejecutó en la República Argentina fue un Plan Sistemático y Estructural de Cooptación del Poder Judicial”. Con las consabidas excusas de modernización se traspolan institutos jurídicos que responden a la matriz de su modelo proteccionista interno que erosionan nuestra constitucionalidad y propician el empalme con sus foráneas instituciones, y constituyen lisa y llanamente la derogación del derecho a un juicio justo y a la defensa en juicio; por ejemplo Zaffaroni señala “la población penal sube también por la supresión de los juicios, pues el proceso se reduce a una negociación de tienda de baratijas, donde ambas partes –procesado y fiscal– quieren obtener ventaja (plea bargaining), lo que acaba reemplazando presos sin condena por condenados sin juicio [...] Lo mismo está sucediendo en América Latina con el equivalente de la “plea bargaining” llamado juicio abreviado, aunque el porcentaje de presos sin condena continúa siendo un mal endémico de la región” (ídem: 144-145). Y, desde aquí, con éstos injertos exóticos propician los mentados acoples y el fagocitamiento institucional, para asegurarse la máxima vulneración de la soberanía, en ésta unívoca clave confesaba por un alto funcionario yanqui: “nosotros en los EEUU estamos en una posición privilegiada para predicar el evangelio de la anticorrupción” (Koheler, 2015 : 526) lo que se concreta a través de la “Foreign Corrupt Practices Act” (FCPA), que aplican contra cualquier agente público o privado de cualquier lugar del mundo que haya mantenido relaciones financieras o comerciales con agentes públicos y/o privados de EEUU y sea sospechoso de corrupción. El eco de las palabras de Pashukanis es atronador: “El Estado de derecho es un espejismo, pero un espejismo que es muy conveniente para la burguesía, porque hace las veces de una ideología religiosa moderna y oculta la dominación de la burguesía a los ojos de las masas” (Pashukanis, 1976).

El teatro de operaciones en que se han diseñado y experimentado los más letales adelantos bélicos es el de los Medios de Comunicación, no es casual que Julián Assange declare que “Casi todas las guerras de los últimos 50 años fueron resultado de las mentiras de los Medios”. “Las situaciones conflictivas entre los poderes opositores han estimulado la invención de nuevas técnicas competitivas en el ámbito del imaginario. Estas buscaban formar una imagen desvalorizada del adversario” (Bronislaw, 1999: 18). Al afirmar que Goebbels ministro de Propaganda nazi está vivo en el discurso dominante

nos forzamos a “rasgar el velo” de las apariencias. Hitler asumió personalmente la responsabilidad de la propaganda en su incipiente partido político (Hitler, 2003: 55-56, 218). El Poder verdadero está aquí descrito en su occidental génesis: “Mando significa prepotencia de una opinión; por lo tanto, de un espíritu; de que mando no es, a la postre, otra cosa que tiene poder espiritual [...] Todo mando primitivo tiene un carácter “sacro”, porque se funda en la religión, y lo religioso es la forma primera bajo la cual aparece siempre lo que luego va a ser espíritu, idea, opinión; en suma, lo inmaterial y ultrafísico [...] Tanto vale, pues, decir: en tal fecha manda tal hombre, tal pueblo o tal grupo homogéneo de pueblos, como decir: en tal fecha predomina en el mundo tal sistema de opiniones, ideas, preferencias, aspiraciones, o propósitos” (Ortega y Gasset, 2010: 181). La deslocalización de los procesos productivos, la reconfiguración de bloques económicos regionales, la masificación de las tecnologías de la información y las comunicaciones crearon un nuevo contexto en que los Medios no sólo continúan cumpliendo la función de “sug[erir] o impone[r] creencias o reflejos que a menudo modifican el comportamiento, el psiquismo y aún las convicciones religiosas o filosóficas [...] Llegan a una cantidad de personas, por primera vez en la historia, tan significativa [...] no se trata ya de una actividad parcial y pasajera sino de la expresión misma de la política en movimiento, como una voluntad de conversión, explotación y conquista” (Domenach, 1968: 3, 8). El Mensajero es el Mensaje y el Poder radica en la Opinión dominante enajenada, manipulada, sobornada, comprada. Se impone “rasgar el velo”, romper definitivamente el espejismo de una encrucijada y falsa disyuntiva, que se reedita constantemente.

Al abordar la cuestión de las Noticias Falsas es imposible no remitirnos a los derechos humanos porque la información veraz sería un derecho humano esencial; tiene que caer en la tumba de las controversias muertas el radicalmente espurio debate de la Comunicación como un “Mercado Libre de ideas” y la de la Comunicación como un “Derecho Humano Esencial”; porque si bien es estratégica para sostener las transformaciones estructurales en la sociedad y permite la gobernabilidad de los procesos políticos y es indispensable para generar los consensos sociales que son la base de la sostenibilidad de los cambios políticos, económicos y culturales; también es cierto que a través de ella se daña la reputación, se afecta la privacidad, se instiga a la violencia y al odio, a la discriminación a la segregación y relegación, se foguea la hostilidad hacia grupos de personas y se alcanza a extorsionar y chantajear a los gobiernos porque en lugar de denunciar los abusos e inequidades propios del sistema capitalista, han optado por suavizar, relativizar y disimular sus flagrantes e inhumanas contradicciones estructurales, por “Mitificarlas”, por defender un estilo de vida privativista que, por su propia naturaleza, reproduce el despotismo en la acumulación y concentración de poder, dándole auge y prioridad desmesurados a contenidos rentables, como los de entretenimiento y espectáculo en lugar de contenidos educativos, formativos y culturales; cuando, a pesar que no puede existir otra ley superior en el periodismo que decir la verdad, la desinformación y la propaganda suelen diseñarse e implementarse casi exclusivamente con el objeto de

confundir a la población para interferir en el derecho del público a saber y en el derecho de las personas a buscar y recibir, y también transmitir, información e ideas; creando así un marco conceptual propicio para la implantación de nociones absurdamente tendenciosas que en algunos aspectos se asemejan a los delirios medievales sobre las brujas. Esta falsa disyuntiva nos empantana y torna irresolutos, la superamos readecuando los dichos de Maquiavelo: "Me ha parecido más conveniente ir tras la verdad efectiva de la cosa que tras su apariencia. Porque muchos se han imaginado como existentes de veras [cosas] que nunca han sido vistos ni conocidos; porque hay tanta diferencia entre como se vive y como se debería vivir, que aquel que deja lo que se hace por lo que debería hacerse marcha a su ruina en vez de beneficiarse" (Maquiavelo, 1999: 78). Ante la representación imaginaria de la cosa, y la cosa en sí, para no ir a la ruina por alcanzar lo que debe ser en lugar de abrazarnos a lo que en realidad es, nos determinamos a no aceptar la mitificación dulcificada de éste Derecho. Como aspiración a la que tendemos, es un hermoso ensueño, pero la realidad que tenemos en frente nuestro es un espectáculo espantoso. Si no lo tomamos como es, y seguimos ingenuamente suspirando por nuestros deseos, la realidad nos sigue arrasando y dejando nuestra dignidad hecha jirones. Estamos en guerra. La Libertad de Expresión y Prensa son mitos. Hay que pensar en los legendarios tiempos del Paraíso si se quiere hablar de la paz sin lucha y del goce sin trabajo, porque nada se conoce en la historia que no sea el resultado de penosos y continuos esfuerzos (Ihering, 2018: 51). Dejando el pasado al testimonio auténtico de la Historia, el nacimiento del derecho es siempre como el del hombre, un doloroso y difícil alumbramiento. No podemos lamentarnos, porque los pueblos no llegan al derecho sin penosos esfuerzos, sin trabajos innumerables, sin luchas continuas y vertiendo su propia sangre. El amor con que un pueblo defiende y lucha por sus derechos esta en relación proporcional con los esfuerzos y trabajos que le haya costado alcanzarlos. Lo único que tenemos por delante es lucha, pura y encarnizada lucha, estamos en una guerra, que nos han declarado solapadamente por lo que es vital "desmitificar" y la realidad es que a partir de la Revolución Francesa de 1789 se sentaron las bases del Estado moderno donde aparece el reclamo por la Libertad de Prensa. En consonancia surge la concepción liberal de la información que da origen a la etapa "empresarista", primera configuración del capitalismo informativo cuyas características fundamentales son: "La Libertad de Prensa queda reducida a la Libertad de Empresa, el empresario es el único titular del poder de informar y es quién mantiene la relación con el poder político-administrativo, la empresa informativa acepta la lógica del lucro, y así se asimila al resto de las actividades comerciales, y la información se transforma en Mercancía y el público en Consumidor" (Loreti - Lozano, 2014: 56). "Actualmente, en la sociedad de mercado, la libertad de pensamiento y de imprenta se asumen como un hecho. A nadie se le prohíbe hablar o imprimir volantes o periódicos, siempre que la disponibilidad financiera y el mercado lo permita. Y, sin embargo, la represión y la discriminación, la censura y la autocensura, el control de las opiniones y de las informaciones pasan a través de la propiedad de los medios de información" (Ferrajoli, 2004: 132). Encallando esa amplia

libertad tan cariñosamente anhelada en la baldosa pequeña de la propiedad privada, donde el acceso a los recursos económicos, simbólicos, políticos, determinan en gran medida el éxito expresivo de los seres humanos.

Los estándares de la “Declaración Conjunta Sobre Libertad De Expresión Y Noticias Falsas, Desinformación Y Propaganda” adoptada, en Viena, el 3 de marzo de 2017, formulada en concierto por los organismos internacionales de Derechos Humanos sobre lo medular en el punto 2 define que “Las leyes penales sobre difamación constituyen restricciones desproporcionadas al derecho a la libertad de expresión y, como tal, deben ser derogadas. Las normas de derecho civil relativas al establecimiento de responsabilidades ulteriores por declaraciones falsas y difamatorias únicamente serán legítimas si se concede a los demandados una oportunidad plena de demostrar la veracidad de esas declaraciones, y estos no realizan tal demostración, y si además los demandados pueden hacer valer otras defensas, como la de comentario razonable”. Éstos estándares en concreto preservan y protegen esa cruel maquinaria difamatoria y calumniosa de las Corporaciones Financieras Internacionales que emplean las Empresas Mediáticas para condicionar a la población y conducirla a la subyugación, exclusión, marginación y explotación. Si un mes antes de una elección se calumnia fervorosa y ferozmente a un candidato, luego, toda responsabilidad civil y pecuniaria e incluso penal deviene en insustancial; como ejemplo citamos la candidatura a gobernador del ya mencionado Aníbal Fernández truncada por una campaña de infamias, e instalando aún hoy su nombre en el imaginario de la ciudadanía como “El Morsa”, y como sinónimo de mafias y narcotráfico. Hitler en un Discurso aún vivo dice: “En transcurso de pocos días, esa prensa sabía hacer de un motivo insignificante una cuestión de Estado [...] dejaban llanamente de existir para sus contemporáneos o se los ultrajaba de tal modo con denuestos, que sus apellidos corrían el peligro de convertirse en un símbolo de villanía o de infamia” (Hitler, Ídem: 56). Las políticas antipopulares que aplicó quien con calumnias venció en la contienda electoral a Fernández dejaron al distrito en un estado de “tierra arrasada” y los que cargaron con las consecuencias de esa manipulación fueron esas dos terceras partes de la población que según Zaffaroni constituyen un “excedente” prescindente en la lógica del Capitalismo Financiero Plutócrata que se agazapa detrás (Ídem: 109). Su discurso, su maquinaria está intacta y perfeccionada nos continua arrasando. Los Derechos Humanos Hegemónicos, han apañado la creación de éste deplorable estado de cosas. Ofician de mera válvula de escape de la presión para la preservación de la homeostasis del conjunto de fenómenos de autorregulación, conducentes al mantenimiento de una relativa constancia en la composición de las propiedades del medio interno del organismo del “estatus quo” imperante capitalista y antidemocrático. Solo evitan que adquieran dimensiones escandalosas, situaciones que fácticamente lo son en grado sumo, hasta que ahora recién el escándalo adquiere proporciones grotescas solo por tocar a “iguales más iguales que otros” y los Derechos Humanos no pueden silenciarlo más. Hace 20 años se celebraban simposios para la reforma Judicial por lo crítico de la situación, hace 10 otra oleada de simposios y seminarios contra el delito de

corrupción y ahora somos nosotros partícipes de éstos por la corrupción y en contra del *lawfare* con las mejoras judiciales aún pendientes; parece haberse subsumido todo para reconducirse en una dominación más feroz, y para “rasgar el velo”, desmitificar, hemos de dar un brinco al riesgo de caernos, y ser disruptivos, y asumimos así contemporáneos del porvenir.

El propósito de la Libertad de Expresión consiste en ampliar las fronteras del debate público, que a su vez permite el libre intercambio de ideas y requiere la autodeterminación colectiva democrática, donde la intervención del Estado tiene que orientarse a poner en equilibrio las limitaciones que causan las abismales desigualdades sociales, económicas y culturales, mucho antes que estas se acentúen y profundicen, se consoliden y consumen. Las grandes Corporaciones Mediáticas en Latinoamérica apropiadas del Mercado Comunicacional y cultural reprodujeron el discurso ideológico que los actores políticos neoliberales necesitaban. No obstante, rápidamente se evidencian los efectos generados por estas políticas. En el ámbito de la comunicación, se silencian voces de grupos minoritarios, que no son convocados y qué decir de los problemas sociales que prometieron vacuamente resolver. En el vernáculo ejemplo que seguimos de Fernández versus Eugenia Vidal generó que en sus pretensiones reelectorales de ésta perdiera por más de 15 puntos con Axel Kicillof del mismo espacio político que Fernández. Pero los números son innombrables en pérdidas colectivas y retroceso comunitario, donde el más dramático daño ya fue consumado, el estrago capitalista fue perpetrado al costo que termina afrontando el pueblo con más creciente exclusión, pricionización y exterminio más o menos “virtual”. A nivel regional e histórico se reeditó el mismo ciclo con similar fenómeno, “oleadas de protesta social como el “caracazo” en Venezuela en 1989, los levantamientos indígenas en Ecuador en 1990 y 1992, el alzamiento zapatista en México en 1994, la guerra del agua en Bolivia en 2000 y las posteriores oleadas de protestas piqueteras en Argentina y estudiantiles en Chile” (Reyes, 2017: 244). Éste es el “eterno retorno” de un nunca acabar que es vital comenzar a culminar desde ahora mismo.

Los Medios ejercen un poder simbólico incisivo, penetrante y permanente en todas las ramas de la vida social. Esto se subraya en la pretensión de imponer reglas propias para colocarse por encima de las instituciones y hasta de los poderes representativos electos por voto popular. La realidad va mucho más allá de la experiencia directa de las personas, en donde los Medios son los encargados de proveer la información con la que los individuos se crean su imagen del mundo. “El papel mediador de la prensa era por tanto fundamental –y lo iba a ser cada día más– a la hora entender y valorar las imágenes y opiniones que el público pudiera forjarse de una realidad de la que ya no tenía una experiencia directa” (Lippmann, 2001: XXXIV). Si la información que permite al público formarse sus juicios y su opinión proviene de informaciones poco rigurosas, o tergiversadas por prejuicios, “mitos” o “ídolos”, o juicios apresurados o son noticias sin contrastar y opiniones infundadas, sesgadas o partidistas, la democracia de un país es una hueca entelequia. El derecho a la Libertad de Expresión viene siendo un privilegio de

ciertas personas o Empresas de Comunicación, y la lucha del “deber ser” ingenuo es que lo sea de todas las personas, sin distingos de ningún tipo solo por existir y ser seres humanos. Los Medios practican un sutil adoctrinamiento y férreo disciplinamiento donde “el deterioro de los contenidos y la precarización laboral en la profesión periodística vienen acompañados de la creciente oligopolización del mercado” (Chaparro, 2015: 191).

“Rasgamos el velo” con lo dicho, cabe que también nos “rasguemos las vestiduras”; porque “Mito” sería aquello que construyen en nuestro imaginario colectivo los medios masivos de comunicación. Sería el constructo de un cierto “sentido común”. “Mito” sería un “Relato oral, estructuralmente sencillo, de un acontecimiento extraordinario, privado de testimonio histórico y dotado de ritual, con carácter conflictivo, funcional y etiológico” (Losada, 2010: 2). Para que un mito lo sea requiere de un proceso de mitificación propio de la sociedad que mitifica a una persona o un objeto, en éste proceso de tanto en tanto nos descubrimos a nosotros mismos habitando mundos imaginarios por los que deambulamos como fantasmas que tienen sed, se machucan un dedo, se impacientan y llegan tarde a algún lado. Somos fervientes adoradores de los mitos tanto de los convencionales como de los utópicos, disruptivos o presuntamente revolucionarios. Decir “Mito”, es decir “Mentira”, decir mentira revestida de aureola de respetabilidad convencional. Losada presenta como factor enmarcador de la fenomenología de la conciencia mitica al elemento religioso, que puede ser enteramente laico y secular. Este factor, es de interacción entre las principales creencias religiosas supervivientes en un abarcador sincretismo que explica una característica de la vivencia de los fenómenos mitificados por el hombre. Bacon llama “ídolos” a los principios que se originan a partir de ciertos errores (Bacon, 2010: 8). Los ídolos del Foro y del Teatro serían especialidad de los Medios. “Los más peligrosos de todos los ídolos, son los del Foro, que llegan al espíritu por su alianza con el lenguaje. Los hombres creen que su razón manda en las palabras; pero las palabras ejercen a menudo a su vez una influencia poderosa sobre la inteligencia [...] El sentido de las palabras es determinado según el alcance de la inteligencia vulgar, y el lenguaje corta la naturaleza por las líneas que dicha inteligencia aprecia con mayor facilidad”. Los del Teatro confieren “una fe ciega [dónde] la irreflexión, ha dado toda la autoridad”(ídem: 13). “La mentira sería imposible si el hablar primario y normal no fuese sincero. La moneda falsa circula sostenida por la moneda sana. A la postre, el engaño resulta ser un humilde parásito de la ingenuidad” (Ortega y Gasset). Sobre un punto de penetración o empalme cierto donde lo falso toma contacto con lo que damos por veraz. Una vez instalada o introyectada una versión de la realidad revestida de una aureola de respetabilidad convencional, o caracteres “elementales”, “necesarios” o “indispensables”, se establece un orden de normalidad, sobre él se monta luego el mito extraordinario que se quiera, por un ciclo de pequeños mitos realimentados por eslóganes o prejuicios que pueden ir desde que las “brujas vuelan”, a la “rasa superior”, pasando por la ya vista “libertad de prensa”, o “independencia de la justicia”, por la “democracia representativa”, el “derrame de la prosperidad”, como que la “cárcel rehabilita”, la “meritocracia”, la “buena presencia”, el “fruto de su trabajo”, el “cosecharás tu siembra”, la “vivienda digna”, la “causa

y consecuencia”, el “se robaron un presupuesto”, la “pobreza cero”, y otros que rivalizan con los que habitan los “terraplanistas” que van sedimentando en una “ideología”, un “sistema de creencias” aparentemente coherente y verosímil, pero esencialmente falso. “Se refiere a la falsa conciencia, que legitima instituciones sociales atribuyéndoles funciones ideales diversas de las que realmente ejercen” (Baratta, 2004: 35). “Todas las pruebas demuestran que el nuevo mito [de la brujería] se debe exclusivamente a los mismos inquisidores. Del mismo modo que los anti-semitas construyeron, mediante pequeñas murmuraciones escandalosas inconexas, toda la sistemática del mito de los asesinatos rituales, de los pozos envenenados y de la conspiración mundial de los sionistas [...] construyeron toda la sistemática del mito del reino de Satanás y sus cómplices, mediante los absurdos mentales de la credulidad popular y la histeria femenina; y un mito, como el otro [engendra] su propia evidencia y [es] aplicable lejos del contexto donde nació [...] son el corazón y la cabeza del organismo social, necesarios para sobrevivir como tal sociedad determinada [...] estos mitos pueden encontrarse desplegados sorprendentemente sin solución de continuidad, a lo largo de muchos y muy largos volúmenes, en el mismo núcleo de la ciencia. Pocas tareas más importantes puede haber, que la de descubrir dichos mitos e infundir así salud y vigor al más valioso estudio humano —el de su propia naturaleza y destino”. Hoy por hoy “Nos resulta demasiado fácil comprender que los desafortunados hombres del pasado vivieron de acuerdo con creencias equivocadas e incluso absurdas; es posible que esto nos impida mostrar un decoroso respeto hacia ellos y nos haga olvidar que los historiadores del futuro señalarán que también nosotros hemos vivido de mitos” (Szazs, 2005: 115, 130). Es un hecho que “En el mundo hay más ídolos que realidades” (Nietzsche, 2002: 2).

En éste proceso de producción y reproducción continua una vez echadas las bases para la construcción de los altares de estos ídolos convencionales en nuestras mentes todo nuevo ámbito de conocimiento que venga a conmover nuestro mundo espiritual despierta una resistencia llamada “obstáculo epistemológico” (Bachelard 1978: 15-26). La raíz de esa resistencia se encuentra a nivel inconsciente o incluso preconscious. Radica en las prenociones y preconceptos con que comúnmente nos manejamos en la cotidianidad. En última instancia, la raíz finca a nivel de la práctica “no transformante”, con fórmulas y recetas de economía del pensamiento, donde recortamos y hacemos nuestro un fragmento de la variadísima y pletórica realidad. “La pura verdad es que en el mundo pasa[n] infinidad de cosas [...] Es imposible conocer directamente la plenitud de lo real, no tenemos más remedio que construir arbitrariamente una realidad, suponer que las cosas son de una cierta manera. Esto nos proporciona un esquema, es decir, un concepto o enrejado de conceptos. Con él, como al través de una cuadrícula, miramos luego la efectiva realidad, y entonces, sólo entonces, conseguimos una visión aproximada de ella. En esto consiste el método científico. Más aun: en esto consiste todo uso del intelecto (Ortega y Gasset, *Ibidem*: 185). Las maniobras de economía y la práctica “no transformante” de la realidad nos limita a manejar los instrumentos ya creados en medio de los cuales nos movemos “como en casa” en éste sentido somos realmente “ani-

males de costumbre". Kosik habla de un mundo de "seudoconcrecion" que no es creado por el propio hombre, sino que ya ha sido fabricado limitándose el hombre tan solo a manipular objetos dentro de aquel (Kosik, 1976: 25-37). Hay niveles de resistencia en un orden creciente desde y respecto de la naturaleza, pasando por la sociedad y hasta llegar a la religión —o cierta modalidad de moral sustitutiva—, cuyo cuestionamiento se yergue en "sacrilego" o "blasfemo" y debe ser enérgicamente condenado y su responsable ejemplarmente castigado. La raíz última de la encarnizada resistencia a la novedad en éste ámbito estriba en lo que en nuestro mundo imaginario han construido como la "sacralización de los intereses de clase". Un pueblo que ha introyectado determinados tipos de valores revistiendolos de ropajes morales/religiosos ofrece una ruda resistencia al cambio por la que se llega a persistir incluso a pesar de las evidencias en contrario, especialmente las ideologías arrojadas tras un vocabulario terapéutico, libertario o esotérico, son particularmente resistentes a las críticas y encienden los más vivos enconos. Es así como "es más fácil engañar a alguien que convencerlo de que ha sido engañado" (Mark Twain). Éste es un proceso que se vale de los modos más regulares del funcionamiento de nuestra mente y atiende especialmente a sus consustanciales debilidades. Como el dolor y el placer en los sentidos son traspolados al reino de los valores morales y traducidos en términos del mal y del bien, y luego son adornados por una estética del comportamiento y son descifrados como castigo y merecimiento; así primero se opera en el aspecto sensible de la persona, en lo visible y palpable, en ello se crea la asociación simplista y lineal de que el calor calienta y el bien beneficia, y ésto es gratificante y "digno". Sobre concepciones conductistas que asimilan al hombre a un simple animal, precisamente procuran exacerbar la animalidad que hay en todo humano para desde allí condicionar y predisponer actitudes y decisiones. Sobre ésta asociación básica se pueden entretejer otras múltiples, respecto de las cuales el sentido crítico se encuentra en huelga, vacante o embotado, con la "guardia baja".

Esto se obtiene desde muy temprana edad, aun antes de que nuestros padres nos enseñen el Padrenuestro o en el colegio el Himno Nacional, nuestra "Nodriz" se ha encargado de amamantarnos diariamente con todas las rígidas pautas comerciales del Capitalismo. Ésta "Nodriz" son los Medios de Comunicación. La televisión por ejemplo, fomenta la cultura de la imagen, factor poderosísimo en las estrategias comunicacionales modernas; la imagen siempre remite a lo concreto, y la capacidad de abstracción, que conlleva algún esfuerzo, es sustituida por la de la "admiración pasiva", y el pensamiento se atrofia por falta de ejercitación; sumado a la reiteración machacona, la sobredosis de información hace que en nuestro cerebro se opere la ilusión de saber, sin comprender en realidad casi nada, generando apatía o desinterés por el conocer cuestiones que estén por encima de nuestros petisos límites y demanden una cuota extra de esfuerzo y concentración; tampoco suelen leerse textos mínimamente extensos ni imbricados. Se nos inculcan constantemente eslóganes, de neto corte exitista y visual. La propaganda se escenifica, se transforma en imagen pura y "deja de estar ligada a una progresión táctica para convertirse en una táctica en sí, un arte particular con sus

leyes propias, tan utilizable como la diplomacia o los ejércitos "(Domenach, idem: 15) y los prejuicios y eslóganes sobre el "mérito", sobre el "esfuerzo", sobre la "perseverancia", se realimentan con el que completaremos los condicionamientos externos a través de la autosugestión: alentándonos a tener "fuerza", a seguir "adelante", a esperar la "racha de suerte", la "bendición de Dios", acelerando frenéticamente la vorágine de esnobismo mistificador. Con el pensamiento abstracto desnutrido, sin capacidad análisis crítico, se opera una verdadera alucinación, por la cual la persona supone que razona por sí misma, cuando solamente brinca de eslogan a eslogan, de prejuicio en prejuicio delirando estar razonando lógicamente; y se ofende y enfada si se le dice que no tiene libertad ni pensamiento autónomo, porque contradice sus mitos, e ídolos, cuestiona el "velo" y sus "vestiduras". Los Medios a fin de asegurar que el mito sea aceptado como algo de sentido común ilustrado, da cita obligada a presuntos especialistas, dónde lo terapéutico y esotérico o lo disparatado dotado de lenguaje seudo científico gozan de la mayor respetabilidad. Se nos inculcan veladamente los patrones de pensamiento propios del utilitarismo explotador, y si algo no nos reporta una utilidad inmediata, no tiene ningún valor ni merece nuestra atención, donde Mammón siempre acapara nuestra fiel devoción, y con la ya instalada matriceria mental del "cuanto tienes, tanto vales" no distinguimos personas de cosas. Por la que podemos dejar morir a niños de hambre haciendo fastuosas campañas para alimentar animales, dónde consentimos displicentemente que miles de personas mueran de enfermedades tratables porque la patente del medicamento vale más que la vida de todos ellos. Dónde las personas en situación de calle, en algún punto "merecerían" estar allí. Con la perseverancia con que el agua orada la piedra el poder hegemónico reemplaza el pensamiento por las pautas del espectáculo como sustrato ideológico de dominación y el divertimento vacío y efímero, produce una "situación", un presente perpetuo apoyado en el espejismo de la tecnología, en el que es posible instalar cualquier mito o ídolo o ideología que abone el sesgo con el que hemos sido acunados por nuestra "Nodriz". Se realimenta la sed del "ser", a través del "tener", por lo que la propiedad privada –una institución netamente política– se la mitifica como "Derecho Humano Esencial" y se la consustancia con nuestra propia identidad autopercibida para que creamos que somos "alguien" por tener tal o cual producto de mercado, sea un título universitario, un vehículo, un cierto teléfono celular, o determinadas zapatillas, por lo que la propiedad privada se sacraliza y todo aquel que atente contra ella, merecerá arder en la hoguera o ser ajusticiado, linchado o pudrirse en la cárcel. Dónde el valor vida humana, queda devaluado al precio que le adjudique el dios Mercado. La desintegración del tejido social no es un producto casual o natural, es un fenómeno diseñado con fines de dominación, "el mito-guia de este movimiento suele estar fabricado por una minoría de individuos ambiciosos. Una vez creado, este mito es divulgado por el brazo propagandístico del movimiento" (Szazs, ídem bis: 114).

La penetración psicológica, el proceso de subjetivación, tiene un correlato directo en los acontecimientos concretos de la cotidianidad, su repercusión práctica es insoslayable "el problema de si al pensamiento humano se le puede atribuir una verdad objetiva, no es

un problema teórico, sino práctico. Es en la práctica donde el hombre tiene que, demostrar la verdad, es decir, la realidad y el poderío, la terrenalidad de su pensamiento” (Marx-Engels, 1957: 130). Es “una sociedad que esta perdiendo valores importantes como la solidaridad, la honestidad, la honradez con uno mismo, la coherencia [la] hemos sustituido por el culto al dinero, a la ostentación [...] no tener otro tema en la cabeza, y [...] en muchos casos en las conversaciones. Esta forma de pensar conlleva una forma de vivir” (Covadonga, 2000: 71-73). Keynes advierte que “los principios pseudo-morales que nos obsesionaron durante doscientos años, con lo[s] que hemos elevado algunas de las calidades humanas más desagradables al lugar de las más altas virtudes. El amor por el dinero en cuanto posesión [...] reconocido como lo que es, una morbosidad en cierto sentido desagradable, una de esas tendencias semicriminales, semipatológicas, que con un estremecimiento se derivan a los especialistas en enfermedades mentales” (Zaffaroni, 2011: 355-356). Montado el “altar” en cada individualidad con la entronización del Capitalismo como una religión secular, donde se verifica “la determinación del influjo de ciertos ideales religiosos en la constitución de una “mentalidad económica” (Weber, 2004: 8). “El mito — funciona como simbología y retórica justificativa tanto para el grupo como para el individuo [...] puede unirse no sólo a la magia, sino también a toda clase de poder social o reivindicación. Se utiliza siempre para dar una explicación a los extraordinarios privilegios u obligaciones, a las grandes desigualdades sociales, a las graves cargas que el rango comporta, tanto si éste es muy alto como muy bajo” (Szasz, ídem: 129-130). Ya que “practicamos diversos tipos de discriminación, gracias a los cuales —la mayor parte de las veces sin darnos cuenta— reducimos efectivamente sus oportunidades en la vida. Construimos una teoría del estigma, una ideología que explique su inferioridad y justifique el peligro que representa, racionalizando a veces una animosidad basada en otras diferencias, como las de clase social” (Idem bis: 242). En palabras de Zaffaroni “La ideología del totalitarismo financiero está plagada de mentiras, algunas groseras, como la afirmación de que la autocracia plutocrática es natural [...] las mentiras de quienes hegemonizan el saber económico cooptaron las agencias de reproducción ideológica [...] Se ha montado un aparato ideológico tan complejo basado en la mentira como el del autodenominado neoliberalismo [...] para fines claramente plutocráticos” (ídem bis: 80, 83). Un minúsculo porcentaje de multimillonarios ha logrado expandir y hacer penetrar su ideología, sus ídolos, en éste proceso mitificador, por el cual todos tienden a participar del convencimiento de que existen “ellos” en contraposición de los otros que son “subhumanizados” por variados motivos, raza, religión, sexo, pero que en el fondo son variaciones de la misma matriz discriminatoria fundamental pautada a través de los ídolos de la clase social donde “un puñado de poderosos y ricos en la cima de las grandezas y de la fortuna, mientras la muchedumbre se arrastra en la obscuridad y en la miseria, [y] es porque los primeros no aprecian las cosas de que disfrutaban sino porque los otros están privados de ellas, y que, sin cambiar de situación, dejarían de ser dichosos si el pueblo dejara de ser miserable” (Rousseau, 1923: 46), confluyendo de consuno todos los factores ideológicos que se resisten a los cambios para mejorar la situación social de los pobres porque sino

se trastorna y desmorona su cosmología, su religión terrenal, materialista, laica y secular con su paraíso propio y el infierno para los demás.

El Discurso Hitleriano está presente y saludable. Fue la perversión de hacer dinero a toda costa, más las afinidades ideológicas, lo que motorizó a empresarios y banqueros alemanes, norteamericanos, ingleses, sudafricanos, franceses, suecos, suizos y argentinos a financiar a Hitler en persona, a su partido y a la conquista europea. Como en la Argentina del golpe de Estado genocida de 1976 fue tanto cívico como militar, y los intereses en juego eran idénticos y éstos continúan presentes en la actualidad; así en la conflagración mundial el aparato bélico pasó de los Panzer a los Medios y produce una subyugación psicológica arrasadora por la cual se persigue la dominación mundial. "Hansfstaengl [...] apoyaba con dinero en dólares que su familia le remitía desde Nueva York. Esa moneda norteamericana fue destinada al financiamiento del periódico nazi, gracias a lo cual se convirtió de semanario en diario" (Muchnik, 2000: 253). Grandes empresas norteamericanas e inglesas hicieron mil maniobras para seguir bien paradas. "Otra empresa colaboracionista fue la ITT, el conglomerado telefónico, que décadas más tarde patrocinaría al general Augusto Pinochet en su misión de extirpar el "peligro rojo" de Chile [...] La Argentina y Uruguay participaban de Transradio, una empresa que funcionaba como verdadero nido de nazis" (idem: 256).

La globalización económica fue el resultado de sucesivas decisiones tomadas de modo programado por agentes tanto estatales como privados, concentradas especialmente en la segunda mitad del siglo XX, para reinventarse tras la pérdida de su caballito de batalla, Hitler; éste expansionismo es su lineal continuación. El plan de exterminio nazi está en marcha, y a fuerza de sutilizarse, simular, disimular, mimetizarse y camuflarse en base a mitificaciones a través de los Medios nos han hecho naturalizar su accionar. No es difícil bosquejar la comprensión cabal de ésta maquinaria letal: 1º Es destructiva. La pobreza es una amenaza a la vida real del pobre, es mortal. 2º No es un "accidente" natural, de mera carencia. No es neutra políticamente, la pobreza no obedece a una especie de "fatalidad" social, ciega e ineluctable. 3º Es estructural. "Es producto histórico de un sistema injusto de empobrecimiento determinado por la voluntad de una minoría de hombres en función de intereses y beneficios que no son los de la mayoría, de ahí la dialéctica: hay pobres porque hay ricos y hay ricos porque hay pobres [...] Los pobres son verdaderamente los crucificados de la historia [...] Condenados a morir antes de tiempo, lentamente por estructuras opresivas y más rápida y eficientemente por estructuras represivas" (Araya, 1983: 49, 177 y 179). Nuestra realidad esta estridentemente caracterizada por la diseminación y ahondamiento del capitalismo financiero, con el proporcional y permanente crecimiento de las inequidades sociales y ésto no genera la alarma y escándalo condigno a la enorme magnitud del drama por obra y gracia de los Medios. Es formidable el Poder que se esconde detrás, que de hecho "son" los mismos Medios, cuyo objetivo prioritario es el de adoctrinar en el Credo de una suerte de Religión del Capital. La pobreza, la inequidad y la corrupción son la otra faz de la pandemia, y las respuestas que los organismos

internacionales, la academia y los gobiernos han propuesto para combatir estas tragedias son harto deficitarias porque a causa de aquellos “ídolos” no los pueden tomar como el resultado de designios deliberados, estructurales que son instrumentados y viabilizados desde los Medios y diversificados en innumerables rubros y empresas cuyo cometido es material y espiritual a la vez, es cultural y moral al tiempo que palpable y concreto.

La Libertad de Empresa/Prensa es el nuevo Panzer Nazi, es una forma de dirección social, su ejercicio no puede residir sino en el pueblo mismo. Solo expropiando los Medios técnicos de Comunicación, aboliendo la propiedad privada sobre ellos y estableciendo la propiedad social, de todo el pueblo se logrará frenar éste holocausto planetario. La Libertad de Expresión no existe mientras esté entreverada y en pugna con la Libertad de Empresa, que invariablemente siempre pugnará por la monopolización valiéndose de cuánto medio tenga a su alcance, jueces, políticos, gobiernos, estados, organismos internacionales. El traspaso de los Medios a propiedad social es prioritario y crucial, es el principio de una remodelación planetaria. Sin ésto, lo demás será tan solo marketing publicitario. “El tránsito desde formas mercantilistas de la comunicación masiva a formas socialistas, auténticamente populares, no es en ningún caso pacífico; se produce después de una abierta lucha de clases, por la propiedad de los medios, que se da simultáneamente en los frentes económico, político e ideológico” (Taufic, 1974: 181). Un parche de emergencia, a nivel regional es la sanción de un Tratado Internacional contra el *lawfare* y las fake news, y a nivel nacional la reforma Constitucional que incorpore las enseñanzas de esta tortuosa experiencia para la reformulación integral de su Poder Judicial y la instrumentación de mecanismos que impidan la concentración de Capital de cualquier orden, y la expropiación de todos los Medios de comunicación, esta es la Vacuna. Dónde la información y las comunicaciones sean aún más importantes que los alimentos, en que el mentir, sea considerado un crimen, al par que “envenenar”.

Rasgamos el velo y nuestras vestiduras: sin expropiación y la más estrechísima regulación, la Libertad de Expresión es un monumental mito moderno; ligeros de ropas, con la farsa desmontada con ímpetu iconoclasta y el martillo demoledor de mitos en mano nos aprestamos a declarar y proclamar a viva voz que “La “libertad de prensa” en la sociedad burguesa es la libertad de los ricos de engañar, corromper y embaucar cada día, de manera sistemática y continua, con millones de ejemplares, a las masas explotadas y oprimidas del pueblo, a los pobres. Esa es la verdad sencilla y evidente, conocida de todos, observada por todos y comprendida por todos, pero que “casi todos” silencian “pudorosamente” y esquivan con temor.” (Lenin).

Referencias

- Araya, V. (1983). El Dios de los pobres, Ed. Departamento Ecueménico de Investigaciones, Argentina.
- Bachelarl, G. (1978). La formación del espíritu científico, Ed. Siglo XXI, México.

- Bacon, F.** (2010). *La Gran Restauración (Novum Organum)*, Ed. Tecnos, España.
- Baratta, A.** (2004). *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Ed. Siglo XXI, Argentina.
- Bronislaw, B.** (1999). *Los Imaginarios sociales. Memorias y esperanzas colectivas*, Ed. Nueva Visión, Argentina.
- Covadonga, O.** (2000) *El valor de los valores*, Ed. Planeta, Argentina.
- Castells, M.** (2008). *Comunicación y poder*, Ed. Alianza, España.
- Chaparro, M.** (2015). *Claves para repensar los medios y el mundo que habitamos. La distopía del desarrollo*, Ed. Desde Abajo, Colombia.
- Clark, T.** (2000). *Arte y propaganda en el Siglo XX*, Ed. Akal, España.
- Domenach J.** (1968). *La propaganda política*, EUDEBA, Argentina.
- Fernández de Kirchner, Cristina** (2019). *Sinceramente*, Ed. Sudamericana, Argentina.
- Ferrajoli, L.** (2004). *Libertad de información y propiedad privada. Una propuesta no utópica*, en Miguel Carbonell comp., *Problemas contemporáneos de la libertad de expresión*. Ed. Porrúa, México.
- Hitler, A.** (2003). *Mi Lucha*, Ed. Jusego-Chile Primera Edición electrónica, Chile.
- Ihering, R.** (2018). *La lucha por el derecho*, Ed. Dykinson, España.
- Koheler, M.** (2015). *The Uncomfortable Truths and Double Standards of Bribery Enforcement*. *For-dham Law Review* (4)82, 525-561.
- Kosik, K.** (1976). *Dialéctica de lo concreto*, Ed. Grijalbo, México.
- Kreckler-Caviglia (Comp.)** (2000). *Justicia para todos*, Ed. Ariel, Argentina.
- Lafargue, P.** (1995). *La religión del capital*. <https://elsudamericano.wordpress.com>
- Lippman, W.** (2011). *Libertad y prensa*, Ed. Tecnos, España.
- Loreti, D. - Lozano, L.** (2014). *El derecho a comunicar. Los conflictos en torno a la libertad de expresión en las sociedades contemporáneas*, Ed. Siglo XXI, Argentina.
- Losada, J.** (2010). *Mito moderno y proceso de notificación*, Universidad Complutense de Madrid, España. jlosada@filol.ucm.es
- Maquiavelo, N.** (1999). Ed. elaleph.com
- Marx C. y F. Engels** (1957). *Obras Escogidas*, Ed. Cartago, Argentina.
- Muchnik, D.** (2000). *Los empresarios junto a Hitler*, Ciclos, Año X, Vol. X, N° 19.
- Nietzsche, F.** (2002). *El ocaso de los ídolos, Proyecto Espartaco*.
- Ortega y Gasset** (2010). *La Rebelión de las masas*, Ed. La Guillotina, México.

- Pashukanis, E.** (1976). Teoría general del derecho y marxismo, Ed. Labor, España.
- Reyes, H.** (2007). Ni dictadura de los medios ni cinismo periodístico: cuando la caja de pandora se abre, en Medios, País y Asamblea, el debate de Fundamedios, Ecuador.
- Rousseau, J.** (1923). Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres, Ed. Calpe, España.
- Szazs, T.** (2005). La fabricación de la locura, Ed. Kairós, España.
- Taufic C.** (1974). Periodismo y lucha de clases, Argentina. [https:// elsudamericano.wordpress.com](https://elsudamericano.wordpress.com). La red mundial de los hijos de la revolución social.
- Weber, M.** (2004). La ética protestante y el espíritu del capitalismo, Ed. Premia, México.
- Zaffaroni, R.** (2011). La palabra de los muertos, Ed. Ediar, Argentina.
- Zaffaroni-Dias Dos Santos** (2019). Nueva Crítica Criminología, Ed. El Siglo, Ecuador.

SEBASTIÁN RODRIGO ANDRADE* - NOELIA SOLEDAD LUQUE**

El señuelo fascinante de la violencia

La violencia forma parte de la historia y de nuestro imaginario social. Sin embargo cuesta reconocerla ya que no se puede mostrar si no es a través de alguna situación violenta. Se suele reconocer a la violencia asociandola a delitos o disturbios pero, tal como sugiere Slavoj Žižek, “deberíamos aprender a distanciarnos, apartarnos del señuelo fascinante de esta violencia <<subjetiva>>, directamente visible, practicada por un agente que podemos identificar la instante” (2017, pág. 9)

Según este autor la violencia subjetiva es la más visible y perceptible, es la que rápidamente se reconoce como tal. Por el contrario, la violencia objetiva es la propia del sistema, son aquellas formas sutiles de coerción impuestas por las relaciones de dominación y explotación. De acuerdo a Žižek, la violencia subjetiva se experimenta como tal a partir de un contraste del “nivel cero de violencia”, como una perturbación del estado “normal”. La violencia objetiva es justamente la violencia propia de ese estado normal. De aquí que la violencia objetiva sea invisibilizada, ya que sostiene la normalidad del nivel cero contra lo que se percibe como subjetivamente violento.

Žižek sostiene que hay algo propiamente desconcertante en la confrontación con la violencia subjetiva, y es justamente que “el horror sobrecogedor de los actos violentos y la empatía con las víctimas funcionan sin excepción como un señuelo que nos impide pensar” (2017, pág. 11) Justamente, en ese impedimento del razonamiento hay que considerar además los tiempos exigidos. Hay en la violencia subjetiva un falso sentido de urgencia que domina el discurso. No hay tiempo para reflexionar, es ahora cuando se debe actuar.

(*) UNDAV. sebastianrodrigoandrade@gmail.com

(**) UNLP y UBA. noeluque@gmail.com

En otras palabras, se trata de una operación ideológica en la que se colabora con las formas más imprescindibles de la violencia social. En otras palabras, reconocer automáticamente la violencia subjetiva y condenarla como inapropiada, invisibiliza a su vez la violencia objetiva. En términos del propio Žižek:

Es profundamente sintomático que las sociedades occidentales, tan sensibles a las diferentes formas de persecución, sean también capaces de poner en marcha infinidad de mecanismos destinados a hacernos insensibles a las formas más brutales de la violencia, paradójicamente, en la misma forma en que despiertan las simpatía humanitaria para con las víctimas (2017, pág 196)

Al relacionarse la violencia subjetiva con la violencia objetiva a través de una operación ideológica, es pertinente señalar, en palabras de Karl Marx que:

Las ideas dominantes no son otra cosa que la expresión ideal de las relaciones materiales dominantes, las mismas relaciones materiales dominantes concebidas como ideas; por tanto, las relaciones que hacen de una determinada clase la clase dominante son también las que confieren el papel dominante a sus ideas (1985, pág. 51)

En otras palabras, que la violencia objetiva, propia del sistema e impuesta por las relaciones de dominación y explotación sea invisibilizada por la mención y referencia de la violencia subjetiva, se relaciona con concebir a las relaciones materiales dominantes como ideas. Es decir, con concebir a la violencia sólo como violencia subjetiva.

A continuación se presentarán tres casos en los que es posible reflexionar acerca del señuelo fascinante de la violencia.

En primer lugar, Registradas es un programa creado por el Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad junto al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación para, según lo publicado en su web, “promover el acceso de las trabajadoras de casas particulares al empleo formal, asegurar su permanencia e incentivar su bancarización”. Las “personas destinatarias” que supone el Programa son las trabajadoras de casas particulares y empleadores que registren una nueva relación laboral.

Registradas supone dos líneas de trabajo, por un lado, el “incentivo para la formalización y permanencia en el empleo” que consiste en una entrega de una suma de dinero fija destinada a trabajadoras de casas particulares durante seis meses a cuenta del pago que realiza la parte empleadora, y una transferencia del porcentaje restante (pago de los aportes, contribuciones y ART) por la parte empleadora junto con la obligación de mantener el puesto de trabajo los cuatro meses posteriores a la finalización del beneficio. Por otro lado, la segunda línea de trabajo que el programa supone es la “bancarización de las trabajadoras de casas particulares” que consiste en la apertura automática de una cuenta sueldo gratuita en el Banco de la Nación Argentina y el acceso a beneficios bancarios.

En segundo lugar, el Aporte Solidario y Extraordinario de las Grandes Fortunas, establecido por la ley 27.605 sancionada en el 2020, es uno de los instrumentos implementados por el Estado Nacional para “ayudar a morigerar los efectos de la pandemia”. Específicamente, la ley prevé el siguiente destino de los fondos: un 20% será destinado a la compra y/o elaboración de equipamiento médico, otro 20% irá como subsidios a micro, pequeñas y medianas empresas, un 20% será destinado al programa Progresar; y un 15% al Fondo de Integración Socio Urbana (FISU). El 25% restante irá a programas y proyectos que apruebe la Secretaría de Energía de la Nación vinculados a la exploración, desarrollo y producción de gas natural.

Están alcanzadas por este aporte, por única vez, las personas físicas residentes en el país cuyos bienes superen la suma de \$200 millones de pesos y el carácter de la contribución es de emergencia

Por último, el Monotributo es un régimen simplificado de pago de impuestos para pequeños y pequeñas contribuyentes establecido por la ley 24.977, sancionada en el año 1998. Consiste en una cuota fija que contiene un componente de impuestos (IVA y ganancias) y otro de aportes a la jubilación y obra social. La ley 24.977 establece que se puede ser monotributista en tres situaciones: vendiendo productos (cosas muebles) o prestando servicios, integrando una cooperativa de trabajo o formando parte de una sucesión indivisa que continúa realizando la actividad de una persona física fallecida que fue monotributista hasta que finalice el mes en que se dicte la declaratoria de herederos o se declare la validez del testamento que verifique la misma finalidad o se cumpla un año desde el fallecimiento del causante, lo que suceda primero.

Este régimen simplificado de pago de impuestos se creó con el objetivo de formalizar a personas contribuyentes cuyo servicio contable necesario en la liquidación de impuestos les resultaba muy costoso, además de permitir de esta forma el acceso al sistema bancario.

A priori tanto el programa Registradas, como el Aporte Solidario y Extraordinario de las Grandes Fortunas y el Monotributo aparecen como medidas necesarias: Registradas para permitir el acceso de trabajadoras de casas particulares al empleo formal, el Aporte Solidario para contribuir a contener económicamente las consecuencias de la pandemia por el COVID- 19 y el Monotributo para poder disminuir y simplificar la carga impositiva y formalizar a contribuyentes.

En términos de Žižek, es posible suponer que con estas medidas se enfrentaría la violencia subjetiva perceptible. Puntualmente, en el caso de Registradas se haría frente a la informalidad de las trabajadoras en el sector; en el caso del Aporte Solidario se haría frente a la informalidad de contribuyentes que venden productos o prestan servi-

cios fundamentalmente; y en el caso del Aporte Solidario, permitiría afrontar parte de las consecuencias generadas a partir de la pandemia por el COVID- 19. Sin embargo, estas medidas son incendios que se intentan apagar con nafta. En palabras de Žižek, es menester apartarse del señuelo fascinante de esta violencia subjetiva para determinar la violencia objetiva, esa invisibilizada y propia del estado normal, del nivel cero contra lo que se percibe como subjetivamente violento. Siguiendo con este autor, es posible preguntarse entonces, ¿a qué formas brutales de violencia se es insensible con el programa Registradas, el Aporte Solidario Extraordinario de las Grandes Fortunas y el Monotributo? ¿Qué oculta el señuelo fascinante de la violencia subjetiva detectable en estas medidas?

El programa Registradas tiene como punto de partida la siguiente situación diagnóstica:

más del 98% de las trabajadoras de casas particulares son mujeres, las cuales representan cerca del 17% de las asalariadas de todo el país y reciben un sueldo aproximado de \$13.300. En promedio, trabajan 17 horas semanales y se calcula que la informalidad en el sector supera el 69%, lo que provoca, entre otras dificultades, un límite para acceder a la bancarización y severos obstáculos para permanecer en el empleo. En el 2021, en contexto de pandemia y de aislamiento social, preventivo y obligatorio, el sector sufrió una caída de la ocupación de los puestos laborales que afectó especialmente a las trabajadoras informales. A su vez, el 64% de las trabajadoras de casas particulares vive en hogares que se encuentran por debajo de la línea de la pobreza.

Se podría sintetizar que frente a la informalidad de las trabajadoras de casas particulares, el Estado Nacional toma la decisión de subvencionar y beneficiar a la parte empleadora, esa que no formaliza la relación de dependencia que establece con la empleada doméstica. Es decir, el Estado asume y reconoce que las trabajadoras de casas particulares no están formalizadas en sus lugares de trabajo porque la parte empleadora no cumple con las obligaciones patronales que se les exige por ley.

Aún más, las “personas destinatarias” de este programa según la web Argentina.gob son las trabajadoras de casas particulares y las personas empleadoras que registren una nueva relación laboral. Sin embargo, esta subvención beneficia de forma directa a la parte empleadora ya que es incentivada por el Estado a asumir una obligación que debería cumplirse por ley. En otras palabras, el Estado hace cumplir una obligación que establece la ley a través de un programa que beneficia directamente a la parte empleadora.

A esto último se le puede agregar una observación más. Dentro de las principales acciones del programa se encuentra la apertura de una cuenta sueldo gratuita para las trabajadoras de casas particulares. Sin embargo, esto es un derecho de la empleada que le corresponde justamente por su condición de trabajadora formalizada en relación

de dependencia. Lo mismo puede mencionarse acerca de la exigencia del programa a la parte empleadora de pagar aportes y contribuciones. Este requisito que establece el programa ya es una obligación establecida por ley.

Es así que en el programa Registradas es posible advertir, a partir del presente análisis, que hay una violencia no mencionada, invisibilizada y objetiva en términos de Žižek. Se trata de un Estado que decide subvencionar a la parte empleadora para incentivarla a que responda a obligaciones que deberían cumplir por ley.

El Aporte Solidario y Extraordinario de las Grandes Fortunas tiene como objetivo “ampliar y fortalecer las fuentes de financiamiento en el marco de la pandemia del COVID- 19”. Este aporte se le exige a personas físicas residentes en Argentina cuyos bienes superen \$200 millones de pesos. Y se estimó que el alcance del aporte sería de doce mil personas.

Cabe mencionar que inicialmente no se lo nombró como un Aporte Solidario sino como un impuesto. El propio presidente, Alberto Fernandez, cuando todavía la ley era un proyecto la denominaba como “proyecto de impuesto a las grandes fortunas”. Incluso Carlos Heller, presidente de la comisión de Presupuesto y Hacienda de la Cámara de Diputados, diferenció la forma de denominarlo y sostuvo “No es un impuesto, sino un aporte. Cuidamos mucho los detalles. Por eso lo llamamos ‘Aporte Solidario Extraordinario a las Grandes Fortunas’”. Si bien el aporte es obligatorio, se decidió no asumir en el nombre la imposición o exigencia. En el mismo sentido, se le agregó el adjetivo “solidario” apelando a un apoyo que se acerca más a la voluntad que a la obligación desde la forma en que se lo enuncia.

Algo semejante ocurrió en el año 2019 con el impuesto PAIS que se aplicó a la compra de moneda extranjera. Este impuesto de emergencia tenía como objetivo financiar programas de ANSES y PAMI, obras de vivienda social, obras de infraestructura económica y fomento del turismo nacional. Estuvo enmarcado en la ley 27541 llamada “Ley de Solidaridad Social y reactivación productiva en el marco de la emergencia pública” y en el texto de la disposición es llamado “Impuesto Para una Argentina Inclusiva y Solidaria”. Es decir que, si bien en este caso sí se lo llama impuesto, también se apela a la “solidaridad social” y a la inclusión, sentidos que se relacionan más con una voluntad y no con una exigencia estatal a cumplir por una minoría que puede comprar moneda extranjera.

El Aporte Solidario y Extraordinario de las Grandes Fortunas supone para el Estado una medida que permite afrontar las consecuencias de la pandemia del COVID- 19, consecuencias que en términos de Žižek aparecerían de forma visible como violencia subjetiva. Y para esto, el Estado obtendría dinero del sector más acomodado del país. Sin

embargo, para intentar materializar esto, se hace un planteo simbólico como “aporte” y “solidario” que, en términos de interpelación, apela más a una voluntad y no a una exigencia, obligación o una imposición. Por lo que, a la parte más adinerada de Argentina, que alcanzaría sólo a doce mil personas, el Estado le pide un aporte que además es sólo extraordinario y por única vez, es decir que no se sostiene en el tiempo.

Es así que en el Aporte Solidario a las Grandes Fortunas, es posible advertir, a partir del presente análisis, que hay una violencia objetiva en términos de Žižek. Se trata de un Estado que decide pedir, a una parte pequeña de la población que es la más rica del país, un aporte “solidario”, por única vez, en vez de establecer este aporte a modo de impuesto sostenido a través del tiempo.

En relación al monotributo apareció también como una medida necesaria, una decisión que permitiría, en principio, disminuir y simplificar la carga impositiva para las personas que no trabajaban en relación de dependencia sino que son autónomas, además de bancarizarlas. Sin embargo, su implementación terminó en ciertos casos convirtiéndose en una herramienta para ocultar e invisibilizar la relación de dependencia entre la parte empleadora y los y las trabajadoras. Esto ocurre incluso cuando la parte empleadora es el propio Estado. En otras palabras, el Estado establece en la práctica una relación de trabajo cuando, según la ley 20.74, “una persona realice actos, ejecute obras o preste servicio en favor de otra, bajo la dependencia de ésta en forma voluntaria y mediante el pago de una remuneración, cualquiera sea el acto que le dé origen” pero niega, al contratar mediante monotributo, la relación de dependencia y el trabajo regular. Negar esta relación redundaría en negar derechos del trabajador o la trabajadora tales como la protección contra el despido arbitrario, la estabilidad en el empleo, el descanso y las vacaciones pagas, etc.

Al llevar adelante esta práctica, el propio Estado está ejerciendo lo que Žižek llamaría violencia objetiva, esa que no nos es evidente a simple vista y que se esconde a través de la violencia subjetiva que, en este caso, se podría suponer que es la imposibilidad de tener un empleo. De esta manera, el Monotributo que apareció para disminuir y simplificar la carga impositiva y bancarizar contribuyentes, terminó siendo una herramienta del Estado para informalizar lo que debería establecerse como un trabajo formal.

Siguiendo la línea de la informalidad en la formalidad del empleo, caben algunas preguntas más considerando como punto de partida el siguiente interrogante de Žižek “¿qué es el robo de un banco comparado con la fundación de un banco?” (2017, pág. 115) . En este sentido, es posible preguntar si aún incluso el trabajo formal, no podría considerarse un robo a la clase trabajadora teniendo en cuenta que la patronal es quien extrae la plusvalía pagando parcialmente por ella. Incluso, en el caso de la frase “el trabajo digni-

fica” que hace suponer que el empleo hace frente a la violencia subjetiva de no contar con un ingreso mensual, se la puede relacionar con la frase “aquellos que combatiendo la violencia subjetiva, hacen uso de la violencia sistémica que genera los propios fenómenos que aborrecen” (Žižek, 2017, pág. 195). En otras palabras, afirmar que el trabajo dignifica ¿no será justamente negar que lo que menos hace el trabajo es dignificar a la clase trabajadora? Enunciando esa frase, ¿no se estará invisibilizando que lo que hace el empleo con sus condiciones es omitir la relación de explotación? Y por ende, al negar la relación de explotación ¿no es más difícil de esta forma imaginar y proponer tácticas de resistencia?

Referencias

- Marx, K. & Engels, F. (1985). La ideología alemana. Argentina: Ediciones Pueblos Unidos.
- Žižek, S. (2017). Sobre la violencia. España: Paidós.

Leyes

- Ley N° 27.605 Aporte solidario y extraordinario para ayudar a morigerar los efectos de la pandemia.
- Ley N° 20.744 Contratos de trabajo.

Artículos publicados en diarios

- Fontevecchia, J. 30 de julio de 2021. Carlos Heller: “Se necesita un cebador para tirar la economía hacia delante”. Perfil. Recuperado de: <https://www.perfil.com/noticias/periodismopuro/carlos-heller-se-necesita-un-cebador-para-tirar-la-economia-hacia-delante-por-jorge-fontevecchia.phtml>

Páginas Web

ARGENTINA. Recuperado de: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2021/09/resumen_programa_registradas.pdf

AFIP. Recuperado de: <https://www.afip.gob.ar/aporte-solidario/informacion-general/que-es.asp>

Fernandez, A. [@alferdez] (14 de abril de 2020). Junto a @Martin_M_Guzman recibimos a Máximo Kirchner y @CarlosHeller para conversar sobre su proyecto de impuesto a las grandes fortunas [Tweet]. Twitter. Recuperado de: https://twitter.com/alferdez/status/1250230364913704961?ref_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etwetembed%7Cwterm%5E1250230364913704961%7Ctwgr%5E%7Cwcon%5Es1_&ef_url=https%3A%2F%2Fwww.lanacion.com.ar%2Feconomia%2Falberto-fernandez-se-reunio-su-equipo-analizar-nid2354281%2F

GERMÁN CÓRDOBA*

Prisionera de la ciencia, el patriarcado y el artefacto mediático de dominación: caso Soraya

Acontecimientos, hechos y sucesos, ¿objetividad periodística?

Soraya realizaba varias consultas por la salud de su hijo, luego de internaciones variadas en su pueblo de origen la derivan al hospital Garrahn en la ciudad de Buenos Aires. Desde ahí el servicio de pediatría realiza una denuncia sobre un supuesto padecimiento psíquico de Soraya por el cual el signo sobresaliente era producir enfermedades a sus hijos. La denuncia se transforma en causa penal e incluso se la investiga por el fallecimiento de otros hijos previos al que consultaba. Finalmente, luego de diez años queda firme una condena por tentativa de homicidio agravado por el vínculo y es encarcelada.

Hipótesis sobre la construcción del discurso periodístico

Un evento de confluencia de criminalización punitiva y aleccionamiento patriarcal sobre Soraya a través de la confluencia de las estrategias de saber poder y del artefacto mediático como constructor de sentidos y direccionamiento de la acción pública y el proceso penal (este hecho de criminalización y aleccionamiento patriarcal ejemplifica cómo el poder punitivo se ejerce sobre las mujeres indirectamente a través del poder patriarcal y como puede ser complementado por el poder punitivo excepcionalmente... Veremos en este caso que el poder patriarcal no se ejerce sobre el hombre sino solo

(*) Licenciado En Psicología UNLP, Profesor en Psicología UNLP, Especializando en Políticas Sociales facultad de Trabajo Social UNLP, Maestrando en Comunicación y Criminología Mediática Facultad de Periodismo y Comunicación Social UNLP.

sobre la mujer, la herramienta del saber/poder opera en el poder punitivo x ejemplo a través de la clasificación criminal de Lombroso y en el poder patriarcal, en este caso, por ejemplo, mediante la Sociedad Argentina de Pediatría, en cuyos informes son explícitos los razonamientos y las afirmaciones sexistas)

Argumentación de la hipótesis y marco teórico

PODER PUNITIVO, PODER PATRIARCAL Y PODER SABER. El poder punitivo y el patriarcal se presentan vedados en la producción periodística, entendiendo la noticia como discurso.

Primeramente, vamos a sostener la idea de que las sociedades verticalizadas y desiguales del estado moderno se sostiene sobre tres vigas:

Poder punitivo que controla a los considerados inferiores a través de las agencias policiales. Poder patriarcal que controla una parte de la población, mujeres y niños. El poder del saber que mediante dogmas científicos proveen a la organización política instituida de estrategias de dominación.

En termino de poder; Zafaroni plantea que el poder punitivo no existió siempre sino desde el siglo XII o XIII. A partir de aquí los conflictos dejan de solucionarse entre las partes (víctima y victimario) debido a que la organización política estatal elimina a una de las partes, a la víctima y se erige él mismo como víctima frente a quien habría cometido un crimen. La víctima desaparece y el conflicto no se resuelve entre víctima y criminal sino entre el estado y el criminal.

Así, el proceso penal deja de ser una manera de resolver el conflicto y pasa a ser un modo de ejercicio de poder del estado y el sistema social que se erige como víctima sobre el que se designa como victimario. Entonces la sentencia no atiende los intereses de la víctima sino los intereses del sistema político.

Se suplanta una relación entre iguales (víctima y victimario) por una desigual entre estado y victimario. Configurándose un modo de relaciones sociales desiguales como estructura de una organización social basada en la desigualdad y la jerarquización de los individuos.

Para esta jerarquización hubo una primera tarea en la que se unieron el poder punitivo y el poder inquisitorial; el fortalecimiento de la estructura patriarcal para la subordinación de la mujer, de esta forma se configura una relación de poder inicial en la primer estructura de relaciones entre individuos, la familia.

En la familia se instituye el primer elemento de una estructura social que tenía las mismas características, vertical, jerarquizada y desigual.

Primeramente, el poder punitivo instaura una relación desigual entre partes en conflictos. Secundariamente también lo hará el poder patriarcal instaurando relaciones desiguales en las relaciones sociales familiares.

Entonces un aleccionamiento inicial dentro de las familias tiene como contraparte un aleccionamiento general desde el estado hacia los considerados inferiores social, cultural y económicamente.

Hay un énfasis puesto en el aleccionamiento sexual de las mujeres como encargadas de la transmisión de la cultura verticalizada. Esto lo retomaremos en el caso de Soraya viendo el papel de los medios hegemónicos de comunicación como herramienta del poder punitivo y patriarcal ensayando la normalización de roles aleccionantes sobre ellas y en particular sobre Soraya.

Algunos sostienen que el patriarcado es un aleccionamiento derivado del cristianismo o de la inquisición, pero en realidad es derivado del poder punitivo.

El cristianismo en el siglo xv es solo una modalidad discursiva comunicativa predilecta de la época. Ya que la inquisición era, en la época, la modalidad en la que el poder punitivo adquiriría un formato orgánico. En ese siglo producen el *Malleus Maleficarum* que es libro fundacional de las ciencias criminales y que recopila las manifestaciones históricas de aleccionamiento del poder punitivo en un documento matriz. Pongo énfasis en esta función especial de la inquisición y el cristianismo como lenguaje o discurso orgánico masificado, legitimado por la sociedad y herramienta legitimante del sistema social desigual porque la idea es que el discurso mediático de los medios masivos o "mass medios" ocupan en la actualidad ese papel, poseen consenso, legitiman prácticas y sostienen la desigualdad sistémica. "es palabra de dios" hasta el siglo XVII es el equivalente a: "salió en todos los diarios" desde el s. XX"

La sociedad verticalizada sienta sus bases en estas tres matrices;

1. El control y dominio de los excluidos
2. El control y dominio de las mujeres y niños
3. El saber / poder al servicio de los controladores;

Por un lado, el saber científico se encuentra al servicio del poder punitivo como controlador de los excluidos (lombrosianismo entre las ciencias naturales) y por otro al servicio de los patern familia controladores de la mujeres y niños y ancianos.

Esto también lo profundizaremos cuando veamos en el caso Soraya como se apela al saber poder del modelo médico hegemónico como argumento del aleccionamiento sexual sobre las mujeres a través de roles sexistas.

Advertiremos aquí una particular modalidad criminalizante que enlaza; a) el saber/poder sobre una patología médica, b) un acto de criminalización aleccionante en tanto se

convoca al poder punitivo sobre una persona que comporta una doble condición la de excluida pobre y la de ser mujer y c) un aleccionamiento patriarcal en tanto que es una mujer que no cumpliría eficazmente el mandato de cuidado y transmisora de cultura.

Estos tres factores editados en el escenario mediático demostrando el papel de los medios de comunicación como modalidad discursiva organizada hegemónica de la época que se encuentra al servicio de esos tres factores, del poder punitivo del patriarcal y del saber poder. Así veremos cómo los medios de comunicación cumplirían hoy el papel que en el siglo xv cumplió el cristianismo o la inquisición en tanto discurso legitimante del poder punitivo.

Hay otras perspectivas de análisis que relacionan el poder punitivo y las agencias policiales no tan directamente con las luchas de poder y el aleccionamiento de sectores económicos y culturales sino más bien con la historia del estado moderno, momentos históricos dentro de los cuales claramente se desarrollan luchas de poder. Estas perspectivas, que no vamos a desarrollar, presentan al poder de policía como acción material del estado, como fabricación de un orden social acción de imposición violenta de un orden social y económico a través del disciplinamiento de los gobernables. Luego de la crisis de New Deal y en postguerra, se formulan formas de gobernanza a través del delito (no implica gobernar el delito sino a gobernar a través de él). Estas estrategias globales de gobierno buscan transmitir una suerte de recuperación de la seguridad solo en torno al delito común frente a la creciente inseguridad social que el estado en crisis crea. Esta estrategia de gobierno fabrica un escenario en donde los personajes son tres: nosotros/ellos/el estado policía que nos cuida de ellos; el "nosotros" los "ciudadanos bien" generando la fantasía de potenciales víctimas todos de delitos; "ellos" los negros que no pueden robar y matar y el "estado/acción policial" que nos protege de ellos.

La idea del presente trabajo es visualizar cómo el saber científico (conocimiento) que antaño daba las bases de la criminalización con Lombroso, definiendo y clasificando estereotipos criminales por condiciones biológicas en la actualidad continua vigente actualizándose constantemente. Dicha construcción de estereotipos consistía en cargar de imágenes y sentidos negativo a un grupo o sector cultural. Enraizados esos estereotipos en los imaginarios sociales actuales, son los mismos rasgos estereotipados los que vienen a reproducirse peyorativamente sobre los sectores excluidos; los pobres, los negros, los denominados "planeros", las denominadas "luchonas" (aquí la dosis patriarcal le da un doble poder al poder) que "se embarazan para cobrar el plan" y que andan por diversas instituciones públicas con sus hijos y a hasta a veces se escucha por ahí que "les encanta ir al hospital" o también se escuchan frases del estilo de que los hospitales públicos se llenan de "negros y de luchonas con sus muchachitos".... Una de ellas era sin duda Soraya desconsiderando que en las condiciones en que vivía, era normal que visite a los nosocomios para curar afecciones de sus niños entre otras peticiones a dispositivos o redes de ayuda.

En la construcción de estos imaginarios sociales y estereotipos los medios de comunicación juegan un papel central a la hora de armar un entramado de sentidos.

En dichas tramas simbólicas se apelan a saberes científicos y se tiene por objetivo oculto la universalización de los intereses particulares. Los intereses de clase serán propuestos como intereses de todos a través de configuraciones estereotipadas, subyacentemente o enmascarados en tales configuraciones.

Crearán personajes sociales que encarnan todos esos prejuicios que justifican la jerarquización social, la verticalización y la desigualdad. Esos personajes en la actualidad son; los motochorros” los choriplaneros” las luchonas” los cogolleros” o las malas madres o asesinas de niños”.

Además, también en las últimas décadas no solo aportan la legitimación al poder punitivo, sino que por el grado de construcción de imaginarios sociales y la importancia de esto para las fuerzas políticas también dirige al poder punitivo a través del direccionamiento del poder judicial, esto lo vemos expuesto en la tesis sobre el caso de candela en el que la justicia seguía los pasos que los medios le iban sugiriendo. Podemos inferir que pudo haber ocurrido lo mismo en el caso Soraya.

En este caso, la noticia como discurso se alía al dispositivo medico hegemónico en la materialidad del hospital como dispositivo de poder y al saber medico como suplemento/ herramienta del poder patriarcal a través del policia de la salud.

Sobre Lombroso, observaríamos que entre esos estereotipos criminales no definía ningún estereotipo de mujer excepto la mujer masculinizada. Es decir, la mujer criminal, sería criminal (criminalizada para ser más justo) justamente por “no ser mujer” o por sus características de “no mujer”.

Con esta observación podríamos corroborar que el poder punitivo, la criminalización, no se ejercería directamente sobre la mujer sino indirectamente (PODER PUNITIVO CUYO PARADIGMA DE CLASIFICACION DE ESTEROTIPOS LA ENCONTRAMOS EN LA TAXONOMIA DE LOMBROSO).

Entonces el poder punitivo no opera directamente sobre la mujer ya que delega la acción de sometimiento de ella al poder patriarcal. Este poder patriarcal, siempre con ayuda del saber o de los medios (máxime para el caso que nos ocupa EL CASO SORAYA) ya produce la necesaria cuota de aleccionamiento a ese sector de la población LAS MUJERES. Sector que esencialmente debe ser sometido por ser la encargada de la transmisión cultural de la estructura de sometimiento y verticalidad de la sociedad desde la primera estructura relacional; la familia. En caso que no alcance con ese aleccionamiento puede apelarse al poder punitivo directamente como en el caso de Soraya.

Ahora bien, proponemos el modelo de intencionalidad editorial método desde la cual analizar los diferentes elementos en juego en el caso Soraya incluyendo el escenario de disputa de poder sobre el que se produce la noticia del caso.

Sostenemos la idea de que el periodismo y medios constituyen el cuarto mosquetero de la estructura verticalizada y desigual de la sociedad.

El periodismo produce y reproduce sentido de clase como valores de aceptación universal. La práctica periodística pertenece o es el resultado del poder en el marco de escenarios de disputas.

Ernesto Espeche sostiene al proceso periodístico como una totalidad dialéctica, el proceso periodístico puede situarse en un lugar de reproductor o de ruptura de ideologías en términos marxistas. Todo proceso periodístico pertenece a la lucha dialéctica por el poder, ya sea para construirlo reproducirlo o deconstruirlo.

C. R. Esperón plantea el modelo de intencionalidad editorial como propuesta de análisis de prácticas periodísticas. Relaciona las practicas periodísticas con el concepto de propaganda, poder y hegemonía de un imperio global privatizado IGP. Las corporaciones mediáticas desempeñan un rol activo dentro de las políticas públicas y de los aparatos de gestión pública. No son mediadores. Son actores directos de institucionalidades políticas. Son actores directos a partir de establecer ejes de sentido común que son determinantes para las políticas públicas.

Para entender la propuesta de analisis de intencionalidad editorial repasamos las dicotomias que señala esperón sobre la construccion del conocimiento que participan en la produccion periodistica...

1- Primera dicotomía

Existe una dicotomía de hierro entre A y B:

A Medios oligopólicos aliados a corporaciones de las más agresivas del sistema capitalista imperialista que tienden a imponer, y lo hacen muy eficazmente, sentidos comunes con el fin de transformar en valores universales a aquellos valores y necesidades de clase (el sentido discriminador o racista que naturaliza las desigualdades está claro que es un interés del sector dominante para naturalizar sus privilegios, los sectores excluido claramente deberían tener el interés y el sentido de luchar contra las desigualdades. No obstante, si las reproducen estos también se transforma en un sentido universal contrario al que deberían tener como particularmente perjudicados por el sistema político económico.

B Derechos de los pueblos a informarse y ser informado.

2- Segunda dicotomía

Existe una errónea o falsa dicotomía entre objetividad y subjetividad. Marx en su tesis sobre Feuerbach plantea que los materialistas para atribuirse el estatuto "científico" excluían justamente la actividad humana concreta; la subjetividad. Plantea Marx que el idealismo sí incluye lo subjetivo con estatuto científico, pero solo de manera abstracta, no como ACTIVIDAD SUBJETIVA.

Marx considera el materialismo subjetivo o la subjetividad material como modo de superación de esa falsa dicotomía.

Frente a esta dicotomía errónea entre el empirismo planteando al sujeto concreto objetivo/ pasivo y el idealismo sosteniendo al sujeto activo abstracto, el marxismo propone una dialéctica permanente entre lo subjetivo y lo objetivo en la que el sujeto es material y activo.

La mencionada propuesta, superadora de la dicotomía, también tiene su costado epistemológico, en torno a la construcción del conocimiento.

Respecto a la triad; sujeto – objeto – conocimiento. El conocimiento es el resultado de una práctica social que instituye al sujeto activamente y concretamente, no en abstracto. Transferimos este formulado epistemológico a toda la práctica humana, incluso a la producción de un discurso periodístico.

Vygotsky explica esto mismo en la producción del conocimiento, en el aprendizaje.

Postula que el conocimiento, incluso las funciones superiores, son el resultado siempre de la internalización de las experiencias intersubjetivas de un sujeto en su vida interpersonal y cultural. Vygotsky propone una configuración del sujeto, en la cual su mundo interior, el aprendizaje sobre los objetos y el psiquismo están concebidos como intra / intersubjetivo. En un escenario histórico social y material.

Marx plantea entonces a la práctica social como un componente esencial entre el sujeto y el objeto para la producción del conocimiento sobre un hecho o un fenómeno. La práctica social es concebida como esencial para la producción de ese mismo sujeto y del mismo objeto ya que concibe al hombre como resultado de esas prácticas sociales.

En base a la propuesta de Marx por la cual la práctica social es esencial para la construcción del sujeto y del objeto superamos la falsa dicotomía entre subjetivo y objetivo. También en base a esta propuesta concluimos que: incluso la "objetividad" es el resultado de un proceso dialéctico (sujeto / objeto) en el cual el sujeto cognoscente (lejos de ser un ser abstracto) orienta la producción de un conocimiento hacia los objetivos que le marca su propia subjetividad derivada de las prácticas sociales materiales y concretas de las que participa ontológicamente.

Por esto el proceso periodístico denominado objetivo es también una producción activa mediatizada por la subjetividad. Subjetividad concebida como material y activa.

En esta línea Marx postula la totalidad como categoría del conocimiento constituido por la síntesis dialéctica que se produce entre el sujeto y la realidad social. El conocimiento concebido como una totalidad entre el sujeto y la realidad social. La complejidad de la realidad social producirá que el sujeto y el objeto se construyan con la participación activa de lo estructural, de los superestructural y de esta misma manera se construyan lo objetivo y lo subjetivo, lo exterior y lo interior del sujeto (que consistiría en una reconstrucción internalizada de lo exterior al decir de Vygotsky; una "intra intersubjetividad").

Ideología material, subjetividad material y concreta, son concepto que me arriesgo a relacionarlos con las propuestas teóricas de I. Kant: condiciones de posibilidad del sujeto y de los hechos. También podríamos relacionarlo con las formulaciones psicoanalíticas lacanianas referentes al marco simbólico regulatorio o coordenadas de posibilidad estructural de la realidad o lo real y lo imaginario. Estos dos últimos pensando en la superación del empirismo y el racionalismo a partir del indagar sobre los marcos, las relaciones de poder y posibilidad, las determinaciones estructurales.

En esta línea de razonamiento, podríamos concebir a la técnica psicoanalítica como técnica concreta sobre el sujeto en el marco de una estrategia de normalización o emancipación y una política de reproducción de desigualdad o de deconstrucción y lucha contrahegemónica.

Según estas formulaciones podemos concebir la producción de un tratamiento psicoterapéutico como producción de una práctica por parte de un analista en juego y dentro de una totalidad dialéctica en la que es producido él mismo, el paciente y su práctica en un escenario concreto de disputas de poder que los producen. Con estos determinantes estructurales y a partir de ellos puede producir un conocimiento, un hecho terapéutico de acuerdo a como se ubica en ese escenario. Por tanto, puede producir o conducir una clínica en sentido de emancipación o de aleccionamiento normalizador. No podrá escaparse a ese escenario de disputas de poder ni podrá pensarse una terapéutica objetiva fuera de esa estructura practica social esencial en la que se produce. Freud, posicionado desde el punto de vista epistemológico en un lugar de ruptura con el poder / saber sostenía una práctica que implicaba no poner al sujeto del analista por encima ni en el lugar del saber, cuestionar la dimensión de poder y coloca el saber del lado del analizado. Aunque de acuerdo a la política en la que se sitúe esa técnica, de acuerdo a la práctica concreta del analista como sujeto activo y dialectico, del analista material y concreto, también puede ser, como decía Foucault, un normalizador disfrazado de emancipador. De esta manera el psicoanálisis al incluir al sujeto del analista en la misma dimensión que la del analizado, a través de pensar lo que sucede en la psiquis del analista, con los conceptos de transferencia, ubica su episteme en una dimensión diferente a la relación del poder del sujeto sobre el objeto oprimido pasivo y objeto de conocimiento. Se plan-

tea una ruptura con esa relación de poder entre el sujeto y el objeto de conocimiento en tanto que ambos son sujetos y ambos son pensados al momento de producir un conocimiento sobre esa particular relación terapéutica.

3- Tercera dicotomía

Partiendo de la superación de esta falsa dicotomía subjetivo / objetivo de Marx, desde el modelo de intencionalidad editorial vamos a proponer una nueva superación a partir de la articulación dialéctica entre esa dicotomía y la dicotomía parcialidad / imparcialidad.

Es decir, planteamos el análisis del relato y el hecho periodístico como la síntesis dialéctica entre las dicotomías objetivo subjetivo (al modo marxista) y la de imparcialidad / parcialidad.

En esta articulación de dicotomías, a la producción periodística la proponemos como objetiva solo por la relación con hecho contrastables y no por la dicotomía objetivo / subjetivo, y siempre parcial en relación al posicionamiento subjetivo que debe asumir el periodista dentro de un escenario complejo de lucha de poder en el que participan varios elementos en el hecho a narrar.

Tales elementos entran un escenario de lucha por el poder que configura el marco en el cual ineludiblemente se produce la práctica periodística. Dicha producción periodística, según el posicionamiento concreto y activo del periodista puede ser emancipadora o reproductora de intereses dominantes en juego.

En este escenario de lucha de poder participa activamente el periodismo hegemónico aliado al IGP imperialismo global privatizado. Una ejemplificación actualizada de ello desarrolló CFK cuando comentaba cómo en el momento en que el gobierno argentino negociaba con los fondos internacionales pagos a acreedores externos, los medios hegemónicos transnacionales publicaban su cara junto a la del diablo (debajo un zócalo que rezaba "pacto con el diablo") para graficar editorialmente el memorándum con irán (causa por la que se la investigaba).

Entonces el periodismo hegemónico aliado al bloque de poder sostiene la falsa dicotomía objetivo / subjetivo con el interés de invisibilizar la otra dicotomía, la de parcialidad imparcialidad. El modelo de análisis editorial propuesto busca revelar la dicotomía parcialidad / imparcialidad.

La estrategia para invisibilizar esta segunda dicotomía es ocultar el posicionamiento subjetivo parcial de quien relata y proponer directamente la objetividad como imparcialidad. La intención de invisibilizar las parcialidades y los posicionamientos subjetivos es ocultar justamente el escenario de lucha de poder de fondo.

Invisibilizando las posiciones parciales a partir de universalizar las de un sector dominante, se erradica del campo de visión la otra parcialidad, el "otro" sector el oprimido.

También se elimina la percepción de la disputa en juego, la disputa por los espacios, por la producción de sentidos comunes y en síntesis por el poder.

El ocultamiento de la parcialidad detrás de la falsa antinomia objetivo / subjetivo responde a la estrategia del imperialismo global privatizado que utiliza como herramienta central para la producción de sentidos culturales al discurso mediático en su función de disciplinador social y constructor de sentidos que protejan al poder. En tales sentidos o tramas simbólicas se cristalizan sentidos afables a la desigualdad del sistema de privilegios sociales.

Con esta estrategia también se alientan sentidos legitimantes del poder punitivo y del poder patriarcal. Son fomentados sentidos de aleccionamiento para con los excluidos por un lado y para con las mujeres por otro.

Veremos en el análisis particular del caso Soraya cómo el diario La Nación unos años antes de las notas específicas que vamos a analizar ya producía sentidos sobre una patología psíquica (nada menos que en su sección "Cultura", entiéndase; territorio en disputa) ligada a un género, publicaba las características del síndrome endilgado a las mujeres, asociándolo al rol de la mujer como cuidadora de hijos y como mala madre en caso que no los cuide bien. Es decir, producía sentidos patriarcales y luego direccionaba al estado participando activamente en la política pública direccionando una causa judicial que materializaba "objetivamente" su anterior cita al saber médico psiquiátrico.... Ocultando el posicionamiento parcial. Disfrazando su posicionamiento reproductor del patriarcado en el escenario de poder. Y lógicamente enunciando cierta "objetividad científica" omitiendo que la producción del saber es resultado de una práctica social en las que el sujeto cognoscente y el objeto de conocimiento, o más bien el conocimiento mismo, son derivados de un escenario práctico y material en disputa.

En el análisis editorial proponemos develar cuál es la parcialidad de clase propuesta como universal, cual es la parcialidad disfrazada de objetividad, cuales son los valores, sentido y discursos de clase o género que se pretenden universalizar. Cuáles son los intereses patriarcales que legitiman una desigualdad de género y cuáles son los intereses criminalizantes que legitiman una desigualdad socioeconómica.

En el caso Soraya veremos cómo ambos intereses se conjugan amalgamados por el discurso científico, es decir, por el saber como herramienta de poder y producidos en el escenario mediático. Discurso mediático como discurso orgánico predilecto de la época. Nota periodística o discurso mediático como herramienta legitimadora de estos sentidos – intereses (es decir con la función legitimante que antiguamente desarrollaba la inquisición o el cristianismo "es palabra de dios" "salió en todos los diarios")

En síntesis, las propuestas del marco teórico del método para analizar el relato periodístico del caso plantean lo siguiente;

el periodismo es una especie, objetiva, (porque remite a hechos concretos) del género propaganda ya que no hay proceso periodístico que no se genere dentro de un escenario de poder, dentro del cual siempre se asume una posición parcial.

Análisis del relato mediático, contrastación de la hipótesis inicial

Para revelar las parcialidades encubiertas en el caso soraya con el modelo de intencionalidad editorial vamos a analizar los siguientes puntos:

1. Elección de las fuentes y puntos de vista.
2. posicionamiento histórico de esas fuentes (modelo médico hegemónico, fiscalía, policía)
3. cargas valorativas introducidas sobre las personas o instituciones, si todas las voces son escuchadas y si son asociadas a que cargas valorativas las voces de la fiscal o de la familia o de la policía
4. la asignación del tiempo y el espacio que se dio a cada elemento en juego a cada voz, discurso o fuente.
5. la pertenencia corporativa del medio, su configuración societaria.
6. los antecedentes históricos, el posicionamiento histórico del medio en relación a hechos semejantes y a los modelos sociales dominantes y subalternos
7. el comportamiento histórico, el posicionamiento histórico del autor de las notas en relación a las luchas de poder entre sectores dominantes y subalternos.

Análisis de las notas del caso soraya y de artículos editoriales precedentes:

Antes que nada, señalar que antes del hecho, siete años antes se publica el primer artículo en la sección "cultura" ("cultura" punitiva y patriarcal podríamos agregar) del diario en donde se describen las características del trastorno señalando en su subtítulo que el 80% de los casos las responsables son las madres a pesar que el nombre provenga de un barón, varón: Von Munchausen.

1. Fuentes

las fuentes consultadas principalmente son:

- Fuentes estatales judiciales (fiscalía, parte esencial del sistema penal y el poder punitivo)
- Fuentes estatales médicas, informes del hospital Garrahan, discurso del modelo médico hegemónico.
- Fuentes familiares, en un 10% de las fuentes, solo al final de alguna nota.

Voces ausentes; No se ha consultado en la producción de la nota al psicólogo que atendía a Soraya durante un determinado momento del proceso penal (es decir, al autor del presente artículo). Relacionamos esto a que existen prerrogativas a la hora de seleccionar cuales fuentes o campos de saber consultar en tanto puedan servir de herramientas para el poder punitivo y a cuáles no consultar en tanto que pertenezcan a campos de conocimiento relacionados con movimiento emancipatorio o contrahegemónicos o de corrientes de crítica social (escuela de Frankfurt, por ejemplo). En este caso la formación psicoanalítica de las carreras universitarias en muchas universidades nacionales se ubica dentro de lo que podríamos considerar cierta ruptura de formas de saber / poder, cierta episteme en la que la desigualdad entre sujeto de conocimiento y el objeto de conocimiento es subvertida por algunas premisas psicoanalíticas en las que se formula que “el saber está en el analizado”. El posicionamiento contrahegemónico o emancipatorio de la técnica psicoanalítica se desarrolló más arriba en el marco teórico.

2. Comportamiento histórico de fuentes

Las fuentes estatales judiciales, en el caso de la fiscalía, el comportamiento histórico como parte del sistema penal tiene por conducta reiterada la criminalización, básicamente es esa su función como parte esencial de poder punitivo institucional.

Las fuentes estatales hospitalares, el hospital como dispositivo de poder, recordemos que en los hospitales como el Alejandro Korn se aprisionaba a los sobrevivientes del genocidio latinoamericano o desertización de la Patagonia y Argentina con el objeto de “estudiarlos” como especímenes humanos de razas involucionadas. El modelo médico hegemónico ha tenido históricamente el papel de proveer diferentes teorías científicas (derivadas de corrientes naturalistas y del darwinismo social) para legitimar la eugenesia en América Latina como también las desigualdades sociales a partir de naturalizar por causas biológicas y naturales las desigualdades sociales. Todo biologismo o naturalismo naturaliza desigualdades. Este modelo mendeliano ha demostrado “científicamente” la evolución de culturas y razas europeas en perjuicio de las culturas y razas no europeas a lo largo de los últimos siglos, incluso ha legitimado la pureza biológica de la raza aria legitimando científicamente el holocausto en una participación activa estatal de las menos antiguas.

3. Cargas valorativas sobre las fuentes o personajes del relato;

Sobre EL BARON Bon Munchausen (que da nombre a la patología); cargas valorativas positivas; “la personalidad de este noble” “se hizo famoso por inventar historias fantásticas y sobrenaturales”..... luego, cuando comienza a describir el síndrome, viran a cargas valorativas negativas a su vez que se enfoca hacia el género femenino; trastorno facticio por poder” enfermedad que simula síntomas... el 80% es causado por las madres” “sorprendió a “lOs” pediatras que “unA” madre pudiera inventar o fraguar... la madre fuer responsable...”

El estado; la fiscalía y el hospital; cargas valorativas positivas “la fiscal sospecha que la mujer padece un trastorno” (buen sabueso la fiscal) “la fiscal investiga” (fiscal que no pareciera ser mujer ya que en las notas no hacen referencia a su género... porque la mujer es la acusada y ella es la que investiga) “SIGUEN PISTAS SOBRE LA MUJER ACUSADA DE MATAR A SUS HIJOS titular de la nota” “la fiscal ya tiene varias pruebas” “era ella la encargada...para que se comparecieran de ella.... dijo la fiscal a la prensa” “lo llamativo es que en los tres la sintomatología era la misma sostuvo la fiscal y pidió que se exhumaran los cadáveres de los otros dos niños para las autopsias” ACA YA LA FISCAL TOMA UN ROL DEMEDIOBIOQUIMICO Y SUPER FISCAL... incluso debe Soraya presenciar la exhumación de los cadáveres de sus hijos... “le prohibió acercarse a su hijo de tres años” acá con un dejo de madre mujer fiscal buena que cuida a los niños (buena madre)..... “la fiscalía investiga” la fiscal mandó” la fiscal sospecha... investiga... investiga” (muy trabajadora la fiscal además de cuidar a los niños)...

Respecto al hospital “el informe sanitario (con dejo de autoridad y carga valorativa positiva) señala que los síntomas habrían sido creados por ella” “la tercera víctima sobrevivió gracias a que LOS MEDICOS advirtieron”

Respecto a Soraya; prácticamente hay innumerables cargas valorativas negativas; acá van algunas; “**la** estudian en el Borda” acá se ve claramente la relación de poder que menciona Zafaroni entre el sujeto cognoscente (hombre) y **la** objeto de conocimiento (mujer). Sistema binario explícito; SUJETO OBJETO HOMBRE / MUJER. “sospechan que mató a los hijos” “acusada de inducir la muerte de dos de sus cuatro hijos” “era ella la encargada” “habría intentado matar” “habrían sido creados por ella los síntomas” “sometió a los niños” “alejados de su mamá los niños en estado perfecto” “sospechan que mató a los hijos enfermándolos, título de nota” “UNA JOVEN acusada de inducir muerte DE SUS HIJOS” “padece un trastorno psicológico” “provocar enfermedades para que se compadecieran de ella” “aplicación de medicamentos que no habrían sido recetados” “la joven acusada de provocar muerte a sus hijos” “investigan si los medicó hasta provocarles la muerte” “no se presentó a las pericias” “permanece oculta en su vivienda” “la familia tapó el frente de su vivienda con un plástico NEGRO (donde permanece oculta)” “Soraya la única imputada”

El último personaje por el que muchas se han de estar preguntando es por el padre de los niños o esposo de Soraya; “en un Moisés (aquí el diario La Nación pareciera emular al film “La Niñera que mece la cuna”) encontrado en la casa de Soraya (NO DEL ESPOSO ANQUE VIVÍAN JUNTOS, TAL VEZ LA NACION SE FIJO EN LA ESCRITURA A VER A NOMBRE DE QUIEN ESTABA LA CASA...) acusada de provocar muerte (ELLA, NO ÉL, POR SI NO QUEDÓ CLARO AÚN) se encontró bromuro de potasio, una sustancia que se usa para panificados, pero altamente tóxica... el esposo (ÉL ES ESPOSO NO SOSPECHOSO, ELLA NO ES ESPOSA SINO SOSPECHOSA) trabaja 16 horas por día EN UNA PANADERÍA.... Pero hasta el momento no se le imputa ningún delito” CLARA CARGA VALORATIVA POSITIVA: HOMBRE, MUY TRABAJADOR E INOCENTE NO IMPUTADO DE DELITO ALGUNO...

El bromuro de potasio que la fiscal buscaba encontrar en restos óseos de cadáveres de los hijos que mando a exhumar era importante... pero no era importante que proviniera de la panadería en la que trabajaba el padre...

Como nota de color en el artículo sobre el síndrome de la sociedad argentina de pediatría, el informe reconoce "como preconceito pediátrico que la madre es la mejor cuidadora de un hijo"... también reconoce la formación positivista: "la formación positivista del médico ha descuidado la observación del vínculo madre hijo quedando expuesto por sus propios prejuicios de la figura materna" y radica el error en desconocer la existencia de "madres que manipulan y dañan el cuerpo de sus hijos"... es decir de malas madres que no obedecen a su preconceito y es necesario aleccionar...preconceito que sostienen y no cuestionan, solo reconocen que falla porque no se complementa con conocimientos de patología vinculares...

Recordemos que en el primer ítem de la definición del cuadro este informe de la sociedad argentina de pediatría dice solo dos cosas respecto a esta forma de maltrato infantil: "creación de una enfermedad por su madre"... y "participación involuntariamente activa del cuerpo médico". (responsabiliza a la mujer y deslinda a la corporación medica incluso si participa activamente).

4. Asignación de tiempos y espacios

De los treinta y dos párrafos que componen la totalidad de los espacios asignados a la producción periodística, solo uno es asignado a la expresión de Soraya, la mujer en cuestión y el resto, los 31 restantes son asignados a la fiscalía, el informe del hospital y a la descripción de la patología.

5. Historia del medio

El diario La Nación se fundó el 1870 y es de tendencia liberal conservadora. Su fundador fue el expresidente Bartolomé Mitre. Respecto a la vinculación con el bloque dominante global o imperio global privatizado podemos decir que conformó un grupo económico que, entre otras empresas de comunicación, controla la única fábrica de papel prensa de argentina. Además, es una sociedad anónima que desde 1996 es parte de un holding empresarial del cual el 70% pertenece a un grupo inversor con sede en las Islas Caimán llamado Burton Corp.

Referencias

Campo, Franco R. Prisioneros de la ciencia. Clara Beter Ediciones, 2020.

Chattah Constanza, Diario La Nación, 10-12-2001. Sección Cultura. "Los padres que enferman a sus hijos".

Diario La Mañana, 12-6-21. "detuvieron por intento de homicidio de su propio hijo a una mujer de Urdampilleta.

Ducrot, Víctor E. (compilador) Intencionalidad Editorial. Centro Cultural de la Cooperación, Bs. As., 2009.

Espeche Ernesto, El proceso periodístico en el escenario de la lucha ideológica. En; Ducrot, Víctor E. compilador. Intencionalidad Editorial. Centro Cultural de la Cooperación, Bs. As., 2009.

Laclau, Ernesto, Discurso. The Blackwell companion to contemporary political thought 1993.

Merici Silvia, Sociedad Argentina de Pediatría. "síndrome de Munchausen por poder".

Musse Valeria, Diario La Nación, 2-09-2009. Sección Sociedad. "Peritajes a la mujer acusada de filicidio".

Rodríguez Esperón, Carlos. Manipulación: Despejar los reduccionismos para reformular el concepto. En: Ducrot, Víctor E. compilador. Intencionalidad Editorial. Centro Cultural de la Cooperación, Bs. As., 2009.

Sagasti Ramiro, Diario La Nación, 29-7-2009. Sección Sociedad. "Sospechan que mató a sus hijos enfermándolos".

Sagasti Ramiro, Diario La Nación, 30-7-2009. Sección Sociedad. "Siguen pistas sobre mujer acusada de matar a sus hijos".

Teun A. van Dijk, La noticia como discurso. Paidós, 1990.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, "El discurso punitivistas y el poder punitivo" en Las trampas del poder punitivo, Buenos Aires, Biblos, 2000.

Mesa 25

Poder económico y *lawfare* de cuello blanco

Walter Bosisio

Daniel Cieza

Emiliano Agostino

Daniel Cieza - Rodolfo Spaventi

Emanuel Desojo

Martín Ertola Navajas

Marcus Vinicius Porcaro - Nunes Schubert - Larissa Liz Odreski Ramina

Gabriela Álvarez Santos - Alejandro Medici - Juan Cruz Vallefín

Lucio Alberto Vallefín

WALTER BOSISIO*

Legalidad fraguada y disputas del capital durante la última dictadura militar corporativa concentrada y sus continuidades en democracia: el caso de funcionarios civiles de la CNV y BCRA contra empresarios en la causa “Banco de Hurlingham”

Apuntes y reflexiones conceptuales: el concepto de normalidad y legalidad fraguada en el pasado dictatorial como antesala del “Lawfare” en los actuales tiempos democráticos

Cabe señalar que durante los períodos dictatoriales se produjeron fenómenos de “normalización de lógicas y prácticas de legalidades fraguadas”. En este sentido se puede pensar en “una serie de disposiciones legales que permitieron legitimar acciones o actuaciones que en otro marco hubieran sido ilegales e ilegítimas”. Dentro del devenir del régimen dictatorial se producen profundas e ilegítimas transformaciones sociales que se intentan consagrar bajo un manto de legalidad y dan lugar así a una normalidad burocrática legalizada, “pero esconden una realidad fraguada, dado que suele verse como dichas normas se aplican sólo a algunos sectores en particular y no a todos los grupos de la sociedad por igual”.⁽¹⁾

Las dictaduras (y la última dictadura genocida en particular) hicieron uso de la categoría y la práctica de la condición de “fraguado” como parte de la construcción de la normali-

(*) Docente-investigador UBA (Obs. Trabajo y DDHH)-UNAJ (Programa DDHH).

(1) Este artículo es deudor del trabajo colectivo interdisciplinario realizado junto al historiador Bruno Nápoli y la antropóloga Celeste Perosino durante el desempeño de investigaciones en la Oficina de Derechos Humanos de la Comisión Nacional de Valores (CNV), que luego se plasmó en la publicación del libro: Nápoli, B.; Perosino, C.; Bosisio, W. (2014): La dictadura del capital financiero: el golpe militar corporativo y la trama bursátil, Ed. Continente, Bs. As.

dad de la vida cotidiana bajo el despliegue del régimen de sentidos y prácticas del gobierno de facto instrumentado. Así se puede observar como la estructura y prácticas represivas fraguaban enfrentamientos con el fin de encubrir el fusilamiento de aquellos que se encontraban desaparecidos” del mismo modo que se fraguaban actuaciones con el fin de demostrar cierta regularidad frente a hechos irregulares que acontecieron con ciertas empresas, sus dueños y sus empleados. (Napoli, Perosino, Bosisio, La Dictadura del Capital Financiero, 2014)” En ese ayer se podría hacer mención a la generación de noticias falsas, mientras en el hoy dichas prácticas mediáticas adquieren el nombre de “Fake News”...Viejos procedimientos de construcción de sentidos comunes desde los centros de poder gubernamental o poder económico mediante el uso del poder mediático.

Se suele mencionar y asociar acciones de arbitrariedad e ilegalidad por parte de un gobierno de facto, quebrando reglas y acuerdos fundacionales de una sociedad moderna. Y es claro que existieron, desde el momento mismo de la implementación de centros clandestinos para secuestrados, o la desaparición de ciudadanos. Pero estos elementos fueron la contracara de una legalidad que intentó “normalizar” la realidad política y económica desde la administración burocrática del Estado. Esta escena, “normalizada” desde los conceptos de orden y disciplina, no hizo más que “fragar” los eventos que realmente tenían lugar en diferentes ámbitos sociales. Queda claro así, una y otra vez al leer los documentos, archivos y otros registros burocráticos, que la última dictadura militar operó continuamente bajo un marco de intento de legalidad, en la medida que asentaba sus normativas en procedimientos regulares “legislativos” que procuraban –y lograban de algún modo– ocasionar una suerte de “normalidad fraguada”.

Se desplegaron múltiples dispositivos donde se pueden observar los supuestos ideológicos y el accionar institucional puestos en juego, y donde “se exponen de modo particular el entramado de actores participantes los intereses y visiones que plasmaron un rediseño societal integral, y una política “reorganizacional” de la sociedad argentina (esto puede registrarse en particular, en las cuestiones de organización y dinámicas económicas en manos de responsables civiles pertenecientes a estudios jurídicos ligados a grandes corporaciones empresarias, como el mismo Martínez de Hoz-Ministro de Economía dictatorial y Ex Presidente de la Empresa de Aceros Acindar-, Guillermo Walter Klein –Viceministro, dueño de estudio jurídico o buffet de abogados al servicio de grandes empresas multinacionales–, y el propio Juan A. Etchebarne, presidente de la CNV y anterior abogado de la Empresa Acindar) (Napoli, Perosino, Bosisio, La Dictadura del Capital Financiero, 2014).”

En definitiva, puede señalarse que estas prácticas de normalización y legalización de un orden fraguado se corresponde desde ese ayer dictatorial con los actuales debates en la democracia contemporánea de este período del siglo XXI sobre las prácticas entendidas como “*Lawfare*”. Bajo este término se alude a nociones de persecución político-mediático-jurídico o bien, la noción también aplicada al *Lawfare* como “guerra jurídica”.

Legalidad fraguada o *Lawfare* en acción: intervención represiva y persecución sobre grupos empresarios en el caso Banco de Hurlingham

Tras dos años de la aplicación de una sistemática y radical represión aplicada sobre la totalidad del cuerpo de la sociedad argentina en general pero con carácter de exterminio y genocidio sobre determinados grupos en particular (militantes y dirigentes políticos, sociales, culturales; delegados sindicales de base y trabajadores, estudiantes, jóvenes comprometidos con la transformación social igualitaria, entre otros) las fuerzas armadas y los responsables civiles y empresariales que integran el aparato gubernamental de facto se vuelcan sobre nuevos blancos de poder. Tras haber avanzado con el plan de prácticas de detención ilegal y desaparición forzosa genocida bajo la concepción de una “lucha contra la subversión política” del Estado terrorista, hacia los años 1978 y 79 se inicia un ciclo persecutorio contra otros actores, sobre todo de índole social y económico, aplicando la denominación de “lucha contra la subversión económica”. Allí se verá avanzar las fuerzas militares y de seguridad del aparato represivo dictatorial sobre empresarios y financistas, motorizados en particular por los actores civiles de las elites corporativas. El caso de los grupos económicos de Chavanne y Grassi en el momento de la adquisición del Banco de Hurlingham emerge como prototípico de esta fase. Se conecta directamente con el antecedente de lo sucedido con la empresa gráfica Papel Prensa, dado que ambas organizaciones empresariales fueron parte del grupo Graiver (signado como ligado a la organización armada Montoneros), el cual fue tomado como blanco de poder represivo privilegiado por el orden dictatorial militar corporativo concentrado.

El caso específico lleva a describir las intervenciones de diversos aparatos del Estado (tanto de regulación económica como de aplicación represiva) tras la compra venta del Banco de Hurlingham por parte del grupo propietario de Industrias Siderúrgicas Grassi en asociación con el grupo Chavanne. La Comisión Nacional de Valores (CNV) –entidad estatal de regulación del mercado de capitales o sector financiero– cuyo presidente era el abogado Juan Alfredo Etchebarne (ex integrante del grupo Acindar junto a Martínez de Hoz) dará la orden de intervención sobre estos grupos económicos luego de esgrimir haber recibido denuncias anónimas⁽²⁾ y operacionalizar diversas investigaciones sobre ambas empresas. De igual modo se sumará a la intervención el otro actor estatal clave del sector financiero, el Banco Central, de la mano del General Cassino.

Se ha comprobado que durante el período de septiembre a noviembre de 1978 una treintena de personas ligadas a los grupos económicos mencionados (no sólo los due-

(2) La intervención estatal tras supuestas denuncias ha sido parte de mecanismos metodológicos usuales en tiempos dictatoriales para legalizar el abordaje e intervención sobre determinados grupos económicos considerados como molestia o competencia a eliminar.

ños e integrantes de los directorios y accionistas sino también abogados, contadores, secretarías) fueron secuestrados por grupos de tareas al mando del Coronel Roualdés⁽³⁾ y conducidos a la cárcel de encausados de Campo de Mayo (dependiente del Primer Cuerpo del Ejército bajo el mando de Suarez Mason) bajo la acusación de supuesta violación a la Ley n° 20840 (Ley sancionada en septiembre de 1974 contra la Subversión Política y Económica) sin haber dado lugar a una comunicación formal al juez del proceso que se sustanciaba. Posteriormente, estando las personas detenidas ilegalmente serán formalizados sus procesos de detención a partir de la intervención judicial del Juez Sarmiento (hecho que consagra las operaciones de legalidad fraguada bajo estudio).

Los dispositivos de la legalidad y normalidad fraguada (hoy posible de ser nominadas como acciones de "lawfare") se ponen marcha y así, en septiembre de 1979, el directorio de la CNV afirma que

"teniendo en cuenta lo dispuesto mediante la res. 4156 decide formalizar denuncia criminal ante la justicia en lo penal de turno de la Ciudad de Rosario por presunta infracción a los Art. 173 y 300 del Código Penal [Acta 743, 05.09.1979]. Cargos que se abren por la documentación presentada casi un año antes por la empresa Industrias Siderúrgicas Grassi. Según datos obrantes en la CNV, quizás confusos y no del todo exactos, **el 19 de diciembre de 1979, la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional dicta la prisión preventiva de Rene Carlos Grassi, Luis Adolfo Grassi, Raúl Alberici y Juan Carlos Rumi en el marco de la causa 40.528 (ex. 13.658).** En el auto de prisión preventiva dictado por la Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en la causa 40.528 del **Juzgado Federal N° 3 Secretaria del Doctor R Saint Jean** (Napoli, Perosino, Bosisio, La Dictadura del Capital Financiero, 2014)"

Cabe señalar entonces que gran parte de la/os detenida/os tras ser sometidos a vejaciones bajo el rótulo de delitos de lesa humanidad fueron liberados en el mismo año de 1979, mientras algunos quedaron detenidos hasta entrado el año 1980 y 1981 bajo la acusación de "subversión económica" (prosiguiendo las causas penales aún en los iniciales tiempos democráticos).

(3) Ver Causa "Chavanne-Industrias siderúrgicas Grassi" - Espacio Memoria www.espaciomemoria.ar: "(l)a imbricación de estos personajes y sus superiores en la maquinaria cívico militar del Terrorismo de Estado fue acreditada por el juez Rafecas en el auto de procesamiento de ambos, dictado con fecha 13 de julio de 2013, donde puede leerse: "Las "patotas", también llamadas "grupos de tareas", y en este caso en particular el "Equipo de Trabajo", vinculada al accionar represivo del CCDT "Prisión Militar de Campo de Mayo" representan un eslabón de la cadena de mandos constituida, en lo atinente al Ejército Argentino, por: el General de División Carlos Guillermo Suárez Mason, comandante del Primer Cuerpo de Ejército; el Coronel Roberto Leopoldo Roualdés, Segundo Comandante y Jefe de Plana Mayor del Comando de Subzona Capital Federal; el Coronel Idelfonso Marco Solá (Jefe de la Prisión Militar de Encausados de Campo de Mayo); el Segundo Comandante de la Gendarmería Nacional Argentina Darío Alberto Correa, Jefe Sección Penal de la Prisión Militar; el Coronel Francisco Obdulio D'Alessandri, Jefe de Equipo; el Coronel Raúl Alberto Gatica, integrante del Equipo; el Comandante de Gendarmería Víctor Enrique Rei, integrante del Equipo; y el agente civil de inteligencia del Ejército Raúl Antonio Guglielminetti, integrante del Equipo para las detenciones."

Justicia en Democracia: devenir de la causa, pedido de justicia y reparación por las víctimas en la historia reciente

Luego de la caída de la última dictadura hubo reiterados reclamos judiciales de las víctimas del caso Banco de Hurlingham. Pero finalmente, muchos años más tarde, durante el año 2013 el juez Rafecas, sobre todo a partir de la investigación realizada por la Oficina de DDHH de la CNV, dispuso el procesamiento del ex titular de la Comisión Nacional de Valores (CIJ, Min. Justicia de Nación, 16 julio de 2013). Se sostiene que en la causa se condena a: “Juan Alfredo Etchebarne, quien ocupó ese cargo durante la última dictadura. Alcanza también a otros tres acusados. Se investigan crímenes cuyas víctimas se encontraban vinculadas a los grupos económicos Chavanne y Grassi”.

Se señala en particular los contenidos principales del juzgamiento al responsable civil de la CNV durante el período dictatorial ligado a delitos de lesa humanidad:

“En el marco de la causa del Primer Cuerpo del Ejército, el juez federal Daniel Rafecas dispuso el procesamiento con prisión preventiva del ex presidente de la Comisión Nacional de Valores durante la última dictadura, Juan Alfredo Etchebarne, el Coronel (retirado) del Ejército Francisco D’Alessandri, el Comandante de Gendarmería Víctor Enrique Rei, y el agente civil de inteligencia del Ejército Raúl Antonio Guglielminetti.

Los imputados fueron acusados por su intervención en los secuestros y el sometimiento a torturas de 28 personas, ocurridos entre septiembre y diciembre del año 1978, quienes fueron trasladadas al centro clandestino de detención y tortura que funcionó en la Prisión Militar de Campo de Mayo, que dependía del General Carlos Suárez Mason. Las víctimas se encontraban vinculadas a los grupos económicos Chavanne y Grassi, los que intervinieron directa o indirectamente en la compra del Banco de Hurlingham, perteneciente a la familia Graiver. Bajo falsas acusaciones sobre la comisión de delitos de “subversión económica”, los represores habrían estado en búsqueda del dinero que supuestamente pertenecía a la agrupación Montoneros y que había sido administrado por David Graiver antes de su fallecimiento. (CIJ, Min. Justicia de Nación, 16 julio de 2013)”.

Se afirma que desde junio de 2010 se vino realizando una investigación judicial, se indagaron y recabaron “testimonios de numerosas personas, entre quienes se encuentra la mayoría de las víctimas y analizó un copioso conjunto de documentación proveniente de la Comisión Nacional de Valores, el Banco Central de la República Argentina, la Fiscalía de Investigaciones Administrativas y la Justicia en lo Contencioso Administrativo Federal.”

Se remarca que como parte del proceso judicial en marcha se realizó además junto a las víctimas (en agosto de 2011) “una inspección ocular en el Instituto Penal Federal de Campo de Mayo, –Unidad nro. 34 del Servicio Penitenciario Federal, ex Cárcel de Encausados–, sitio en el cual los integrantes del grupo permanecieron en cautiverio.”

Respecto del fallo judicial cabe destacar que “la resolución del Juez Rafecas, de más de 400 páginas, pone de relieve la existencia de una clara persecución a grupos económicos determinados, concretada a partir de la coordinación de la actividad de las autorida-

des militares y la Comisión Nacional de Valores.” Allí se afirma que “En ese contexto se conformó un grupo de tareas en cabeza del Coronel del Ejército Roberto Roualdes (fallecido), quien designó como Jefe del mismo a Francisco D’Alessandri, encontrándose entre sus integrantes el Comandante de Gendarmería Víctor Enrique Rei. Raúl Guglielminetti, por su parte, intervino en determinados operativos de secuestro que cometió ese grupo.”

Cabe señalar que este juicio devino en años posteriores tras apelaciones varias por el acusado en la liberación de Etchebarne (mientras que entre los actores militares varios han fallecido y uno solo, Guglielminetti sigue detenido en Cárcel de Ezeiza). En el último año (2021), tras continuas demoras y postergaciones, a raíz de las demandas de justicia por parte de algunas de las víctimas de la causa del banco de Hurlingham se pudo reiniciar el juicio al ex presidente de la CNV en tiempos del último gobierno de facto. Actualmente, más de 40 años más tarde de los sucesos criminales relatados, por la querrela promovida por el Ministerio Público Fiscal y la Secretaría de DDHH de Nación se están llevando a cabo audiencias con toma de declaraciones testimoniales bajo carácter virtual dado la actual coyuntura pandémica. El acusado por responsabilidad en la violación de DDHH y complicidad en la comisión de delitos de lesa humanidad Etchebarne hace uso de sus saberes jurídicos y obra en su defensa en largas exposiciones y ampliaciones testimoniales. Las víctimas reclamantes en el Juicio (donde varias de las cuales han fallecido), siguen aguardando Justicia y reparación por los daños padecidos. Se espera se pueda concretar la efectivización de la condena y la pena a este responsable civil del gobierno militar corporativo concentrado que operó directamente contra diferentes actores y grupos económicos con los que tenía intereses personales y de pertenencia de clase-corporativa en juego. Pero el entramado de *lawfare* también sigue operando, mediante la intervención de lobbies y presiones sobre el poder judicial y una trama mediática que silencia este tipo de casos de responsabilidad civil y complicidad con la dictadura genocida, silenciando y no dando a conocer estos hechos a la opinión pública como parte del necesario proceso de Memoria, Verdad y Justicia que nuestra sociedad debe seguir atravesando y consolidando.

Perspectivas ideológicas y prácticas de las elites económico-político-judiciales

Para comprender el tipo de actores intervinientes en esta Causa judicial de la CNV comandada por el abogado de empresas y funcionario estatal dictatorial Etchebarne cabe realizar una mención en torno al Dr. Ricardo Saint Jean que en su momento vio intervenir su Juzgado en torno a dicha causa. Este abogado y actor relevante del poder judicial e integrante de la Asociación de Abogados por la Justicia y la Concordia escribió y publicó recientemente un libro titulado “El Pacto” (AAJC, 2020). La lectura del mismo posibilita comprender el perfil ideológico y el accionar político que anima a

este tipo de representantes de lógicas del establishment judicial y elites económicas. En la portada del mismo se puede leer lo siguiente acerca de esta publicación:

“Es un libro que se lee fácil, ameno, aunque aterrador al sacar a luz la trama de corrupción, imposición ideológica, globalismo, el apoyo de las grandes organizaciones financieras (Fundación Ford, Open Society, Unión Europea, etc.) al CELS de Horacio Verbitsky y de éste al gobierno Kirchnerista, el rol de Página 12, la estafa de los derechos humanos y “Justicia Legítima”, la persecución a jueces, a miembros de la Corte Suprema, a empresas privadas, a civiles, a miembros de la Iglesia, todo con el objetivo de instalar un régimen totalitario en la Argentina y de asegurar la impunidad y corrupción ilícita de los políticos de turno. (...)¿Es Argentina un caso perdido? Solo se salvará la Patria si se lleva a cabo una lucha efectiva contra esta embestida ideológica y este trabajo de la **Asociación de Abogados por la Justicia y la Concordia** es un gran paso hacia adelante. (AAJC, 2020)”

Asimismo, un extracto del Epílogo del libro “El Pacto” permite continuar con la perspectiva ideológica y prácticas que animan estas posiciones con gran poder de lobby político-judicial-mediático:

“Las consecuencias del pacto: “La política de DDHH sostenida por el kirchnerismo y nunca enfrentada por el interregno de la gestión de Macri, está manejada por organizaciones ideologizadas que dominan los más importantes cargos que hacen al servicio de Justicia, Seguridad y Defensa de la Nación. Tiene puesta su mirada en el pasado y está basada enteramente en el odio y la venganza. Ningún país mantiene abiertos sus conflictos, por graves que hayan sido, durante 45 años. Detrás de su desempeño ya resulta inocultable el fenomenal negocio de millonarias indemnizaciones a supuestas víctimas, a cargo del Estado. (AAJC, 2020)”

Por último, en este cierre del libro se sostiene:

“Los juicios de lesa humanidad y el gigantesco y multimillonario aparato que los sostiene deben terminar. Su mantenimiento luego de tantos años viola derechos constitucionales y las mejores tradiciones jurídicas sostenidas desde siempre por nuestra Nación, que incluyen el derecho de toda persona a ser juzgada y que le sean determinados sus derechos en un plazo razonable, doctrina de la justicia rápida o de insubsistencia de la acción penal sostenida por nuestra Corte Suprema desde hace más de 50 años, mucho antes de que esas garantías fueran incorporados a los tratados internacionales de DDHH. La reforma anunciada por el presidente Alberto Fernández el reciente 29 de julio implica un costoso esfuerzo de medios que no habrá de mejorar el servicio de justicia, mientras que la ampliación de los miembros y estructura de la Corte Suprema tiene como finalidad asegurar la impunidad de la vicepresidenta y los funcionarios kirchneristas acusados o condenados por corrupción. La principal herramienta para ese objetivo es el Ministerio Público Fiscal, cooptado por las organizaciones partidarias del actual Gobierno, que han sido parte del acuerdo que ha destruido la legalidad en la República Argentina. El futuro que nos espera, si no se los enfrenta y pone fin al plan en ejecución, es la República Bolivariana de Venezuela, el país donde el programa, producto de un pacto muy parecido al que aquí denunciamos, ha sido desarrollado íntegramente, hasta su culminación. (AAJC, 2020)”

Debemos reiterar que el Dr. Saint Jean, que en su momento tuvo participación con la Causa del Banco de Hurlingham -Chavanne-Grassi, es uno de los autores de este libro donde se expresan abiertamente líneas de continuidad ideológica desde los tiempos dictatoriales a la actualidad.

Conclusiones en construcción...Reflexiones finales en tiempos de incertidumbre y poderes desiguales

Desde una perspectiva de carácter sistémico, este caso descrito en sus devenires micropolíticos concretos, expone procedimientos de apropiación y redistribución de recursos, de disputas de poder y relaciones de dominación en el capitalismo de los últimos 50 años. Se describen en particular lógicas desplegadas bajo el último régimen dictatorial militar corporativo concentrado, dando cuenta de luchas entre el Capital y el Trabajo pero también dentro del mismo Capital, posibilitadas en el marco de un proceso de aplicación de prácticas represivas ligadas al terrorismo de Estado y genocidio aplicado en la sociedad argentina en el contexto de conformación y reordenamiento global del capitalismo bajo la configuración de un modelo de financierización neoliberal. Las estrategias hoy demarcadas como "*lawfare*" (guerra jurídico-mediática aplicadas en el campo político, social, económico, en particular contra intereses de sectores populares) son parte de largos procesos históricos que impactan en las configuraciones de la actual democracia pero presentan genealogías devenidas de procesos de ruptura de regímenes de estado de derecho modernos.

Cabe afirmar en particular y como cuestión fundamental que es necesario juzgar estos hechos de criminalidad política, económica de lesa humanidad bajo el accionar represivo del terrorismo estatal genocida (como el caso del abogado y funcionario estatal Etchebarne y su responsabilidad al frente de la CNV durante la dictadura militar corporativa concentrada), para tratar de evitar su reiteración y lograr también una reparación a las víctimas.

Las consecuencias de estos delitos ligados a prácticas genocidas han generado una vulneración de derechos humanos tanto civiles y políticos (DCYP) como derechos económicos, sociales, culturales y también ambientales (DESCA). Su legado ha sido el empobrecimiento-supervivencia -desesperación y miedo de las mayorías populares mediante la redistribución regresiva del ingreso y destrucción del aparato productivo y el modelo de desarrollo socioeconómico de bienestar reemplazado por un modelo de modernización neoliberal conservador asentado en la valorización financiera del capital, la extranjerización que devienen en centralización y concentración del capital.

Las estrategias contemporáneas de procesos de disciplinamiento y reorganización societal se libran en los actuales regímenes democráticos bajo las lógicas de violentas intervenciones jurídico mediáticas que son denominadas como "*Lawfare*". Judicialización de la política y estigmatización desde los múltiples medios de comunicación (en el

mundo de la hipercomunicación virtual massmediática y de “redes” que articulan tanto la esfera política como la de la sociedad civil) como mecanismos clave del juego de poder, guerra y dominación contemporáneos (es decir, la política como continuación de la guerra en el mundo de las redes, big data y algoritmos tecnológicos). Así se dan disputas de sentidos, semiosis y gramáticas culturales y comunicacionales se articulan en la construcción de nuevos léxicos y discursos jurídicos (de cuño neopositivistas) enmarañados en interpretaciones de neologismos que ocultan las lógicas y dinámicas de las elites y actores político-económicos concentrados. Nuevos juegos del lenguaje, estructurantes de relaciones de saberes y poderes destituyentes atentan contra lógicas democráticas plurales y progresivas en la realización plena de los derechos humanos.

Los poderes económicos del capitalismo financiero contemporáneo ya no requieren de la construcción de dictaduras militares pero sí de modelos autoritarios de mercado, democracias de baja intensidad (con regímenes electorales, democracias delegativas liberales formales –no democracias sociales ni integrales, democracias participativas) que lleven adelante la concreción de un modelo de exclusión y supervivencia social de sectores mayoritarios de la población, poniendo en funcionamiento el racismo de estado (Foucault, 1993) para la concreción del modelo regulador biopolítico de las sociedades de control (Deleuze, 1995) y rendimiento-agotamiento (Byung Chul-Han, 2012) actuales.

Las palabras de un actor civil (abogado del mundo empresario y funcionario político dictatorial) que acompañan el cinismo de la responsabilidad de intervención en un régimen genocida como el de la última dictadura en Argentina exponen con obscenidad estas lógicas en que operan los poderes concentrados: Juan Alfredo Etchebarne, al inicio del actual juicio que lo tiene como protagonista acusado de numerosos delitos, sostuvo: **“Señores del Jurado, quiero dejar en claro que sostengo un “Nunca más” a los golpes de estado y quiebre del estado de derecho”**. Un discurso que contrasta con las palabras del ente que condujo durante los años de sangre, plomo y robo, que sostenía que **“esta Comisión Nacional de Valores no puede permanecer al margen de las actividades encaminadas a apuntalar el Proceso de Reorganización Nacional iniciado por las Fuerzas Armadas. (Declaración interna N575, 19 de enero de 1979)”**. Se puede pensar desde esta escala de una biografía personal y sostener que se está hablando de aprendizajes también personales pero también se debe señalar la posterior elusión y negación continua de responsabilidades claves asumidas y acciones ejecutadas en dicho periodo, ocultando de este modo la participación activa, el protagonismo de representantes corporativos (en una dictadura liderada entonces no solo por militares) y no una mera complicidad con un régimen dictatorial genocida...y observar así como tras un manto simbólico de cumplimiento del orden democrático se ocultan una vez más, lógicas de desapoderamiento, despojo y apropiación de bienes en beneficio de grupos concentrados del poder económico. Marcas de época que ilustran el accionar desigualador del neoliberalismo conservador contemporáneos.

Poner en práctica el discurso y enunciación de un “Nunca más” a lógicas de explotación y violación de derechos humanos como las promovidas por estrategias de *lawfare* en la actualidad se impone para poder seguir sosteniendo un ser y estar comunes bajo lógicas democráticas que sean capaces de efectivizar el desarrollo de una sociedad plural, igualitaria, libre y con justicia social.

Referencias

- Asociación de Abogados por la Justicia y la Concordia** (2020): “El Pacto. La historia del acuerdo Kirchner-Verbitsky destinado a someter la Justicia a un proyecto político que consagre la impunidad y sirva de herramienta de persecución a opositores”, Buenos Aires.
- Basualdo, Victoria** (2006). Complicidad patronal-militar en la última dictadura argentina: Los casos de Acindar, Astarsa, Dálmine Siderca, Ford, Ledesma y Mercedes Benz, Revista Engranajes de la Federación de Trabajadores de la Industria y Afines (FETIA), Número 5 (edición especial), marzo 2006.
- Bosisio, Walter** (2021). Última dictadura cívico militar corporativa concentrada, responsabilidad civil y empresarial en delitos de lesa humanidad y avance en las causas judiciales en democracia, en prensa, Editorial EUDEBA.
- Byung-Chul Han** (2012). La sociedad del cansancio, Herder Barcelona, España.
- Cieza, Daniel** (2012). La muerte por cuenta ajena. Terrorismo de Estado, gran empresa y trabajadores en conflicto en Argentina, La Campana, La Plata.
- Deleuze, G.** (1995). Post-scriptum sobre las sociedades de control. En Conversaciones 1972–1990, Valencia: Pretextos.
- Foucault, M.** (1993). Cuarta Lección. 28 de enero de 1976. La parte de la sombra. En Genealogía del racismo, Buenos Aires: Caronte Ensayos.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) y Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)** (2017). “Responsabilidad Empresarial en Delitos de lesa humanidad: Represión a trabajadores durante el terrorismo de Estado” Tomo I y II, Editorial Universitaria Misiones.
- Napoli, B.; Perosino, C.; Bosisio, W.** (2014). “La dictadura del capital financiero: el golpe militar corporativo y la trama bursátil”, Ed. Continente, Bs. As.
- Zaffaroni, E.** (2020) Bienvenidos al *Lawfare*. Manual de Pasos para Demoler El Derecho Penal, Ed. Capital Intelectual, Bs. As.

Fuentes

- Causa “Chavanne-Industrias siderúrgicas Grassi” - Espacio Memoria www.espaciomemoria.ar
- TOCF N 5- LESA HUMANIDAD- Causa D Alessandri (Causa Chavanne) en <https://www.youtube.com/watch?v=qDvUAKPC0cw>
- CIJ, Min. Justicia de Nación (2013), Noticia fecha 16 julio de 2013: Causa “Chavanne-Industrias siderúrgicas Grassi”.
- Revista “Transparencia”, n° 5, año 1981.

DANIEL CIEZA*

Delitos de cuello blanco, grupos económicos e impunidad

Introducción

El concepto de delitos de cuello blanco, acuñado por el sociólogo estadounidense Edwin Sutherland a mediados del siglo XX surge como consecuencia de una investigación empírica realizada sobre alrededor de 70 grandes empresas. Originariamente se lo define como “delitos cometidos por individuos respetables y de alto status social”. Actualmente se utiliza para hacer referencia a ilícitos cometidos por empresarios poderosos que raramente son sancionados (Virgolini 2021). La investigación originaria de Sutherland se refiere a las principales empresas privadas de Estados Unidos, las que hoy se han convertido en poderosos holdings con proyección internacional.

El concepto de *lawfare* está en elaboración pero básicamente alude a una persecución ilegal realizada desde aparatos del Estado y medios de comunicación concentrados (Romano, 2019). Nuestra hipótesis pretende ampliar el concepto de *lawfare*, incorporando el problema de la protección estatal y mediática a los poderosos. Desde principios del siglo XXI diversos Gobiernos populares de América Latina, con fuerte participación de movimientos sociales, impulsaron la investigación de delitos de los poderosos, tales como complicidad con las últimas Dictaduras cívico-militares, evasión impositiva, contrabando, sobornos sistemáticos y fraudes desde el Estado. Estos procesos encontraron fuertes resistencias en sectores del aparato judicial. El caso argentino es ilustrativo ya que importantes grupos económicos fueron denunciados e investigados, pero después de varios años se mantiene la impunidad.

(*) Master en Sociología y Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor en UBA y UNLP. Coordinador del Observatorio de Trabajo y Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

Consideramos que la sistemática protección judicial de algunos grupos económicos poderosos constituye un capítulo importante de la guerra judicial o *lawfare*. En otras palabras el *lawfare* no debe verse solamente como expresión de una persecución judicial ilegal contra opositores políticos o sociales. También debe verse como una protección sistemática e ilícita de actores poderosos.

En los últimos años en la Argentina fueron investigados judicialmente importantes grupos económicos acusados de actos de complicidad con la última Dictadura civil-militar ocurridos en sus empresas. Entre ellos los grupos Roca-Techint (Dálmina Siderca, Propulsora Siderúrgica), Acevedo (Acindar), Braun Menendez (Astilleros Astarsa), Blaquier (Ingenio Ledesma), Bunge y Born (Molinos), Ford Co (planta Pacheco), Mercedes Benz (planta Cañuelas). Otros grupos fueron investigados por contrabando (grupo Macri-Sevel), por sobornos (Grupo Bulgheroni-PAE, Grupo Techint), por delitos tributarios (grupo Cargill), y por fraudes contra el Estado (grupo Macri). En ninguno de los casos hay sentencia firme que establezca condenas, y los procesos se prolongan por décadas. No hay altos empresarios con prisión preventiva.

Estos resultados contrastan con los casos de ex funcionarios de los Gobiernos kirchneristas que fueron condenados en tiempo record, o detenidos con prisión preventiva. Los ejemplos del ex-Vicepresidente Amado Boudou y del ex Secretario Legal Técnico Carlos Zannini son elocuentes.

Pero además estos resultados son contradictorios con la situación de decenas de dirigentes sociales que son privados de la libertad, aún sin condena. Pareciera que si se trata de empresarios poderosos hay estructuras del aparato judicial que aplican el *lawfare* para garantizar la impunidad. En síntesis: hay algo que aparece con claridad, el *lawfare* no sólo se utiliza para perseguir militantes populares sino también para garantizar la inmunidad y la libertad de los delincuentes de “cuello blanco”.

El caso argentino y la complicidad empresarial con el terrorismo de Estado

En el caso argentino se dio la particularidad de que a partir de la primera década del siglo XXI, y como consecuencia de los reclamos del amplio movimiento de derechos humanos, se incluyó en los procesos judiciales contra el terrorismo de Estado, lo que se dio en llamar “la pata civil” de la última Dictadura. En las proclamas y comunicados de las tradicionales marchas multitudinarias que se hacen los 24 de Marzo se empezó a reclamar fuertemente el Juzgamiento de los “cómplices civiles” del terrorismo de Estado y se puso el foco en algunos grandes empresarios y gerentes de multinacionales. En este marco, y luego de declarada la nulidad e inconstitucionalidad de las “leyes del perdón”

(obediencia debida y Punto final) y de los indultos, se presentaron varias denuncias y querellas acusando de complicidad con la represión estatal a poderosos empresarios.

Entre estos procesos judiciales cabe mencionar:

- Las denuncias y querellas contra las empresas siderúrgicas Dálmine Siderca y Propulsora Siderúrgica, propiedad de la familia Rocca de origen italiano, situadas en la provincia de Buenos Aires. Se acusa a accionistas y Gerentes de dichas empresas de ser cómplices de la desaparición y asesinato de decenas de activistas y delegados sindicales. Aún no hay procesados ni detenidos.
- Las denuncias y querellas contra la empresa Astilleros Astarsa, propiedad del grupo familiar Braum-Menendez, y ubicada en el Tigre, provincia de Buenos Aires. Se acusa a los Directivos de ser responsables de la desaparición y asesinato de obreros alrededor del golpe militar de 1976. No hay procesados ni detenidos.
- Las denuncias y querellas contra la empresa siderúrgica Acindar, en ese entonces propiedad del grupo familiar Acevedo, ubicada en Villa Constitución, Provincia de Santa Fé. Se acusa a Directivos de ser cómplices de trabajadores y delegados sindicales. Hay procesados pero no hay detenidos.
- Las denuncias y querellas contra la empresa azucarera Ledesma, propiedad del grupo familiar Blaquier, ubicada en la provincia de Jujuy. Se acusa a Carlos Pedro Blaquier, principal accionista, de ser cómplice de la desaparición forzada del ex médico de la empresa y ex Intendente Municipal Luis Aredez, y de la desaparición de trabajadores en la denominada "Noche del Apagón". Blaquier y Lemos fueron desprocesados por la Cámara de Casación y luego esa sentencia fue revocada, pero no hay detenidos. Recientemente se estableció que Blaquier es inimputable por poseer una afección mental.
- Las denuncias y querellas contra la empresa alimenticia Molinos Río de la Plata, en ese momento propiedad del grupo Bunge, situada en Avellaneda, provincia de Buenos Aires. Se acusa a Directivos de ser cómplices de la desaparición de delegados sindicales hacia 1976. No hay detenidos.
- Las denuncias y querellas contra la empresa multinacional automotriz Ford. Co., con planta industrial en Pacheco, Provincia de Buenos Aires. Se acusa a los gerentes Muller y Sibila de ser cómplices de la tortura de delegados y trabajadores en instalaciones de la empresa durante 1976. Ambos gerentes son procesados y condenados pero aún no son detenidos.
- Las denuncias y querellas contra la empresa multinacional Mercedes Benz, con planta industrial en Gonzalez Catán, provincia de Buenos Aires. No hay procesados ni detenidos.

En resumen, si bien hay múltiples evidencias acerca de que las grandes empresas colaboraron con la represión proporcionando listados de "subversivos", vehículos, y espacios

físicos, aún no hay ninguna condena firme ni algún directivo con prisión preventiva. La investigación realizada por un equipo conjunto del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) y el Centro de Estudios Legales y Sociales sobre 25 grandes empresas en las distintas regiones del país y publicada en 2015 es concluyente y establece la responsabilidad empresarial en delitos de lesa humanidad desde el punto de vista histórico y sociológico (Ministerio de Justicia et al, 2015). Sin embargo el Poder Judicial no ha condenado aún a ningún alto empresario a pesar de que son más de un millar los militares y miembros de las fuerzas de seguridad que han recibido una sentencia condenatoria.

Es sugestivo el tiempo transcurrido. En las tres primeras décadas posteriores a la represión hubo un marco legal que impidió la investigación, pero cuando éste fue anulado se avanzó muy lentamente, en particular respecto a los acusados civiles. Pareciera que existe una suerte de *lawfare* silencioso que tiene como objetivo que no haya empresarios poderosos sentados en el banquillo de los acusados.

Otras investigaciones inconclusas

El caso argentino muestra otra faceta interesante. Grandes empresas fueron investigadas por delitos económicos pero en ningún caso hubo resultados importantes. A título ejemplificativo se puede mencionar lo siguiente.

- Grupo Bulgheroni: Se trata de la principal empresa privada petrolera argentina. Fue investigado por una denuncia por soborno a legisladores de la provincia de Chubut con el objeto de renovar la concesión del yacimiento petrolero de Cerro Dragón. La causa judicial no avanzó.
- Grupo Techint. Se trata de un holding siderúrgico y de obras de infraestructura. Directivos del grupo Techint, fueron denunciados en la Causa de los "Cuadernos de las Coimas" pero fueron sobreseídos con el insólito argumento de que actuaron en estado de necesidad.
- Grupo Macri Se trata de un holding perteneciente a la familia del ex Presidente Macri. El grupo es investigado por defraudaciones cometidas como Concesionaria del Correo nacional. Luego de más de una década se mantiene la impunidad.
- Grupo Cargill. Es una multinacional granaria que opera en la Argentina. Es investigado por fraudes tributarios pero no hay ninguna condena firme.
- Grupo Vicentín: Se trata de un holding familiar dedicado a la industria alimenticia. Es denunciado por defraudaciones contra el Estado y evasión tributaria. La justicia federal de Santa Fé recién empieza a actuar. A pesar de que el Fiscal pide prisión preventiva para algunos miembros del Directorio, esto no se concede.

Cabe señalar aquí que la evidencia empírica sugiere que el llamado delito de “cuello blanco” goza de una evidente protección judicial. Este trato preferencial se observa en distintos tribunales de país.

La doble vara

El análisis de las causas judiciales más notorias permite establecer que se usa un criterio diferente para juzgar los delitos de los grupos económicos poderosos. Los grandes empresarios muy raramente son privados de la libertad. Por el contrario, la prisión preventiva es la regla que se utiliza para los acusados de delitos contra la propiedad, muchos de ellos de supervivencia. El resultado es una superpoblación carcelaria, donde alrededor de la mitad de los reclusos sufren una prisión preventiva como pena anticipada (Zaffaroni, 2021).

Pero además la prisión preventiva se utiliza contra ex funcionarios de los Gobiernos populares con el argumento de que poseen vínculos residuales con estructuras de poder que podrían entorpecer la investigación. Esto se fundamenta en la llamada “Doctrina Irurzum” atribuida a un Camarista Penal Federal. Y ha permitido privar de la libertad a varios ex funcionarios del Kirchnerismo. La prisión preventiva ha sido también la regla para castigar a dirigentes sociales como Milagro Salas o a dirigentes sindicales.

Este proceder sesgado y discriminatorio se fundamenta de diferentes maneras. A veces se invoca presuntas asociaciones ilícitas, o se argumenta cuestiones de poder “residual” Pero el resultado es el mismo. Los dirigentes populares están en riesgo de perder su libertad y los grandes empresarios raramente son sometidos a prisión. Es llamativo que poderosos empresarios no son objeto de prisión preventiva porque se considera que no hay riesgo de que entorpezcan la investigación cuando la evidencia empírica parece indicarlo contrario.

Todo esto también se puede ejemplificar con la causa conocida como “Los Cuadernos de las Coimas” donde fueron procesados más de cien empresarios y políticos pero sólo perdieron la libertad ambulatoria algunos dirigentes ligados al “Kirchnerismo”.

Del delincuente de cuello blanco a la “ceocracia”

La investigación completa que realizó Sutherland no pudo ser publicada en vida del autor. Sólo se editó el libro conocido como “El Delito de cuello blanco” que se publicó en 1949, y que se tradujo al español en 1969 (Sutherland, 1969).

En 1965, discípulos suyos publicaron un manuscrito redactado en 1948 que titularon "Sutherland Papers" (Cohen et al, 1965). Este texto se anticipa varias décadas a los textos conocidos como Panamá Papers, Paradise Papers y Pandora Papers.

En efecto, allí aparecen sintetizadas las conclusiones acerca de la investigación de Sutherland sobre las 70 empresas más importantes de Estados Unidos: 1) El 97% de las empresas viola la ley en forma frecuente y continuada. Técnicamente son delincuentes reincidentes. 2) Los delitos de grandes empresarios que son efectivamente denunciados e investigados son mucho menos de los que se cometen en la realidad. 3) Los hombres de negocios que violan regulaciones estatales no pierden status entre sus iguales. 4) Los hombres de negocios desprecian a los funcionarios públicos, legisladores y jueces y a la ley como tal, y en ese sentido se parecen a los "ladrones profesionales" ya que consideran a los Gobiernos como "entrometidos". 5) Los hombres de negocios participan del crimen organizado en tanto sus delitos son planificados y coordinados grupalmente. 6) Se diferencian de los ladrones profesionales en que no se consideran a sí mismo como delincuentes, sino como transgresores de leyes injustas.

En su momento, la denuncia de Sutherland apareció como exagerada y carente de base sólida. Se argumentó por ejemplo que muchos de los ilícitos que investigó eran meras faltas administrativas. Hoy la perspectiva está cambiando. Algunas figuras que eran faltas administrativas hoy son delitos claramente tipificados. El falseamiento de balances, la sub-facturación, la fuga de capitales, la utilización de guaridas o "paraísos fiscales" etc. forman parte de la crónica policial diaria.

Ha surgido un grupo de directivos de grandes empresas que cometen delitos en forma sistemática. Esta situación es descripta por Raúl Zaffaroni de manera contundente:

"Ahora los políticos del hemisferio norte son lobistas de las corporaciones internacionales, y las corporaciones transnacionales no están manejadas por los dueños del capital, como en el viejo capitalismo productivo. Las conducen los chief executive officers (CEOs), tecnócratas que si no cumplen la misión de conseguir la mayor ganancia en el menor tiempo, son desplazados..."(Zaffaroni,2021)

Estos CEOs cometen delitos en forma sistemática y coordinada, en especial delitos contra la administración tributaria, fraudes contra el Estado, cohechos reiterados, extorsiones etc. Esto también es descripto en forma muy elocuente por el actual integrante de La Corte Interamericana de Derechos Humanos:

"... Son empleados de lujo de masas enormes de dinero entramadas en entes ficticios llamados sociedades anónimas, algunas reales y otras falsas(offshore).Cometen delitos a granel: estafan en dimensiones astronómicas, endeudan en administraciones fraudulentas, explotan trabajo esclavo a distancia, extorsionan a gobiernos, financian golpes

de Estado, defraudan fiscos, instigan cohechos y prevaricatos, encubren y reciclan el dinero proveniente de todas las criminalidades organizadas del planeta y se disputan la prestación de ese servicio. En síntesis, acumulan dinero.” (Zaffaroni, 2019)

Como sus antecesores, los “capitanes de industria”, los actuales CEOs gozan de una llamativa impunidad. A principios del siglo XX, estos empresarios eran conocidos como los “Barones Ladrones”. A principios del siglo XXI han mejorado la imagen pública, merced a su interrelación con los medios de comunicación concentrados. Pareciera, sin embargo, que siguen cometiendo delitos.

Conclusiones y reflexion final

El *lawfare* es un dispositivo que tiene dos caras. Por un lado es un procedimiento ilícito para encarcelar o estigmatizar a dirigentes populares. Pero por otro es un mecanismo sistemático que garantiza la impunidad de grandes empresarios.

Este segundo aspecto del *lawfare* entronca con los hallazgos de Edwin Sutherland a mediados del siglo XX, conocidos como “teoría del delito de cuello blanco”. Consideramos que este segundo enfoque, que está centrado en el poder económico, amplía la mirada y permite ver al *lawfare* como un fenómeno estructural que trasciende la coyuntura política.

No sólo se trata de denunciar que se utilizan mecanismos estatales para perseguir enemigos políticos coyunturales sino de asumir que en el Estado capitalista, funcionan mecanismos permanentes que tienden a garantizar la impunidad de ciertos poderes fácticos

Pareciera que la burocracia del poder judicial, a través de sus distintas instancias, casi siempre termina cediendo a las presiones del gran capital. Sólo en circunstancias excepcionales, los “delincuentes reincidentes” del poder económico terminan entre rejas.

Referencias

Cieza, Daniel (2018). “Poder económico y delito en América Latina”, en Trabajo y Derechos Humanos Nro 5, UBA, CABA.

Ministerio de Justicia et al “Responsabilidad empresarial en delitos de lesa humanidad” CABA.

Cohen, Albert et al (Ed) (1965). “The Sutherland Papers”, University Press, Indiana. Una version en español puede verse en “Nomadas Nro 1” Revista de la Universidad Complutense de Madrid, 1999.

Virgolini, Julio (2021). "Crímenes excelentes. Delito de cuello blanco, crimen organizado y corrupción" Ed. Olejnik, Santiago de Chile.

Romano, Silvina (2019). "*Lawfare*" Mármol Izquierdo, Madrid.

Sutherland, Edwin (1969). "El delito de cuello blanco" Universidad Central de Venezuela, Caracas.

Zaffaroni, Raúl (2021). "*Lawfare*, poder punitivo y democracia" Cuaderno 8 ELAG, *Página 12*, CABA.

Zaffaroni, Raúl (2019). Prólogo a Romano, Silvina (Coord) "*Lawfare*" Mármol Izquierdo, Madrid.

EMILIANO AGOSTINO*

El caso Blaquier: el *lawfare* al servicio del poder económico

Palabras preliminares

El *lawfare* se ha convertido en un concepto muy difundido durante los últimos tiempos, haciendo referencia a un mecanismo que vincula al Poder Judicial con sectores de poder para atacar a líderes políticos (principalmente progresistas). Sin embargo, en muchas ocasiones el *lawfare* no implica solamente el ataque a un grupo político determinado, sino que también puede dirigirse hacia una política pública en particular. Es sabido que durante el periodo kirchnerista (2003-2015) se llevaron a cabo una serie de juicios que buscaban condenar a los principales involucrados en delitos de lesa humanidad durante la última dictadura cívico militar, constituyéndose en una férrea política de estado.

Durante los juicios mencionados no solo fueron procesados y condenados los responsables militares, sino que también se procesaron a responsables civiles en delitos de lesa humanidad. Sin embargo, los mecanismos judiciales para lograr juzgarlos resultaron más complejos por maniobras poco claras que derivaron en fallos muchas veces incompresibles o en dilaciones innecesarias. Se ha demostrado a través de diversas investigaciones en ciencias sociales la complicidad que ofreció el poder económico en el proceso represivo ejecutado durante la última dictadura (Basualdo, 2006; Verbitsky-Boholavsky, 2013). Asimismo, en algunos juicios de lesa humanidad se ha logrado demostrar de manera fehaciente dicha complicidad a través de pruebas contundentes.

(*) Licenciado en Relaciones del Trabajo (FSoc-UBA). Magister en Ciencias Sociales del Trabajo (FSoc-UBA y CEIL-CONICET). Jefe de Trabajos Prácticos (JTP) de la materia optativa Relaciones del Trabajo y Derechos Humanos. Catedra Cieza (FSoc-UBA). Miembro del Observatorio y Derechos Humanos (FSoc-UBA).

A pesar de ello, desde los máximos tribunales judiciales sostienen “la falta de mérito” como bandera para perpetuar la impunidad que gozaron históricamente los sectores más poderosos del país. En este sentido, el principal objetivo de grandes empresarios vinculados directamente con el terrorismo de estado es evitar el procesamiento y exponerse a un juicio oral por sus delitos. Sus principales aliados en esta búsqueda de impunidad son aquellos jueces que toman decisiones polémicas ignorando el contexto histórico en el que sucedieron estos lamentables acontecimientos.

En esta caracterización del *lawfare*, vista como el ataque a una política pública determinada (en este caso, la política de Memoria, Verdad y Justicia), es donde podemos incluir el caso que vamos a analizar en este trabajo: el caso Blaquier. Un ejemplo cabal de la responsabilidad empresarial en delitos de lesa humanidad que lleva años de avances y retrocesos. Situación que solo favorece a los responsables de uno de los hechos más trágicos y emblemáticos de la última dictadura cívico militar y dan cuenta de la connivencia empresarial con el terrorismo de estado: La Noche del Apagón.

En este trabajo analizaremos a grandes rasgos el sinuoso proceso judicial que pretende juzgar a Carlos Pedro Blaquier y Carlos Lemos por la participación necesaria de la empresa en los hechos represivos ocurridos durante la Noche del Apagón. Además, desarrollaremos brevemente la historia del complejo agroindustrial Ledesma, su relación con los trabajadores y su gran influencia en el ámbito político y judicial, mediante el cual alcanzó importantes beneficios a lo largo de su historia. Siempre obteniendo beneficios a través del avasallamiento de los derechos humanos de la comunidad y de trabajadores y trabajadoras del ingenio.

Origen y crecimiento del Imperio del Azúcar

Ledesma Sociedad Anónima Agrícola Industrial (S.A.A.I.), más conocida como “Ingenio Ledesma”, es una empresa centenaria que se encuentra ubicada en la localidad de Libertador General San Martín, en la provincia de Jujuy. Su origen data de la década de 1830 cuando José Ramírez Ovejero González funda la empresa azucarera “Ovejero Hnos.”. Desde sus orígenes, los dueños que estuvieron al frente del ingenio tuvieron una vinculación muy estrecha con el poder político llegando a ser gobernadores de la provincia de Salta, como por ejemplo Ángel Zerda y Sixto Ovejero⁽¹⁾. Es decir, Ledesma se fue convirtiendo en un emporio azucarero que además detentaba un gran poder económico y político en la región.

Para el año 1911 es adquirida por el ingeniero alemán Enrique Wollmann y por Carlos Delcassé, llamándola “Nueva Compañía Azucarera Ledesma”. La única hija de Wollmann,

(1) Por aquellos años Jujuy se encontraba en proceso de lograr su autonomía de la provincia de Salta, por ese motivo los dueños de Ledesma mencionados ocuparon la gobernación salteña.

Paulette, se casó con Herminio Arrieta, que en el año 1923 se incorporó al Ingenio como jefe de Fabrica y al año siguiente fue designado como director-administrador de la empresa. Luego de la muerte de Wollmann, en 1927, fue ocupando cargos más importantes dentro de la compañía. Entre los años 1928 y 1945 se desempeñó como director delegado y luego como vicepresidente, hasta alcanzar la presidencia en 1948. Arrieta también tuvo una estrecha relación con el poder político, ya que durante la Década Infame formó parte del Partido Conservador jujeño y ocupó los cargos de diputado nacional por Jujuy en el período 1934-1938 y de senador entre 1938-1943. Además, fue presidente del Centro Azucarero Regional Del Norte Argentino en el periodo 1931-1939, y ocupó la Vicepresidencia del Centro Azucarero Argentino entre los años 1932 y 1960.

Paradójicamente, la historia vuelve a repetirse porque la única hija de Herminio Arrieta y Paulette Wollmann, María Elena (más conocida como "Nelly"), se casa en el año 1951 con otro miembro de una familia oligárquica: Carlos Pedro Tadeo Blaquier. Desde su ingreso a la familia, Blaquier ocupó varios cargos ejecutivos en la empresa Ledesma hasta llegar a la presidencia en el año 1970, luego del fallecimiento de su suegro. Con su llegada a la empresa se inicia un fuerte proceso de diversificación económica, que había comenzado durante la presidencia de Arrieta con la construcción de una moderna planta de celulosa y papel. De esta manera, se incorporaron nuevas actividades económicas a la empresa, además de la producción y comercialización de azúcar, convirtiendo al ingenio Ledesma en un gran complejo agroindustrial.

Hoy en día, Ledesma S.A.A.I. se dedica al cultivo y comercialización de frutas (principalmente naranjas, pomelos y limones), y elaboración de jugos concentrados y aceites esenciales. A la elaboración de papel y celulosa sumó la producción de cuadernos, repuestos escolares y comerciales. En el año 1983 inauguró una planta (Glucovil Argentina S.A.), ubicada en Villa Mercedes (San Luis), dedicada a la molienda húmeda de maíz y sus derivados. En 1994 ingresó al negocio de la exploración y explotación de petróleo y gas adquiriendo una participación del yacimiento Aguaragüe, ubicado en la provincia de Salta. Incorporaron actividades agropecuarias como la producción de carnes y granos (soja, trigo, maíz, girasol y cebada) con la adquisición de alrededor de 52.000 hectáreas de establecimientos rurales en las provincias de Entre Ríos y Buenos Aires (La Biznaga, La Bellaca, Magdala y Centella). En 2010 inauguró una planta de producción de bioetanol en Jujuy, ingresando al Programa Nacional de Biocombustibles. Aquí queda de manifiesto que el desarrollo de la empresa a lo largo del siglo XX fue acompañado por un significativo proceso de expansión territorial, adquiriendo una gran cantidad de tierras en Jujuy y otras provincias.

Este fragmento realizado por la Secretaria de Derechos Humanos describe claramente la posición de poder que detenta Ledesma en la provincia de Jujuy:

"El hospital, las proveedurías, la farmacia, el club deportivo, el cementerio, entre otras instituciones sociales y estatales [...] también dependían directa o indirectamente de la

compañía, ya fuera porque se emplazaban en propiedad de la misma o porque recibían de ella su financiamiento. Ledesma tenía además ferrocarriles propios, y hasta 1970 al menos tenía acceso e intervención en el manejo de la usina con la cual se abastecía de electricidad y daba servicio de luz a la población.” (Secretaría de Derechos Humanos, 2015).

Este breve recorrido histórico sobre el origen, desarrollo y expansión del mega complejo agroindustrial Ledesma da cuenta del enorme poderío económico y político que detenta, no sólo en la provincia de Jujuy sino también a nivel nacional. Un crecimiento que fue acompañado por la adquisición de tierras en la provincia de Jujuy. Ya que cuenta con 40000 hectáreas dedicadas al cultivo de la caña de azúcar, 2000 hectáreas para las plantaciones de cítricos y paltas. A ello hay que sumarle los establecimientos dedicados a la producción de azúcar, alcoholes, bioetanol, celulosa, papel y jugos concentrados, y la explotación petrolífera en las yungas y en Parque Nacional Calilegua. Queda de manifiesto que Ledesma es una empresa centenaria que se ha consolidado como una de los complejos agroindustriales de capitales nacionales mas importantes en el país y en América Latina.

La zafra y lxs trabajadorxs: explotación y violencia

Al igual que la mayoría de los ingenios azucareros que se desarrollaron en las provincias del Noroeste Argentino (NOA), Ledesma consolidó su crecimiento económico a través del reclutamiento de mano de obra proveniente de pueblos originarios de la región (Salta, Jujuy, Chaco, Formosa, Santiago del Estero y del sur de Bolivia). Estos trabajadores eran engañados por personas contratadas por la empresa, denominados “enganchadores”, que les fiaban productos en tiendas y bares para endeudarlos y, de esta forma, obligarlos a ir a trabajar a los ingenios en la época de zafra, donde eran explotados y discriminados por cuestiones raciales. Otro método utilizado era arrendar las tierras pertenecientes al ingenio a las familias de la zona (de las que eran propietarios históricos, pero les fueron arrebatadas por no poseer un título de propiedad) para obligarlos a trabajar en tiempo de zafra como forma de saldar sus deudas. Estos mecanismos de endeudamiento que tienen la finalidad de obligar a las personas a trabajar forzosamente fueron utilizados a lo largo de toda América Latina y se lo denominó “servidumbre por deudas”⁽²⁾.

(2) El Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias del Consejo de Derechos Humanos de la ONU (julio 2016) la define de la siguiente manera: “Las personas se encuentran en situación o régimen de servidumbre por deudas cuando su trabajo, o el trabajo de un tercero bajo su control, se exige como reembolso de un préstamo o de dinero entregado por adelantado, y el valor de su trabajo no se aplica a la liquidación de la deuda o la duración del servicio prestado no se limita y/o la naturaleza de ese servicio no se define. En consecuencia, los trabajadores en régimen de servidumbre a menudo se ven atrapados en trabajos con remuneración muy escasa, o nula, por tener que devolver un préstamo o anticipo, aunque el valor de su trabajo sobrepase esa suma de dinero”.

Los traslados de los trabajadores y las trabajadoras hacia los establecimientos se daban en situaciones deplorables, ya que viajaban hacinados en vagones de tren como si fueran animales. Una vez que llegaban al ingenio la situación era similar: soportaban jornadas laborales de 12 a 15 horas diarias, existía una gran cantidad de trabajo infantil y de mujeres (en similares condiciones que los hombres). La mayor parte del pago no era en dinero de curso legal, sino que se realizaba a través de vales que únicamente podían canjear en las despensas que eran propiedad del ingenio. El salario se cobraba al finalizar la zafra, luego de descontar las deudas contraídas y los gastos realizados. En reiteradas oportunidades el trabajador finalizaba la época de zafra debiéndole al ingenio (Cieza, 2010).

Las condiciones laborales y de vida de aquellos trabajadores y trabajadoras provenientes de comunidades originarias eran más penosas porque sufrían una gran discriminación. Por ejemplo, para poder descansar y protegerse del clima debían construir sus propias chozas. El resto de los trabajadores permanecían hacinados en pequeñas habitaciones y galpones cedidos por la empresa. A las terribles condiciones de vida y trabajo que padecían los trabajadores zafreiros hay que sumarle la mala alimentación y las pésimas condiciones de salubridad e higiene que desembocaban en múltiples enfermedades, en aumento de la mortalidad infantil y en un gran deterioro físico y mental. Al respecto se puede inferir que los trabajadores y las trabajadoras de los ingenios eran víctimas de violencia laboral ejercida directamente por la empresa y pasando por encima sus derechos humanos básicos.

De todos modos, se utilizaron otros mecanismos y formas más nefastos para atacar y disciplinar duramente a los trabajadores zafreiros: El mito del Familiar. Este mito hace referencia a la existencia de un ser diabólico, denominado El Familiar, que realiza un pacto con el dueño del ingenio (el cual es firmado con sangre) para obtener una buena cosecha. Pero a cambio de ello el Familiar le pide la sangre de algunos obreros. Esta criatura, la cual muchos aseguran que es el "mismísimo diablo", puede presentarse de múltiples formas, como perro gigante, viborón, gendarme, etcétera. Generalmente los obreros que devora El Familiar suelen ser los más revoltosos, conflictivos o que pretenden organizar alguna protesta contra el ingenio por las malas condiciones de trabajo. Según el mito, cuando suenan las sirenas del ingenio o se produce un "apagón" en la zona, significa que El Familiar atacó o se llevó a alguien.

Aunque sea difícil de comprender y asimilar, el mito de El Familiar continúa siendo un artilugio que utiliza la patronal para intimidar a los trabajadores y de esta manera disciplinarlos buscando evitar toda clase de huelgas, conflictos y reclamos de índole laboral. Actualmente, varios trabajadores de los ingenios y pobladores del norte argentino siguen afirmando que El Familiar existe y que muchas veces lo ven circulando por los alrededores del ingenio o en el sótano del mismo, lugar donde supuestamente vive.

Por último, mencionaremos otra forma de perjudicar, no sólo a los trabajadores, sino a la comunidad que rodea al Ingenio. Nos referimos al impacto ambiental que genera la producción y elaboración de la caña de azúcar y celulosa, causando graves perjuicios en la salud de los pobladores de la región. Las enfermedades que sufren comúnmente los habitantes de Libertador General San Martín se encuentran vinculadas a problemas respiratorios, tales como asma, alergias y cáncer derivados a la exposición constante con el bagazo (es el desecho de la caña utilizado para la realización de la pasta de celulosa). Este desecho es altamente volátil, motivo por el cual los pobladores de la zona lo respiran de forma permanente, pudiendo derivar en varias complicaciones respiratorias.

El caso más emblemático vinculado a la contaminación ambiental ocasionada por el Ingenio Ledesma es el de Olga Márquez de Arédez, esposa del médico desaparecido Luis Arédez y militante de derechos humanos, perteneciente a la Línea Fundadora de Madres de Plaza de Mayo, que luchó incansablemente por la aparición de su marido hasta el día de su muerte. En el año 2005 le inició un juicio al Ingenio Ledesma por contraer una enfermedad llamada bagazosis que terminó costándole la vida ese mismo año. Esta enfermedad pulmonar es provocada por la inhalación del residuo de la caña de azúcar o bagazo y puede ocasionarle serias complicaciones respiratorias a la persona, ya sea dificultad para respirar, tos seca, fiebre, cefalea, escalofríos, infecciones respiratorias y expectoración con sangre.

Se han realizado numerosas denuncias sobre las pésimas condiciones de vida de los trabajadores y las trabajadoras del Ingenio Ledesma. Múltiples artículos periodísticos, incluso de distintas vertientes ideológicas, han publicado datos sobre la insalubridad en las condiciones de trabajo. Datos que también dan cuenta de la calidad de vida de sus habitantes, de la contaminación ambiental, explotación laboral, y diversos incumplimientos de normas y leyes que solo perjudicaban a los trabajadores. Por citar un ejemplo, la empresa no realizaba el aporte patronal que está obligado a realizar por cada trabajador a la obra social, provocándole al sindicato grandes dificultades para administrarla por la falta de recursos⁽³⁾. También se reclamaba la construcción de viviendas para los trabajadores, especialmente para los temporarios (que siempre han sido más explotados y los más postergados en materia de beneficios), y se denunciaba la permanente persecución gremial que obstaculizaba la organización obrera.

De todos modos, el hecho más violento y lamentable vinculado a la historia del Ingenio Ledesma se llevó a cabo durante la última dictadura cívico-militar: nos referimos a la tristemente conocida "Noche del Apagón".

(3) El pasado viernes 22 de octubre de 2021 el Sindicato de Obreros y Empleados del Ingenio Ledesma (SOLEAIL) ha presentado una demanda por el cobro de aportes sindicales adeudados entre los años 2008 y 2018. Según la denuncia, durante esos años la empresa pago sumas no remunerativas a los trabajadores para eludir obligaciones fiscales y previsionales. Además, se detalla que la empresa eludió 902.768.945, 29 de pesos al Fisco, 326.224.945,33 pesos de las obras sociales y 85.287.571,59 pesos al gremio azucarero.

Ledesma y el Terrorismo de Estado: La Noche del Apagón

Antes de abordar los vaivenes judiciales que perpetúan la impunidad de Carlos Pedro Blaquier, debemos hacer referencia a los trágicos acontecimientos que comenzaron en la denominada “Noche del Apagón”. Hechos enmarcados en un contexto nacional atravesado por la dictadura cívico-militar más cruenta que vivió nuestro país a lo largo de su historia. Sin embargo, la relación de Blaquier con los gobiernos dictatoriales es previa a estos acontecimientos. Bajo su dirección, los empresarios azucareros salto-jujeños consiguieron medidas favorables por parte de la Dictadura de Onganía, que impulsó el cierre de numerosos Ingenios en la provincia de Tucumán (Pucci, 2007). El vínculo se manifiesta fehacientemente cuando dentro del Ingenio se habilitó un Cuartel de la Gendarmería Nacional, y con el nombramiento de un miembro de la Junta Militar que protagonizó el Golpe de Estado del año 1966, el Brigadier Adolfo Teodoro Álvarez, como Gerente de Relaciones Públicas del Ingenio. Años más tarde, Carlos Blaquier integró el grupo Perriaux, que elaboró el plan económico que fue implementado y ejecutado por la última Dictadura cívico-militar. En el gabinete de José Martínez de Hoz, el primer ministro de la Dictadura de Jorge Videla, aparece Juan Nicholson quien fue miembro del Directorio del Ingenio Ledesma (Pucci, 2007).

Las relaciones laborales en el Ingenio Ledesma previo a la “Noche del Apagón” (principalmente durante el período 1960-1970) estuvieron caracterizadas por una activa participación y una fuerte organización de trabajadores canalizada a través del Sindicato de Obreros y Empleados del Azúcar del Ingenio Ledesma (SOEAIL). A través de este activismo sindical, se logró incidir significativamente sobre el cumplimiento de los deberes de la empresa. Situación que habría propiciado la posterior política de persecución, secuestro, tortura y desaparición forzada de aquellos trabajadores sindicalizados efectuada durante la última dictadura.

Por las persecuciones que sufrían, durante la década del ‘60 los trabajadores del ingenio se habían organizado en la clandestinidad bajo la firma de GOL (Grupo de Obreros de Ledesma), para recuperar el sindicato. En este grupo había una presencia significativa de la corriente clasista y de la resistencia peronista, disputando espacios de poder con las burocracias sindicales, en la línea de Agustín Tosco y Raimundo Ongaro. Hacia el año 1972 varios de sus integrantes fueron elegidos como delegados, entre ellos se destacan Jorge Weisz, Carlos Figueroa y Hugo Condori, entre otros. Ese mismo año realizan la primera huelga en Ledesma después de 23 años.

En 1973, el GOL conformó una lista opositora, postulando al frente de la misma a Melitón Vázquez, y ganó las elecciones del sindicato. De esta manera, el sindicato se convirtió en uno de los principales frentes opositores al dominio que ejercía Ledesma sobre los trabajadores y la población. La recuperación del sindicato por sectores combativos no solo significó un hecho histórico sino que además implicó una gran pérdida del poder

de la empresa en la zona. Durante ese periodo, el gremio impulso mejoras en las condiciones de trabajo, llevaron a cabo medidas de fuerza, y denunciaron los abusos que realizaba la empresa.

Sin embargo, luego de los trágicos acontecimientos del “Apagón”, el cuerpo de delegados del sindicato quedo totalmente desarticulado y el conjunto de trabajadores y pobladores de la región fueron duramente disciplinados. De esta manera, el poder y las ganancias del Ingenio volvieron a incrementarse significativamente. El miedo a la participación y la organización obrera perduró por muchos años, producto de la dura represión que fue llevada a cabo. Aquí cabe destacar que los hechos represivos y de persecución obrera en Ledesma venían llevándose a cabo un par de años antes de la llegada del golpe cívico militar del año 1976. El mismo día del golpe, el 24 de marzo de 1976, fueron intervenidos la provincia y el municipio, y comenzaron a realizarse detenciones de trabajadores de la empresa.

Los acontecimientos que dieron lugar a la denominada “Noche del Apagón” se desarrollaron entre los días 20 y el 27 de julio de 1976, cuando se produjeron distintos cortes del suministro eléctrico en los pueblos de Libertador General San Martín, El Talar y Calilegua (provincia de Jujuy). En aquella ocasión, miembros del ejército, la policía y la gendarmería, que habrían sido asistidos por capataces y empleados de Ledesma, allanaron y saquearon viviendas llevándose secuestradas alrededor de 400 personas que residían en la región (entre ellas se encontraban trabajadores del Ingenio, docentes, estudiantes, militantes políticos y profesionales). Según los testimonios de testigos y víctimas de la “Noche de la Apagón”, Ledesma además habría colaborado con las fuerzas represivas a través del suministro de información personal de trabajadores y de la provisión de vehículos pertenecientes a la empresa (camionetas y tráileres). Del total de personas que fueron detenidas durante esa semana, aún hoy permanecen desaparecidas alrededor de treinta, engrosando las largas listas de víctimas del terrorismo de Estado que caracterizó a la Argentina de aquellos años.

Entre las personas detenidas que permanecen desaparecidas se encuentra el médico Luis Arédez, quien fuera contratado por Ledesma en el año 1958 para atender la salud de los trabajadores y sus familias, quienes en su mayoría presentaban problemas y complicaciones respiratorias. Los diagnósticos médicos que Arédez comunicaba a los trabajadores afectados, sumado a los medicamentos que les prescribía para tratar sus dolencias incrementaron los gastos de asistencia médica de la empresa que, por este motivo, lo despidió el mismo año de su contratación. De todos modos, continuó su labor profesional dentro del Sindicato de Obreros y Empleados del Azúcar del Ingenio Ledesma (SOEAIL) incorporándose como médico en la obra social. Desde allí Arédez denunciaba que las enfermedades padecidas por los trabajadores y pobladores de la región derivaban de las condiciones de insalubridad y de la contaminación ambiental que generaba el trabajo en el Ingenio. En el año 1973 fue elegido intendente de Libertador General

San Martín y fue el primero en cobrarle impuestos al Ingenio Ledesma, convirtiéndose en una clara amenaza para la familia Arrieta-Blaquier. Además, impulsaron grandes cambios en el municipio ya que desde la intendencia se proyectó la construcción de viviendas para 3000 personas, se llevaron a cabo obras de pavimentación y se extendió la red de gas natural. Se realizaron refacciones en el cementerio, el edificio municipal y el mercado, además se efectuaron mejoras en la potabilización del agua.

La Justicia apoyando la impunidad empresarial

Más allá la gran impunidad que detenta este emporio agroindustrial, la Justicia se hizo presente por la supuesta colaboración de la empresa en la “Noche del Apagón”. Durante el gobierno kirchnerista se abrieron en la justicia penal de Jujuy las causas “Aredez” y “Burgos” a cargo del Fiscal ad hoc Pablo Pelazzo, donde se investigan los acontecimientos ocurridos durante la “Noche del Apagón”. En las causas mencionadas logra recopilarse abundantes pruebas sobre lo ocurrido y, en el año 2012, Carlos Pedro Tadeo Blaquier, presidente de la empresa desde 1970, fue procesado por delitos de lesa humanidad. De esta forma, se convierte en uno de los pocos empresarios imputados por esos hechos y dando cuenta de la presunta complicidad civil y empresarial durante el terrorismo de Estado.

El procesamiento se debía a la supuesta participación necesaria de la empresa en los hechos, a través del suministro de información de los trabajadores y de facilitarles personal, instalaciones y vehículos de la empresa a los grupos represores para llevar a cabo los operativos⁽⁴⁾. Además del procesamiento de Carlos Pedro Blaquier como partícipe necesario de los hechos mencionados, también fue procesado Alberto Lemos, que se desempeñaba como gerente de Recursos Humanos durante aquellos años, como partícipe secundario. Ambos procesamientos fueron respaldados por la justicia penal de primera y segunda instancia en Jujuy, sin embargo, la Justicia toma caminos oscuros a la hora de tomar decisiones contundentes.

Aunque el procesamiento de Blaquier y Lemos fue respaldado por la Justicia jujeña en primera y segunda instancia, en marzo de 2015, la sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal en un fallo totalmente irregular revocó, por unanimidad, ambos procesamientos y dictó la “falta de mérito”. Frente a este polémico accionar judicial, la agrupación H.I.J.O.S. fue a la Corte Suprema en recurso de queja en calidad de querellante. Además, los Fiscales de Casación apelaron el fallo.

(4) Al conocerse la acusación contra Carlos Pedro Blaquier, en agosto del año 2012, la cúpula empresarial representada a través del Consejo Interamericano de Comercio y Producción (CICyP), realiza un almuerzo privado en el Hotel Alvear donde respaldan al empresario. Este evento tiene un fuerte sentido simbólico ya que la entidad que lo organiza cuenta con la presencia de representantes de las cámaras empresariales del comercio, la industria y las finanzas.

¿Por qué el fallo de casación es irregular? Básicamente porque considera que los procesados no tuvieron conciencia del alcance de sus actos, es decir, que no imaginaban que los vehículos proporcionados por la empresa a las fuerzas armadas serían utilizados para secuestrar trabajadores de la empresa. Un argumento totalmente absurdo porque no considera ni tiene en cuenta el contexto que atravesaba el país ni los antecedentes del caso, además de la histórica vinculación de la empresa con el poder y las dictaduras.

Las apelaciones realizadas por los fiscales mencionan que Blaquier había abierto un cuartel de Gendarmería Nacional en el interior de la empresa y que les daba combustible para movilizarse. Además, Blaquier y Lemos tenían pleno conocimiento de la militancia sindical de algunos trabajadores del Ingenio y tenían acceso a la información personal de los mismos. Es prácticamente imposible e impensado suponer que los procesados desconocían cual sería la finalidad del suministro de vehículos de la empresa a las fuerzas represivas.

Otro agravante es que Casación invade jurisdicciones con su fallo, ya que la justicia jujeña había validado el procesamiento en dos oportunidades. Lo más lógico sería esperar la audiencia del juicio oral y no intervenir para lograr un sobreseimiento encubierto. Es evidente que el fallo, encabezado por el juez Gustavo Hornos, tiene una motivación netamente política y es totalmente parcial. Cabe destacar que hoy se sabe que este magistrado acostumbraba visitar a importantes dirigentes políticos antes de redactar sus fallos, entre ellos al ex presidente Mauricio Macri en la Casa Rosada y la Residencia de Olivos.

En líneas generales, el fallo de la Cámara de Casación viola dos criterios básicos. Por un lado, pretende que los querellantes aporten pruebas que ya están en poder del Estado y, por otro, no considera el contexto histórico en el que ocurrieron los hechos. En este sentido, se viola la doctrina judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la carga de la prueba y la responsabilidad del Estado:

“Si bien corresponde a la parte demandante la carga de la prueba de los hechos que se funda su alegato, en los procesos sobre violaciones de derechos humanos la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de alegar pruebas, cuando es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio” (CIDH, Caso Radilla c/México, párrafo 116; Caso Velásquez Rodríguez supra nota 24, párrafo 135; y Caso Ríos y otros, supra nota 60, párrafo 198, y Caso Kawas Fernández vs. Honduras, supra nota 40, párrafo 83)

En estos casos la Corte Interamericana incorpora un criterio fundamental y de raigambre sociológica para desentrañar la verdad:

“para resolver los distintos casos sometidos a su conocimiento ha requerido tomar en cuenta el contexto, pues el entorno político e histórico es determinante para el establecimiento de las consecuencias jurídicas en el caso, comprendiendo tanto la naturaleza de las violaciones a la Convención como las correspondientes reparaciones” (Conforme

CIDH. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C N° 153, párrafos 53 y 63).

En enero de 2017, la Procuración emitió un dictamen en el que solicito volver a procesar a Blaquier y a Lemos. Con la firma de la entonces fiscal ante la Corte, Irma García Netto, el Ministerio Público considero que corresponde dejar sin efecto la falta de mérito dictada por Casación⁽⁵⁾. Además, las abogadas de las víctimas presentaron un recurso ante la Corte Suprema de Justicia solicitando que resuelvan la causa por el largo tiempo transcurrido y, principalmente, por la edad biológica de Carlos Blaquier, quien actualmente tiene 94 años.

El papel de la Corte Suprema

Antes de abordar el rol de la Corte Suprema de Justicia vale hacer una breve reseña de un integrante clave de la misma: Carlos Rosenkratz. Magistrado que presidió la Corte hasta hace muy poco tiempo y que había sido nombrado por decreto por el expresidente Mauricio Macri, en procedimiento irregular que luego fue enmendado por los mecanismos correspondientes. En su curriculum consta que se desempeñó como abogado de poderosos grupos empresarios y, cuando fue Rector de Universidad de San Andrés, recibió varias donaciones de la esposa de Blaquier. Realizó estudios de posgrado en Estados Unidos y fue profesor de varias universidades de ese país. Como Rector de la Universidad de San Andrés impulsó la creación de una Cátedra sobre Estados Unidos y mantuvo fluidas relaciones con la Embajada de ese país.

Ya como integrante de la Corte Suprema impulsó el fallo conocido como 2x1 que consistía en reducir las penas de los condenados por delitos de lesa humanidad, que luego quedara sin efecto por la respuesta popular. Su voto fue decisivo para que la Corte Suprema revocara la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en el caso "Ingenieros c/Techint" en el sentido de no aceptar la prescripción de reclamos laborales en el contexto de terrorismo de Estado.

Otro dato relevante es que en el año 2019 Carlos Rosenkratz se incorporó a una asociación civil denominada Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, donde comparte un espacio común con Carlos Blaquier. Se trata de una asociación voluntaria, creada en 1937, donde no se ingresa por concurso de méritos académicos sino a propuesta de miembros anteriores. El perfil de esta entidad es engañoso, ya que toma el nombre

(5) Según la Procuradora Fiscal, la prueba reunida permite inferir, con el grado de probabilidad requerido para el procesamiento, que los imputados conocían que en los secuestros de marzo y abril de 1976 habían sido utilizados vehículos de la empresa Ledesma. Esta circunstancia, explicó García Netto, constituye un indicio de que los imputados, al prestar vehículos a los represores en julio del mismo año, sabían que podrían ser utilizados con los mismos fines ilícitos, principalmente por la similitud de los secuestros investigados en ambas causas.

de una prestigiosa institución francesa, pero muchos de sus miembros tienen antecedentes autoritarios. Más allá que algunos de sus miembros fueron funcionarios de las últimas dictaduras y que aceptar su participación allí puede ser éticamente discutible, no caben dudas de que Rosenkratz debería haberse excusado de seguir analizando el expediente de su colega.

A partir de la caracterización realizada del juez Rosenkranz se puede entender, en cierta medida, por qué la Corte Suprema se demoró seis años en atender la apelación presentada al fallo de Casación. Recién en julio del 2021, la Corte Suprema dictaminó que Casación se había apartado del Código Procesal para justificar su intervención en la causa. Además, destacó que su participación había sido arbitraria, obstaculizando el avance del proceso judicial. En su fallo, la Corte ordena que Casación dictara una nueva y correcta resolución acorde a los recursos presentados por las defensas. En agosto de 2021 los recursos fueron declarados inadmisibles y el camino quedó despejado para que se avanzara finalmente hacia el juicio oral.

Mientras que las dilaciones de la Corte Suprema y Casación beneficiaban a Blaquier y Lemos, el Ministerio Público Fiscal y las querellas de los organismos de derechos humanos y la Secretaría de Derechos Humanos reconstruyeron la persecución realizada contra los trabajadores y los representantes gremiales del ingenio Ledesma. El trámite hacia el juicio oral de Carlos Pedro Blaquier entra en zona de definición. El tribunal que deberá juzgarlo ya fue conformado luego de varias excusaciones⁽⁶⁾, y el 20 de octubre se le realizó a Blaquier una evaluación médica de manera virtual para determinar si esta en condiciones de afrontar el proceso. El peritaje médico fue solicitado por el juez federal Eduardo Hansen, que además había dispuesto la elevación a juicio del empresario. Se espera que los peritos en los informes soliciten revisarlo de forma presencial y la Justicia deberá tomar una decisión al respecto.

Si los sectores concertados del poder real no intervienen nuevamente en los mecanismos judiciales, todo parece indicar que Carlos Pedro Blaquier y Carlos Lemos se encaminan a sentarse en el banquillo de los acusados por su participación en los delitos de lesa humanidad. Nunca es demasiado tarde para que los actores civiles den cuenta de su participación activa en el terrorismo de estado.

Conclusiones

La historia del Ingenio Ledesma, representa un claro ejemplo de concentración económica sustentada sobre en la impunidad que detenta. Propietaria del 80% de las tierras del Departamento homónimo, sirviéndose de su influencia política sobre los distintos resortes del Estado y la Justicia, de manera que se fue transformando y consolidando

(6) El tribunal quedó conformado por María Alejandra Cataldi del TOF de Jujuy y por los magistrados Abel Fleming y Gabriela Catalano, del TOF-2 de Salta.

como ese “pulpo omnisciente” que describen los trabajadores y habitantes de un pueblo que lleva el mismo nombre que su patrón.

En resumidas cuentas, y considerando lo descripto anteriormente, podríamos dar cuenta que el Ingenio Ledesma siempre se ha manejado con total impunidad, ejerciendo su poderío sin medir las consecuencias negativas sobre sus trabajadores y los ciudadanos de la región. Además, Ledesma se ha vinculado estrechamente en violaciones de derechos humanos y delitos de lesa humanidad, como se ha descrito anteriormente. Sin embargo, desde la Justicia nunca fue sancionada esta conducta peligrosa y repudiable de la empresa. Su enorme poderío y contactos fueron utilizados para poder controlar y manipular a determinados sectores de la Justicia jujeña y nacional, evitando que los acusados logren sentarse en el banquillo para rendir cuentas sobre lo ocurrido.

A lo largo de este trabajo, pudimos dar cuenta que el *lawfare* no solo afecta a los líderes populares o progresistas, sino que también busca socavar políticas de estado determinadas. Como la férrea política de Memoria, Verdad y Justicia que viene llevándose adelante desde hace más de 15 años en la Argentina y que constituyó en ejemplo a nivel mundial. Por ese motivo abordamos el caso Blaquier, un ejemplo del poder y de la impunidad histórica que da cuenta de lo complejo y difícil que es sentar en el banquillo a los grandes empresarios o supuestos responsables civiles que tendrían vínculos estrechos con el Terrorismo de Estado y los delitos de lesa humanidad. Todo pareciera indicar que, por lo menos en el caso Blaquier, se llevara a cabo el juicio oral que quizás lleve la tan ansiada justicia para los familiares de las víctimas de estos acontecimientos.

Referencias

- Agostino, Emiliano y Castro, Cecilia** (2016). “El amargo imperio del azúcar” Revista Trabajo y Derechos Humanos. Nro. 2, UBA.
- Basualdo, Victoria** (2006). “Complicidad patronal-militar en la última dictadura argentina: Los casos de Acindar, Astarsa, Dálmine Siderca, Ford, Ledesma y Mercedes Benz” en Revista Engranajes (FETIA), Número 5 (edición especial), marzo 2006.
- Blaquier, Carlos Pedro** (2006). La argentina exitosa, Ed. del autor.
- Cieza, Daniel** (2010). “Vales y balas en el trópico: condiciones de trabajo, coacción extra-económica y resistencia, en el Gran Chaco Argentino”, en Angélico et al (comp.) “Nuevas perspectivas en el mundo actual de las relaciones de trabajo” UBA, MTSS, OIT, AGENCIA, Bs. As.
- Fernandez Barrio, Facundo** (2021). “De cuerpo presente”. Portal el Cohete a la Luna. (24/10/2021). Disponible en: <https://www.elcoheteealaluna.com/de-cuerpo-presente/>
- Kindgard, Adriana M.** (1999). “Los sectores conservadores de Jujuy ante el fenómeno peronista” en Estudios Sociales, Revista Universitaria Semestral. Año IX, N°16, Santa Fe, Argentina.

- Maisel, Delia** (2007). *Memorias del Apagón. La represión en Jujuy:1974-1983*. Buenos Aires, Editorial Nuestra América.
- Organización de las Naciones Unidas -ONU-** 2016 "Informe de la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias" Consejo de Derechos Humanos. Asamblea General de la ONU, 4 de julio 2016.
- Panaia, Marta** (2000). *Trabajo y población en el noroeste argentino*. La Colmena, Buenos Aires.
- Paleari, Antonio** (1992). *Jujuy Diccionario General*, tomo XI. Editado por el Gobierno de la Provincia de Jujuy.
- Portal El Submarino Jujuy** (2021). "Entablan una demanda contra Ledesma por la falta de aportes sindicales". Jujuy. Disponible en: <https://elsubmarinojujuy.com.ar/entablan-una-demanda-contra-ledesma-por-la-falta-de-aportes-sindicales/>
- Pucci, Roberto** (2007). *Historia de la destrucción de una provincia: Tucumán 1966*. Ediciones del Pago Chico, Buenos Aires, 2007.
- Riggi, Horacio** (2012). "Con un almuerzo en el Alvear, líderes empresarios respaldaron a Blaquier". *Diario el Cronista* (16/08/2012), Buenos Aires. Disponible en: <https://www.cronista.com/columnistas/Con-un-almuerzo-en-el-Alvear-lideres-empresarios-respaldaron-a-Blaquier-20120816-0063.html>
- Secretaría de Derechos Humanos, FLACSO y CELS. *Responsabilidad empresarial en delitos de lesa humanidad. Represión a trabajadores durante el terrorismo de Estado*, Tomos 1 y 2. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2015.
- Sutherland, Edwin** (2000). "La delincuencia de las grandes empresas" en *Revista Nómadas*, Madrid.
- Verbitsky-Boholavsky** (2013). *Cuentas pendientes: Los cómplices económicos de la dictadura*. Siglo XXI Editores, Buenos Aires.

Material audiovisual utilizado

Documental "Diablo, Familia y Propiedad" (1999), de Fernando Krichmar.

DANIEL CIEZA* - RODOLFO SPAVENTI**

Del lava jato a los Cuadernos de las Coimas

Ataque a líderes populares y desvalorización de empresas nacionales

Introducción

En los últimos años surgieron en Brasil y Argentina mega procesos judiciales dónde aparentemente se juzgaba ex funcionarios públicos y directivos de empresas nacionales, para evitar la corrupción. A siete años del inicio de estos procesos se conjetura que fueron influenciados por agencias de Estados Unidos y tenían como objetivo real afectar a dirigentes políticos como Lula y Cristina Kirchner y desvalorizar empresas locales de varios países latinoamericanos.

En 2014 surgió en Brasil el caso conocido como Lava Jato dónde los acusados fueron funcionarios de Petrobras, la mayor empresa estatal, algunos empresarios de empresas contratistas y políticos como el ex Presidente Lula Da Silva. En ésta causa el Juez Sergio Moro, con estrechos contactos en Estados Unidos, condenó a Lula Da Silva a prisión y frenó su candidatura a Presidente en el 2018. De este proceso surgió otra causa conocida como Odebrecht dónde se acusaba a la mayor empresa de infraestructura de Latinoamérica, originaria de Brasil, de pagar sobornos a funcionarios públicos de varios países para obtener licitaciones de obras públicas. Este último expediente tuvo un fuerte impulso del Departamento de Justicia de Estados Unidos, y como consecuencia del caso fueron procesados y detenidos empresarios y políticos de Brasil, Perú, Ecuador y Colombia.

Luego se inició en la Argentina la investigación judicial conocida como "Cuaderno de las Coimas" dónde se acusó a decenas de ex funcionarios públicos, y empresarios de la construcción por cohecho y otros delitos. En base a una fotocopia de un Cuaderno

(*) Profesor en la FSOC-UBA y en la FCJS-UNLP. Coordinador del Observatorio de Trabajo y Derechos Humanos de la UBA y miembro del CiDerCrit-UNLP

(**) Abogado en la Secretaría de Derechos Humanos-Mrío de Justicia.

y de testimonios irregulares de imputados colaboradores, el Fiscal Carlos Stornelli y el Juez Claudio Bonadío procesaron a la exPresidenta Cristina Kirchner y a más de 100 empresarios y dictaron la prisión preventiva de algunos funcionarios. Este proceso fue apoyado por la Embajada de Estados Unidos.

En la actualidad, el máximo tribunal de justicia de Brasil anuló la condena a Lula pero las empresas enjuiciadas han sufrido grandes pérdidas. En la Argentina, en la causa conocida como Cuadernos de las Coimas siguen procesados algunos políticos y si bien no hay empresarios detenidos sus empresas han perdido valor en el mercado.

El lava jato y el caso Oderbrecht

El epicentro del terremoto político y judicial que conmociona a América Latina desde hace años se localizó en un inicio en una estación de servicios en Brasilia, En esa estación de servicio que incluía un lavadero de autos ("Lava Jato"), los investigadores de la Policía Federal brasileña descubrieron una red de lavado de dinero que parecía implicar a diversos políticos. Pero la verdadera dimensión de la operación, que comenzó el 17 de marzo de 2014, fue saliendo a la luz sólo paulatinamente en los meses posteriores. En dicha operación juega un rol fundamental el Juez Sergio Moro, formado en Estados Unidos, el Departamento de Justicia de Estados Unidos y agentes del FBI (Netto, 2016).

La política intervencionista de Estados Unidos en América Latina con fines comerciales tiene un antecedente en la Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) o Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de 1977. Es la herramienta más eficaz del Departamento de Justicia para imponer sanciones a otros estados cuando se cometen delitos económicos fuera de la jurisdicción de EE.UU. Esta legislación es precursora en la instalación del concepto de extraterritorialidad, tan expuesto en las políticas de Washington hacia América Latina. Desde 2014 el FBI extendió su influencia en las investigaciones sobre presuntos casos de corrupción más allá de sus fronteras.

El caso de Brasil fue paradigmático por el nivel de intervención externa. Un grupo de diputados brasileños pidió explicaciones a Estados Unidos por su ingerencia en el Lava Jato El pedido de explicaciones al fiscal general de EE.UU , avalado por los representantes demócratas llega tarde pero puede seguir esclareciendo al Lava Jato

Una de las agentes del FBI que trabajó codo a codo con la Policía Federal de Brasil y los operadores judiciales en ese país al servicio del Departamento de Justicia de EE.UU fue Leslie Backschies. Durante el Lava Jato al que fue asignada en 2014 la integrante del FBI se familiarizó con la llamada República de Curitiba. Ella viajaba a la capital de Paraná con mucha frecuencia. Por sus buenos oficios, Backschies fue premiada con un destino a Miami. Desde 2019 está al frente de la Unidad de Corrupción Internacional (UCI) del Buró Federal

Otro protagonista central fue el ex Juez Moro Ya en julio de 1998 y con apenas 25 años, participó del Programa de Instrucción para Abogados en la Escuela de Derecho de Harvard.

Desde entonces nunca detuvo sus viajes a EE.UU. En julio de 2016 y con el Lava Jato lanzado a la caza de corruptos, brindó una conferencia en Washington DC sobre la importancia de los medios en el apoyo a investigaciones criminales.

Las actuaciones judiciales conocidas como Lava Jato, conducidas por el juez de Curitiba Sergio Moro llevaron a la cárcel a Lula Da Silva e impidieron su candidatura en 2018, pero finalmente fueron consideradas como parciales por el Tribunal Superior que las dejó sin efecto.

Pero además durante este proceso y con la supervisión del Departamento de Justicia de Estados Unidos se investigó a decenas de empresarios y políticos de América Latina. Al principio se consideró que varios empresarios habían sobornado a dirigentes de Petrobras y funcionarios políticos con el fin de conseguir contratos de obras. La trama de la corrupción se expandió con la investigación de la empresa Odebrecht, la más importante de latinoamérica en obras de infraestructura surgida en el norte de Brasil.

Se conoce como Caso Odebrecht una investigación encabezada por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, sobre la principal constructora brasileña en la que se considera que la misma habría pagado coimas de dinero y sobornos, a presidentes, expresidentes y funcionarios del gobierno de 12 países: Angola, Argentina, Colombia, Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, México, Mozambique, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela, durante los últimos 20 años, para obtener beneficios en contrataciones públicas. Odebrecht creó esta «Caja B» a finales de los años 2010 con el nombre de «Sector de relaciones estratégicas» para disimular la maraña de coimas. Concepción Andrade, entonces veinteañera y empleada de la empresa, fue la primera secretaria del ilegal departamento de sobornos, con base en Brasil, desde 1987. A su despido, en 1992, se marchó a casa con los registros que había levantado y los guardó durante tres décadas hasta entregarlos a la justicia brasileña y a la Comisión del Congreso encargada de la investigación.

El caso Odebrecht tuvo un efecto devastador sobre políticos latinoamericanos. En Perú, Pedro Pablo Kuczynski ofreció su renuncia antes de ser sometido a un voto de destitución en el Congreso, convirtiéndose en el político de más alto nivel en caer por el escándalo cuando aún ocupaba su cargo. El expresidente Alejandro Toledo, tiene una orden de detención nacional e internacional por supuestamente haber recibido un soborno de US\$20 millones del gigante brasileño de la construcción. El exPresidente Alan García fue enjuiciado y se suicidó. En Ecuador el exVice presidente Jorge Glas fue detenido acusado de recibir sobornos de Odebrecht. En Colombia, por su parte, las declaraciones del exsenador Otto Bula - preso por haber recibido US\$4,6 millones en supuestos sobornos de Odebrecht- salpicaron la campaña de reelección del presidente Juan Manuel Santos en 2014. El supuesto financiamiento ilegal de Odebrecht a campañas electorales también es objeto de interés en Panamá. Las sospechas de apoyo a la campaña del expresidente Ricardo Martinelli, por ejemplo, ya habían sido destacadas por la embajadora de EE.UU., Barbara Stephenson, en un cable filtrado por Wikileaks. En México, se acusa a ex directivos de PEMEX de recibir sobornos para apoyar a Peña Nieto.

Mención aparte merece el caso argentino. Desde los inicios del Lava Jato se acusó a Gustavo Arribas, que fue titular de la Agencia Federal de Inteligencia, de participar en operaciones sospechosas, pero el juez argentino Canicoba Corral lo sobreescribió en tiempo record. También se acusó a Calcaterra de participar en la trama de Odebrecht pero no hubo investigaciones serias.

El caso cuadernos de las coimas

El 1º de agosto del año 2018, en la Argentina se inicia un operativo de 15 detenciones y 35 allanamientos. Fue el inicio público de la después llamada "causa de los cuadernos de las coimas". Se trata de una investigación conducida por el Fiscal Federal Carlos Stornelli a partir de una denuncia de un periodista del diario la Nación. Este denuncia estaría fundada en las notas que fue haciendo el chofer del funcionario Roberto Baratta del Ministerio de Infraestructura Federal, a partir de 2005 y hasta 2015, donde quedaron registrados numerosos pagos en efectivo de empresarios locales. El objeto de la investigación sería un sistema de recaudación ilegal.

Como consecuencia de esta investigación fueron procesados la ex Presidenta de la Nación Cristina Kirchner, el Ministro de Infraestructura Julio De Vido y el Secretario Roberto Baratta, y numerosos empresarios de empresas de la construcción que fueron acusados de asociación ilícita y cohecho.

En el proceso judicial ante el juez Claudio Bonadío se utilizó la figura del "imputado colaborador" con el objetivo de inculpar a la ex Presidenta, y se dictó decenas de procesamientos y algunas prisiones preventivas. Entre los procesados estuvo el Presidente de la Cámara de la Construcción y hubo importantes directivos de grupos como Techint, Roggio, Pescarmona, Calcaterra.

La mega causa judicial fue perdiendo importancia por la imposibilidad de conseguir testimonios que inculpen a Cristina Kirchner, el fallecimiento del juez Claudio Bonadío, y el procesamiento del Fiscal Carlos Stornelli por espionaje ilegal en otro asunto. Están pendientes de resolver diversos pedidos de nulidad de la causa por irregularidades en la prueba documental, ya que se trabajó con una fotocopias de los famosos Cuadernos y porque no se documentaron correctamente las audiencias de los "imputados colaboradores". Sin embargo, el efecto principal es irreversible. Se produjo una gran desvalorización de las acciones de las empresas involucradas.

Objetivos manifiestos y ocultos de las mega-causas contra la corrupción. Contradicciones y consecuencias

El objetivo manifiesto y público del Lava Jato, el caso Odebrecht y los Cuadernos de las Coimas fue una lucha contra la corrupción y a favor de las buenas prácticas empresariales emprendida por algunos jueces federales apoyados por agencias gubernamentales

de Estados Unidos. El objetivo oculto parece ser desprestigiar a políticos nacionalistas y con arraigo popular y lograr una mayor participación de empresas estadounidenses en el mercado de los hidrocarburos del Brasil, y en las obras de infraestructura de varios países de América Latina (Romano, 2017). Conviene detenerse en el tema Petrobras, porque su desguace parece ser un objetivo principal del caso Lava Jato (Ribeiro, 2018).

Todo este proceso presentado como una cruzada continental contra la corrupción fue protagonizado por Jueces y fiscales federales que reportaban a las Embajadas de Estados Unidos, como Sergio Moro, Deltan Dallagnol, Claudio Bonadío y Carlos Stornelli y se utilizaron herramientas legales como “el imputado colaborador” o “la delación premiada” importadas de las prácticas judiciales de Estados Unidos. La presunta gesta justiciera tuvo el apoyo de los grandes medios de comunicación audiovisual (Cieza, 2020).

Las principales víctimas de este proceso fueron el ex Presidente de Brasil Lula Da Silva, condenado a prisión en el Lava Jato y la ex Presidenta de Argentina Cristina Kirchner, procesada en los Cuadernos de las Coimas en base a pruebas fraguadas. Pero además hubo otras víctimas como algunos políticos y empresarios privados de la libertad en forma arbitraria.

Finalmente hubo numerosos empresarios cuya principal falta habría sido financiar el movimiento político oficial que sufrieron la consecuencia de la desvalorización de sus acciones. Cabe preguntarse aquí si estos empresarios no fueron castigados por establecer un sistema de contrataciones que dejaba afuera a empresas estado-unidenses. En otras palabras, pareciera que hubo un intento de disciplinamiento a cargo del poder imperial contra actores que competían con empresas estadounidenses.

Conclusiones y reflexión final

Los mega-procesos judiciales conocidos como Lava-Jato, Caso Odebrecht y Cuadernos de las Coimas aparecieron ante la opinión pública como cruzadas justicieras sostenidas por jueces valientes y una serie de mecanismos aportados por Estados Unidos. En un primer momento, y con el apoyo de los monopolios mediáticos lograron la condena de Lula Da Silva, el político que había logrado el mayor apoyo popular en Brasil, y el procesamiento y estigmatización de Cristina Kirchner que se había retirado de sus dos Presidencias con un alto nivel de aprobación. También lograron desvalorizar las acciones de importantes empresas locales.

En la actualidad todo esto comienza a revertirse. El Tribunal Superior de Brasil anuló la condena contra Lula, quien nuevamente aparece en las encuestas como el político con mejor imagen. En la Argentina, la causa de los Cuadernos de las Coimas tiene varios pedidos de nulidad. Y la mayoría de los políticos y empresarios enjuiciados ha recuperado su libertad.

Pareciera que hemos atravesado un capítulo del *lawfare* o guerra judicial donde los objetivos del poder imperial no se han conseguido totalmente. Si bien siguen detenidos líderes como Jorge Glas en Ecuador y se han producido daños irreparables en la

principal empresa estatal brasileña, no se ha logrado desactivar a figuras como Lula Da Silva o Cristina Kirchner.

Sin embargo es necesario reflexionar sobre un aspecto que queda pendiente. Se trata de regular y transparentar el financiamiento de la actividad política. Porque lo que permitió avanzar el Lava Jato y los Cuadernos de las Coimas, fue un sistema irregular de financiamiento de los movimientos políticos. Es necesario regular y darle mayor equidad a una situación muy ambigua donde, de hecho, se cometen diversas faltas o delitos.

En varios países de América latina se verifica desde hace décadas una cartelización de la obra pública a través de cámaras o clubes informales de empresarios que se reparten los contratos públicos y hacen aportes para financiar las estructuras políticas. Todo esto sería violatorio de algunos artículos de la legislación penal o de las leyes sobre partidos políticos.

Sobre esta situación pivotea la ofensiva "moralizadora" impulsada por agencias de Estados Unidos. Lo que no se dice es que otras agencias del mismo Estado imperial financian en forma ilegal diversos partidos de derecha (Golinger-Allard, 2009). O que en Estados Unidos no hay ningún control sobre el financiamiento de los partidos por la gran empresa privada.

La solución no es considerar, como lo hizo el Juez Bonadío y el Fiscal Stornelli en la Argentina, que existió una asociación ilícita dirigida por la ex Presidenta e integrada por algunos empresarios y altos funcionarios que perjudica a otros empresarios, generalmente estadounidenses. La solución parece ser que se establezcan reglas claras en el acceso a las licitaciones públicas y en el financiamiento de la actividad política.

Los partidos políticos son actores fundamentales protegidos por las Constituciones latinoamericanas y por el Pacto de San José de Costa Rica. Deben tener un correcto financiamiento público garantizado por el Estado. La realidad de las cosas es distinta: el aporte público es mínimo y el funcionamiento efectivo de los partidos surge a partir de grandes empresas y de la economía subterránea.

Referencias

- Cieza, Daniel (2010). "Notas preliminares sobre *lawfare* y reforma judicial" Revista Pacarina del Sur Nro 45, México.
- Golinger Eva - Allard, Guy (2009). "La agresión permanente: Unsaid, NED y Cía" MPP, Caracas.
- Lijalad, Ari (2018). "Estados Unidos y la causa de los cuadernos" Portal El Destape.
- Netto, Vladimir (2016). "Lava Jato" GMT Editores, Río de Janeiro.
- Ribeiro, Jose Augusto (2018). "Lula na Lava Jato e outras histórias ainda mal contadas" Kotter Editorial, Curitiba.
- Romano, Silvina (2017). Estados Unidos-Brasil. Lo que oculta el "lava jato" CELAJ.

EMANUEL DESOJO*

“Poder económico y *lawfare*”: el plan de cooptación del sistema judicial entre diciembre de 2015 y diciembre de 2019 desde el oligopolio mediático

Es imposible comprender la efectividad y eficacia del Plan Sistemático y Estructural de Cooptación del Poder Judicial, sin comprender su relación con el poder económico, y específicamente con el oligopolio mediático, cómplice de la decadencia institucional del Sistema Judicial que se vivió desde diciembre de 2015 hasta diciembre de 2019. Las declaraciones en medios de comunicación por parte del entonces titular del Poder Ejecutivo y de los miembros del partido oficialista durante el gobierno de Cambiemos impulsaron una campaña de desprestigio y persecución contra distintos magistrados del Poder Judicial Nacional y Federal. Los ataques se llevaron a cabo en sintonía y complicidad con los principales medios de comunicación, quienes también poseían intereses en otras áreas de la economía, asociándose a los intereses políticos del proyecto político liberal del entonces candidato Mauricio Macri, para atravesó del *Lawfare*, como una herramienta de guerra, obtener los objetivos que resultaban imposibles alcanzar mediante el consenso y apoyo de la opinión pública. La complicidad del oligopolio mediático con el advenimiento de Cambiemos al poder termino de sellar un acuerdo que logró que la misma opinión pública sea manipulada y desinformada sobre las implicancias del *Lawfare*, y las relacionadas y prebendas otorgadas por el gobierno de Cambiemos a éstos grupos económicos. Es imposible desplegar una “Justicia a la carta”, sin la alianza entre el entonces presidente Mauricio Macri y los grupos económicos Clarín, La Nación, e Infobae. Este tridente es el que estratégicamente dirigió, a modo de organizador, los ataques a funcionarios judiciales, magistrados y abogados, que fueron realizados en forma coordinada y planificada, para disciplinar a todos aquellos que eran obstáculos a los intereses del entonces Poder Ejecutivo Nacional y de sus socios, los oligopólicos medios de comunicaciones que buscaban conformar un Mercado hegemónico con pocos actores dueños de todas las formas de influir en la opinión pública. Comprender el

(*) Docente FCJS-UNLP en la Cátedra de Sociología Jurídica.

contexto mediático en el que se dieron los ataques a la independencia e imparcialidad del sistema judicial argentino, y la significación que poseyó ese asedio sistemático y planificado a funcionarios judiciales, magistrados y abogados, debe realizarse desde una perspectiva histórica.

Breve referencia histórica

El mapa de medios en Argentina podemos decir que comienza en medio de la dictadura cívico-eclesiástica-militar con la sanción, el 15 de septiembre de 1980, de ley 22.285 de radiodifusión. La citada norma jurídica intentaba configurar un sistema de medios de comunicación comercial que se encontrara controlado por las Fuerzas Armadas, autoras del genocidio argentino acaecido entre los años 1976 y 1983. La ley establecía que solo podían ser titulares de licencias de radiodifusión las personas individuales o sociedades comerciales, impidiendo a las organizaciones de la sociedad civil acceder a poseer radios que permitan difundir ideas de solidaridad que iban en contra del proyecto individual y capitalista instaurado. El 10 de septiembre de 1999, el presidente Carlos Saúl Menem dictó el decreto 1005/1999, conforme pautas que le había solicitado expresamente Héctor Magnetto, presidente del Grupo Clarín, como una forma de devolver el favor por la campaña mediática que había realizado tanto para lograr la caída del expresidente Raúl Alfonsín, como para erigirlo a él como titular del Poder ejecutivo. La modificación solicitaba consistía en eliminar la cláusula que establecía un freno a la posibilidad de tener diversas licencias y licencias cruzadas de radio y televisión, lo que impedía la existencia de monopolios, oligopolios o grupos de comunicación que manipulen a la opinión pública. Así, Menem les concedió a los ya propietarios la posibilidad de ser titulares de diferentes medios de comunicación en varios formatos. En otras palabras, posibilitó al titular de un periódico ser también propietario de una licencia de radio y/o de televisión, lo que se encontraba vedado con la reglamentación anterior. Para el final de la década de 1990, las modificaciones normativas producidas por las políticas neoliberales del menemismo le permitieron a unos pocos medios privados la concentración de una enorme cantidad de medios de comunicación; un pequeño número de empresas conformaron grupos de medios con una importante capacidad para influir en los gustos y la vida política del país. En ese entonces ya controlaban lo que se conoce como “triple play”, o sea, los citados grupos económicos-políticos Clarín y La Nación poseían medios de radiofonía, de internet y de televisión abierta y por cable, además de tener varios operadores propios de cable en distintas provincias. La tendencia a la acumulación, en un mercado donde existen escasos grupos empresarios, confluyó en tácticas de aglutinamiento que terminaron con la conformación de un oligopolio de medios de comunicación que dominó desde entonces a todo el país. Con el advenimiento del macrismo, y a incorporación de nueva tecnología, se le permitió a este oligopolio mediático apropiarse de lo que se conoce como “cuádruple play”, es decir, a los servicios de radio, televisión abierta y por cable e internet se incorporaron los servicios de comunicación de telefo-

nía. Con estos recursos tecnológicos de comunicación, un pequeño grupo de personas con grandes empresas sumó, a los anteriores, los servicios de comunicaciones móviles y sus tecnologías asociadas; esto se logró por un pacto similar al que en su momento selló Carlos Saúl Menem con Héctor Magnetto, e incorporar más herramientas para manejar las tendencias, los gustos y las modas de gran parte de la población argentina.

Concentración de los grandes grupos económicos

Existen tan solo dos diarios en Argentina que poseen circulación nacional, propiedad de las dos empresas de medios más grandes, que centralizan el manejo de la agenda informativa, y además cuentan con varios canales abiertos de televisión, canales de cable, radios y sitios de internet; también poseen agencias de noticias y periódicos de alcance nacional, que a la vez imponen desde su lugar de proveedor de internet, el contenido y propaganda política a los usuarios. Pero, como si ello no fuera suficiente, son propietarios de pequeños periódicos en todas las capitales provinciales y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, o en su defecto, poseen alianzas estratégicas que obligan a los diarios locales a poner en tapa y en el interior una cierta cantidad de noticias que definen su línea editorial. En ese marco de organización de negocios, surge hace unas décadas el diario digital Infobae quien, con una estrategia de aglutinación y acuerdos estratégicos, entre otros con la Embajada de Estados Unidos, logra imponerse como tercer grupo mediático que conforma el oligopolio actual del sistema de medios en Argentina. El Grupo Clarín, multimedia que en su historia había representado las posiciones e intereses de las clases medias acomodadas, en la década de 1970 otorgó prioridad en su expansión económica con una estrategia pragmática, asociándose con los genocidas de la última dictadura militar logrando a través de maniobras ilícitas apropiarse de diferentes medios de comunicación y de la productora de papel para diarios Papel Prensa S.A. Con el advenimiento de la democracia, dicha expansión fue continuada mediante la extorsión a los distintos gobiernos democráticos gracias a la posición dominante que logró por la complicidad con los genocidas. Por su parte, el Grupo La Nación, cuyo diario ha expresado históricamente la ideología de las clases conservadoras de Argentina, tuvo siempre su referencia editorial en complicidad con los sectores genocidas y oligárquicos, y actualmente con los terratenientes y los commodities agrarios; y fue otro de los socios en la apropiación ilegal de la empresa Papel Prensa S.A. El último de los medios de comunicación que ha tenido una rápida expansión es el que posee el diario digital Infobae, un multimedia fundado en 2002, cuyo periódico insignia es de los más vistos por internet. Este periódico y los medios asociados poseen una línea editorial con conformidad con la Embajada de Estados Unidos, y que ha sabido adaptarse rápidamente a los nuevos medios de comunicación digital. La información publicada por estos grupos en los periódicos (en formato papel o digital) es replicada por un sinnúmero de pequeños y medianos medios de comunicación, tanto radiales, digitales como impresos; también es reproducida por agencias de infor-

mación, por sitios de internet, y que luego es nuevamente replicada por sus “subsidiarias” radiales, televisivas y por operadores de cable en todo el país, lo que les otorga el poder de “imponer la agenda mediática”.

Ley de servicios de comunicación audiovisual

En un contexto de extrema concentración mediática como la descrita, durante 2008, organizaciones sociales, culturales, políticas, ambientales, agroforestales, económicas, universitarias, mutualistas, sindicalistas, fueron agrupadas en la Coalición por una Comunicación Democrática, que materializaron una iniciativa: “21 puntos básicos por el derecho a la comunicación”. Esta iniciativa de la sociedad civil organizada proponía democratizar los medios de comunicación, lo que generó una fuerte y agresiva respuesta por parte de los multimédios del Grupo Clarín y Grupo La Nación, quienes abonaron permanentemente a la creación de un clima de tensión, crispación y odio entre compatriotas, reiterando en forma ininterrumpida el libreto de una “grieta” entre los argentinos que dividía a la sociedad. En ese marco de fuerte propaganda política en favor del conflicto social y de la división de los argentinos, la iniciativa es apropiada por la autoridad política nacional de ese entonces, y la propuesta surgida de los “21 puntos básicos por el derecho a la comunicación” se lleva al Congreso de la Nación. Esta propuesta fue debatida por meses en foros públicos, por especialistas y ciudadanos en general, todo ello a lo largo y ancho de la República Argentina, en la búsqueda de poder reflejar el federalismo que impera en el país y tomar las particularidades de cada región. El 10 de octubre de 2009, el Congreso sancionó la ley 26.522, que regulaba los servicios de comunicación audiovisual, cuyo objetivo, entre otros, resultaba ser la desconcentración mediática. La implementación de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual se sumaba a una serie de iniciativas por la democratización de los medios de comunicación, a fin de desarticular” oligopolios mediáticos que se conformaron durante cincuenta años. En ese sentido, fue oportunamente presentada una propuesta ante el Congreso de la Nación para declarar de interés público la producción, la distribución y la comercialización del papel para diarios, lo que significaba la posibilidad de que todos los medios escritos del país adquirieran un insumo fundamental a un mismo precio, manejado en forma monopólica por Papel Prensa S.A.

Modificación del mapa de medios en Argentina y su democratización

Junto con las iniciativas descritas, entre los años 2009 y 2015, se promovió la democratización y el acceso a diversos medios de comunicación, en forma gratuita, a través de la implementación de diversos programas estatales. Así, se instaló y promocionó la Televisión Digital Abierta, además de sumarse como política pública el programa de Fútbol Para Todos, “liberando” lo que se denominó el “secuestro” por parte de la televisión por cable mediante el Pay Per View (paga por ver) del fútbol y sus goles. Ello implicó, que la Asocia-

ción del Fútbol Argentino (AFA) rescindiera un contrato con el Grupo Clarín, que era uno de los pilares que poseía el grupo para mantener su poder de dominación y de sometimiento con contratos leoninos a las empresas de cable del interior del país, y así llegar a todas las localidades, hasta las más pequeñas, imponiendo su línea editorial. Sin perjuicio de ello, es dable destacar que muchas empresas de cable del interior del país ya habían sido adquiridas por su empresa Cablevisión perteneciente al Grupo Clarín. Esto no solo produjo el fin del negocio del cobro del fútbol por televisión mediante el sistema Pay Per View, sino que también le restó influencia al grupo citado respecto de la manipulación mediática que podía ejercer en el interior del país, liberando a operadores y medios de comunicación de una relación de explotación comercial que venían sufriendo desde hacía años. La Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual fijó, además, la división del espectro radioeléctrico en tres partes iguales: un tercio para los medios comerciales, otro para los medios sin fines de lucro y otro para los medios públicos. Finalmente, estableció la obligatoriedad, para los grandes grupos empresarios, de desprenderse de los medios de comunicación cuando superaran una cantidad fijada por la norma, con la intención de terminar con el oligopolio. Así, los grupos debían presentar sus planes de adecuación a la norma, y la autoridad de aplicación (la Agencia Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual), la que luego de una revisión, aprobaría el desprendimiento de esas "unidades" empresariales.

El grupo Clarín

En el momento de aprobarse la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, el Grupo Clarín poseía 236 licencias de televisión, controlando así un 35% del mercado potencial, cuando la ley exigía que un grupo no podía poseer más del 10%. Había, además, una serie de incompatibilidades: el grupo que era licenciatario de un operador de cable por lo que no podía ser propietario de una señal de televisión abierta, de acuerdo con lo que establecía la nueva legislación. Por eso, aludiendo entre otras cosas a que la ley atacaba la libertad de expresión, el Grupo Clarín interpuso una serie de acciones y pidió medidas cautelares en distintos juzgados del país, generando una manipulación judicial y buscando a un "juez de conveniencia" que le permitiera suspender la aplicación de la ley, lo que luego intentar que fuera declarada inconstitucional, especialmente en los artículos que limitaban la multiplicidad de licencias, llegó con la suspensión de su aplicación al máximo tribunal del país. La Corte Suprema de Justicia de la Nación demoró cuatro años en definir la constitucionalidad de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, y mantuvo así durante este tiempo la indemnidad de la posesión de los medios pertenecientes al Grupo Clarín. Recién el 29 de octubre de 2013, cuatro años después de sancionada la ley 26.522, la Corte Suprema se expidió declarando su constitucionalidad, por lo que dictada la sentencia debía iniciarse el procedimiento de adecuación (o sea, la segmentación y la venta de los excedentes del grupo económico). Las trabas que impuso el oligopolio en la faz práctica para realizar su adecuación lo favorecieron con el paso del tiempo. Con este retraso, fue posible que se realizaran las elecciones presidenciales del año 2019 sin que

se hubieran desprendido de ninguna licencia. En ese contexto, con un espacio político a favor de la democratización de los medios y otro a favor de la concentración, el grupo económico-mediático concretó una alianza estratégica con Mauricio Macri candidato a presidente de éste último grupo. Se realizó un “periodismo de guerra” desde la sanción de la ley y que perdura hasta la actualidad, conforme fuera descripto por uno de los editores jefes del periódico Clarín, buscando desprestigiar aquel oficialismo y en una activa campaña proselitista en beneficio de Cambiemos, pero soslayada en un eslogan de “periodismo independiente”. Como contraprestación a la imposición de la hegemonía mediática al servicio de la elección, y de Mauricio Macri en particular, éste dejaría sin aplicación la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, además de otorgar otros beneficios extras. A esta alianza política se sumó el Grupo La Nación, cuya línea editorial coincide con los principios liberales y oligárquicos que representa el espacio político de Cambiemos, y su figura principal, Mauricio Macri. Así, una vez obtenido la vitoria en las urnas por un margen muy escaso, y a los 19 días de haber asumido la función el nuevo presidente, con fecha del 29 de diciembre de 2015, se publica en el Boletín Oficial el decreto 267/2015, con el que se derogaban los aspectos cuestionados por el Grupo Clarín de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual mediante la acción judicial. Lo que no había logrado mediante la acción judicial lo lograba mediante la alianza política con la oposición a aquel gobierno que había impulsado la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, y la manipulación mediática de la opinión pública, con estrategias de un periodismo de guerra. El articulado del citado decreto modificaba la ley sustituyendo el primigenio art. 41 y eliminando el 45, lo que en definitiva posibilita la realización de cadenas mediáticas de televisión y radio, al eliminar los topes de señales que puede poseer cada Grupo Económico, también se eliminaron los topes en la cantidad de ciudades en las que puede operar una empresa de televisión por cable. El decreto también prescindió de las restricciones a la “propiedad cruzada”, o sea, quitó la veda para que un licenciatario de señales de televisión por cable pueda ser también de TV abierta y de radiofonía. Incluso por el decreto se establece que los licenciatarios de TV y radio podrían pedir la extensión del plazo de licencia que poseían por diez años más, lo que mejoró la posición que tenían las empresas oligopólicas con anterioridad a la vigencia de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual. En definitiva, antes de cumplirse un mes de gestión, el entonces presidente Mauricio Macri ya había vuelto a permitir la formación de oligopolios (que nunca llegaron a desconcentrarse) y, con ello, posibilitaba la manipulación de la opinión pública y la instalación de un libreto hegemónico por parte de dos grupos de medios que manejan el mercado y habían sellado una alianza estratégica con Cambiemos, herramienta fundamental para llevar adelante el Law Fare que estaba programado. Pero esta situación de concentración fue profundizada aún más hacia fines de 2016, cuando se dicta otro decreto que permite la “convergencia plena” en el área de telecomunicaciones a partir de enero de 2018, o sea, el “cuádruple play”. Esto significa que se habilita a las empresas oligopólicas de medios de comunicación —además de a ofrecer servicios de TV, TV por cable, radio AM, radio FM, tener las empresas de cable, empresas de internet y agencias de noticias, sin limitación de cantidades—

a brindar servicios de telefonía fija y móvil, y todo concentrado en la misma red. Un gran "pulpo" que determina los gustos, las modas y la opinión pública de los argentinos. Así, con este último decreto se terminan de enterrar la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual y la intención de democratización el acceso a la información y los servicios de comunicación audiovisual, dejándolo todo en manos de solo dos empresas privadas.

La reconfiguración del mapa mediático

En la actualidad, el mapa de medios se encuentra regido por una sumatoria de decretos dictados por el entonces presidente Mauricio Macri, quien consolidó el monopolio de los dos grandes grupos empresarios de medios de comunicación, desde los que afianzó su poder político utilizándolo en una sociedad simbiótica para el disciplinamiento de opositores, posibilitando la ramificación del discurso hegemónico de vertiente neoliberal y el manejo de la opinión pública a todo el país en una voz única. Pero también fue utilizado para atacar, desacreditar, someter y sancionar a los funcionarios del Poder Judicial, a los del Ministerio Público, a los abogados y a los demás operadores del sistema judicial que no reprodujeron el discurso jurídico del Poder Ejecutivo Nacional ni se doblegaron a sus intenciones, siendo víctimas de diferentes procesos por los que se conformó una "Justicia a la Carta". En este proceso de aglutinamiento por parte del poder económico respecto de la adquisición de medios de comunicación que en el marco de las políticas liberales los pequeños canales, periódicos y radios, que no podían soportar la competencia desleal que se realizaba desde estos grandes grupos socios del poder político que los perseguían de forma legal e ilegal, finalizaron cerrando sus puertas, vendiéndose a alguno de los medios hegemónicos o iglesias evangélicas; en paralelo a ello, se desmantelaba todo vestigio de política pública de acceso gratuito a medios de comunicación, como la Televisión Digital Abierta y sus señales de contenidos, o el desguace de la agencia estatal de noticias Télam, cuyos trabajadores fueron despedidos, en un plan de eliminación de "competidores estatales" de los citados grupos Clarín y La Nación, socios políticos privados de Cambiemos. Este plan incluyó también una persecución y un ataque directo a los medios de comunicación que pudiendo resistir, con muchas dificultades a las políticas neoliberales y distribución arbitraria de propaganda política, no se ajustaban a las políticas impulsadas desde el partido gobernante Cambiemos, llegando a la encarcelación de los dueños del más importante grupo de medios opositor no sólo como represalia, sino como demostración de poder para todo el resto de medios no alineados, que observaron cómo se podía armar una causa penal y encarcelar a quien no cediera ante las ordenes presidenciales y hegemónicas de los grandes grupos económicos. Así, el mapa mediático después de la asunción de Mauricio Macri a la presidencia tuvo como hechos protagónicos la compra y/o fusión de empresas propietarias de medios de comunicación, de modo que Clarín y La Nación crecieron aún más en ese oligopolio obscuro. El primero, en particular, se conformó como el grupo dominante por excelencia. Las políticas de Cambiemos, así como la distribución direccionada de la pauta de publicidad oficial, tornaron inviables los

medios de comunicación chicos y medianos, ya sea por falta de financiamiento o por la ausencia de políticas que aseguraran su sustentabilidad. Cientos de radios debieron dejar de transmitir o fueron adquiridas por alguno de los grupos económicos que impiden la pluralidad de voces, lo que generó la capacidad de imponer un libreto que invalida cualquier otra visión. Como epílogo, se puede demostrar lo expuesto al verificarse que el periódico Clarín (del grupo económico del mismo nombre) es el de mayor tirada en la prensa en español de América Latina, y que acrecentó su incidencia en la opinión pública gracias a la fusión de Cablevisión y Multicanal, que se suma a la fusión que pudo realizar luego con la empresa de telefonía Telecom. Todo esto lo convirtió en el mayor conglomerado de telecomunicaciones de Argentina, y el primer operador de "cuádruple play" (telefonía fija y móvil, video e internet), a tal punto que logró imponer a un periodista suyo como ministro de Hacienda de la Nación. En conclusión, lo que este medio expone como noticia (real, falsa o tergiversada) es reproducido y repetido por un millar de medios de comunicación, en la prensa escrita y digital, en los programas de televisión por aire, por cable y por Televisión Digital Abierta, en portales de internet, Facebook, Twitter e Instagram, entre otros. Huelga decir que los decretos dictados fueron cuestionados judicialmente por distintos actores de la ciudadanía, pero no tuvieron respuesta por parte de un sistema judicial tomado por un plan sistemático y estructural de cooptación y disciplinamiento, que posibilitó la persecución a opositores políticos, la impunidad para el "clan Macri" y la instalación de políticas neoliberales que estaban en pugna con la Constitución y las leyes de la nación.

Preguntas sobre la actualidad con un nuevo gobierno

Pese al gran aparato mediático, político y el apoyo económico del FMI que poseía el gobierno de la coalición Cambiemos, ante el fracaso estrepitoso de las políticas liberales, se volvió a un gobierno de cohorte popular, el cual a los 3 meses de haber asumido se vio inmerso en una de las más graves epidemias que ha tenido que afrontar el país. Sin embargo, ello no es óbice para haber desperdiciado una oportunidad histórica, incluso podría haberse visto favorecido el momento histórico para volver a poner en vigencia la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, recordemos que la misma fue suspendida por un Decreto de Necesidad y Urgencia, por lo que con una herramienta de igual jerarquía se puede volver a poner en vigencia, y se destaca que la constitucionalidad de la misma ya fue sancionada por el máximo tribunal, por lo que su operatividad quedaría exenta de impedimentos judiciales. La restitución de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual no solo mejora la calidad democrática del país, sino que genera miles de empleos al diversificar las voces, permitir la apertura de miles de radios y periódicos, de comenzar a desandar un camino de un discurso hegemónico por un plural, y que los caminos de esos negociados espurios fruto de la connivencia de un Estado corrupto con unos grupos hegemónicos de poder, comiencen a perder peso la opinión pública.

MARTÍN ERTOLA NAVAJAS*

El *lawfare* como respuesta de autoinmunidad a los delitos de los poderosos

Grupos económicos, capital financiero y democracias. Breve desarrollo histórico

“Las elites de nuestra región y los defensores de los intereses del capital financiero internacional, que llevan décadas combatiendo las políticas sociales diseñadas para erradicar la pobreza y disminuir las profundas desigualdades sociales, lo que han hecho es promover la corrupción a la categoría de “mal cósmico”, señalándola como el origen y la causa de todos los males. Por supuesto que nadie aprueba que haya gobernantes corruptos. Pero la lucha contra la corrupción no es sino el pretexto del cual aquellos sectores se valen para atacar a gobiernos legítimamente elegidos por el voto popular” (Lula Inacio Da Silva, 2019).

Desde antaño los procesos imperialistas del mundo han buscado someter a los pueblos, a través del uso de la fuerza militar para imponer condiciones ideológicas y económicas de mercado. El gran ejemplo desarrollado en Latinoamérica fue el Plan Cóndor: un programa sistemático con los fines de instaurar el modelo económico productivo capitalista en general y el neoliberalismo en particular.

La intervención directa a través de grandes grupos económicos financiando, el apoyo de sectores locales, el silencio de una parte importante del poder judicial, y la fuerza militar como herramienta “legítima” para consumir esos hechos posibilitaron que en Argentina se lleve a cabo el golpe de Estado Cívico-Financiero-Militar-Eclesiástico del año 1976.

Este proceso, tuvo su punto de llegada al denominado Consenso de Washington –post caída del muro de Berlín–, y facilitó con América Latina bajo el dominio de Estados Unidos, la construcción de una hegemonía indiscutible a lo largo del Siglo XX que impidió a los pueblos la construcción de salidas en bloques regionales, y el aislamiento de aquellos que no se alineaban con Norteamérica.

(*) Abogado, especializando en Derecho Constitucional de la UNLP, integrante de la Cátedra II de Sociología Jurídica y Seminario de Grado “Derechos Humanos y Acceso a la Justicia” UNLP.

El argumento central que sostenía la escuela económica de Chicago era la denominada “Teoría del derrame”, en donde el desarrollo de los denominados países “emergentes”, se iba a lograr a partir del crecimiento de las potencias que iba a repercutir en estos Estados y lograr que sus recursos crezcan, pero siempre en un segundo término cuando las potencias terminen de desarrollarse. Esto plantea una clara subordinación de los Estados “pobres” a las “potencias” económicas mundiales mundiales.

La instalación del fondo monetario internacional y del banco mundial como organismos de crédito ha sido uno de los grandes triunfos de la potencia dominante, ya que a través de sus misiones han logrado la aprobación de leyes y la implementación de políticas fiscales y macroeconómicas para poder cumplir los objetivos señalados. Esto quiere decir que los capitales financieros no apoyaron el golpe de 1976 por una cuestión ideológica, sino para asegurar sus negocios.

Las consecuencias de este “padrinazgo” están a las vistas: aumento de la deuda, incremento de la marginalidad, de la pobreza, falta de empleo, desindustrialización, y pérdida de todas las empresas en manos del Estado en favor de los privados –que luego recuperaremos en condiciones de vaciamiento (tal el caso de Aerolíneas Argentinas o YPF) a lo largo de la década anterior–.

Este proceso de “recolonización” fue transversal en todas las instituciones y en la sociedad en su conjunto a partir de valores culturales que permitieron no solo perpetuar delitos sino el vaciamiento dentro del Estado, en donde la argentina cayó abismalmente en todas los indicadores socioeconómicos y con un aumento brutal de la deuda externa tomada por gobiernos de facto, la cual fue increíblemente reconocida por las grandes potencias que “sostienen” hoy en día la defensa de la democracia y la plena vigencia de los Derechos Humanos.

Desde la óptica política institucional, la junta militar intervino las instituciones democráticas, y alteró el orden de la Constitución y los poderes del Estado. Sin embargo, el único de los 3 poderes que continuó con su “funcionamiento habitual” durante la última dictadura fue el Poder Judicial, en donde se tiene por probado el acompañamiento de distintos funcionarios judiciales al proceso de la dictadura, ya fuera por el apoyo directo, por un accionar inoficioso o por una inobservancia al derecho. Este apoyo fue fundamental para el sostenimiento del régimen.

La cooptación del Poder Judicial: el *lawfare* como mecanismo de impunidad de los poderosos

En la actualidad, estos mecanismos de imposición de ideas por parte del uso de la fuerza se encuentran en crisis en Latinoamérica. La resistencia de la comunidad organizada, de los organismos de Derechos Humanos, el resurgimiento de la política a lo largo de la década anterior, el fortalecimiento de gobiernos democráticos con amplio respaldo de las mayorías populares y la construcción del debate en el campo de las ideas, impide en la ac-

tualidad que Estados Unidos –ni ninguna otra potencia– esté en condiciones de llevar esta disputa al terreno militar, como sin dudar lo hace en estos momentos en Afganistán.

El fortalecimiento de Latinoamérica como bloque regional a inicios del año 2000, puso en jaque a una Norteamérica en crisis por la falta de resultados de implementación de políticas únicas. El resurgimiento de Rusia, el crecimiento acelerado China, y la alianza con los Países encolumnados en la Unasur y Celac concluyeron con la etapa anterior de hegemonía, constituyéndose ahora nuevos polos de poder y una mayor posibilidad de alianzas globales.

Sin perjuicio de lo anteriormente manifestado, los poderosos siguieron gobernando en todo el mundo, como así también sus expresiones locales, pero sin embargo se vieron amenazadas ante el resurgimiento de la política y de los dirigentes populares en toda América Latina. Al verse frustradas las intenciones de poder dominar a nuestros Estados y de someternos política y económicamente se han volcado a una doble estrategia con resguardo en el Poder Judicial.

Por un lado, buscaron ejercer su poder a partir de los denominados “golpes blandos” a los gobiernos populares, a través de la difusión de noticias falsas o hechos equívocos utilizados con intencionalidad de derrocar a un gobierno sin la utilización de la fuerza militar, como ocurrió con el “impeachment” de Dilma en Brasil o el golpe de Estado a Evo Morales en Bolivia. En segundo lugar, la conceptualización de la persecución judicial de dirigentes progresistas, denominada por la doctrina como *Lawfare*, cuya misión es debilitarlos hasta encarcelarlos a través del armado de causas judiciales, con un apoyo sostenido de la DEA.

Ejemplos de ello, fue lo que ocurrió en las escandalosas causas armadas a Lula en Brasil, Correa en Ecuador o con Cristina Kirchner en Argentina, resguardándose en el Poder Judicial a los fines de desestabilizar, y producir una ruptura del orden democrático con el único objetivo de garantizar la continuidad en sus negocios.

En consecuencia, tal como me lo propongo al realizar este análisis, no se trata de una disputa en el campo de lo ideológico partidario, sino en la continuidad de sus negocios y con inmunidad total. Posiblemente si los gobiernos democráticos mencionados con anterioridad no hubieran implementado políticas donde se vieron afectados de manera concreta sus privilegios, hoy no estaríamos debatiendo estos temas ya que seguirán operando con una mayor impunidad.

Por ende, la cooptación y utilización de políticos del capital financiero va mutando en distintos partidos o agrupaciones en función de que sean los que mayor representatividad puedan tener en un momento determinado, y en caso de que pierdan la legitimidad o dejen de ser competitivos en términos electorales, serán fácilmente descartados. Esto no pasa en el Poder Judicial, ya que debido a sus principios de perpetuidad y de su estructura de funcionamiento, de dominarlo, se aseguran la impunidad.

Es decir, que el autor material para el cumplimiento del cometido de los grupos económicos es hoy el Poder Judicial, de la misma manera que el uso de la fuerza represiva

del Estado, la utilización del Poder Judicial no tiene el fin de constituir una sociedad más democrática, transparente y menos corrupta, sino poder implementar las mismas políticas neoliberales de finales del siglo pasado, logrando la impunidad por los delitos cometidos por parte de estos sectores.

Los grandes grupos económicos de nuestro País han formado parte de la comisión de delitos graves como el lavado de dinero, la evasión fiscal y el contrabando, pero no fueron detenidos por la comisión de estas conductas tipificadas en nuestro código penal. Sin embargo, debido a supuestas prioridades por parte de las investigaciones penales -en donde se decide perseguir por delitos de menor cuantía que producen un daño patrimonial de tipo individual, pero inmediato- no se juzgan por este tipo de delitos a los empresarios titulares de dichas empresas.

A esta "dificultad" se suma que estos grupos componen grandes entramados societarios, los cuales se excusan en la personería jurídica a los fines de salir indemnes de cualquier tipo de delito, es decir no se trata ya del mantenimiento de un sistema económico y productivo sino cuidar sus propios negocios. Los mismos sectores que han sido beneficiados por las políticas económicas implementadas por el gobierno de la última dictadura cívico militar argentina, en donde muchas empresas han crecido exponencialmente de una manera sospechosa y se conocen vínculos estrechos con el poder gobernante, pero sin perjuicio de los juicios existentes (como por ejemplo aquel que se le sigue a Blaquier en su carácter de empresario propietario del Ingenio Ledesma en los hechos de la noche del apagón) hasta el día de la fecha no existen empresarios detenidos.

Esta impunidad solo se puede explicar a través de un mecanismo, en donde sostienen fuertes relaciones vinculantes con el Poder Judicial, en donde el manual de funcionamiento republicano requiere que los represente un poder ejecutivo que haga lobby con la justicia (como fue la mesa judicial) a los fines de garantizar la continuidad de la impunidad. Es decir, fueron los que realmente gobernaron la argentina durante los 4 años de macrismo. La independencia de este poder del Estado se encuentra prevista dentro de nuestra Constitución para evitar la intromisión de otro de los poderes del Estado, pero no es esquivada a la intromisión y dígito de los grupos económicos.

En los últimos tiempos en Latinoamérica se han llevado a cabo distintas investigaciones que incluso han resultado con detenciones a empresarios y políticos, vinculados en mayor medida con la corrupción estatal y los negocios con la obra pública o las empresas del Estado. Una vez más, la reconocida selectividad del Sistema Penal se hace presente para perseguir a aquellos que les sirva para construir la idea que "son todos corruptos", deslegitimando a la política y a los procesos de inclusión social de las mayorías. Para lograr que la persecución política sea efectiva y legítima, los grupos económicos utilizan los medios masivos de comunicación como herramienta de construcción de imagen y de ideas.

"El *lawfare* se ejecuta en por lo menos tres etapas, que se caracterizan por estar teñidas de ilicitud. La primera es la obtención de información sensible de las víctimas, etapa en la que

intervienen miembros de las Agencias de Inteligencia locales y eventualmente de Agencias extranjeras. En esta primera etapa no solo se usan fuentes legales, sino que se recurre a operaciones de espionaje vedadas por la ley. En la segunda etapa intervienen medios de prensa que amplifican y “blanquean” la información obtenida por agentes de inteligencia con métodos oscuros, y preparan a la opinión pública. En una tercera etapa intervienen magistrados judiciales previamente cooptados que se declaran competentes mediante diversos artilugios (fórum shopping) y utilizan procedimientos judiciales provenientes de la experiencia estadounidense de dudosa legalidad, como el “imputado colaborador” (Cieza, Daniel 2020).

Tal como describe Daniel Cieza sintetizando los puntos de este acápite, la mayoría de estos procesos persecutorios han sido plagados de irregularidades, con el uso de “nuevos recursos” judiciales como el “testigo arrepentido”, en donde empresarios pueden denunciar y señalar a políticos corruptos quedando por fuera de la persecución penal en una clara posibilidad de que se convierta –como sucede– en una práctica extorsiva a los fines de que delate hechos de corrupción.

Estas figuras son lesivas respecto a los derechos/garantías/principios previstos en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional que establece el Juicio previo, intervención del Juez Natural, Ley anterior (irretroactividad de la ley); Inviolabilidad de la defensa en juicio y la Declaración contra sí mismo. Es decir que figuras como las del testigo arrepentido, en lugar de que se usen en la lucha contra la corrupción, se vuelven herramientas extorsivas como la tortura para perseguir a los investigados.

Finalmente, y como corolario de esto, se encuentra comprobado el rol de la embajada de los Estados Unidos actuando directamente en funcionarios judiciales como Moro en Brasil o al fiscal Stornelli y al difunto juez Bonadío en Argentina, en una nueva suerte de injerencias por parte de las grandes potencias y un plan sistemático en Latinoamérica de intervención sobre nuestra vida institucional.

Desafíos para el fortalecimiento de una justicia democrática

Es por esto, en mi opinión, se considera imperioso e inminente una reforma judicial estructural en la República Argentina, desde la conformación del Consejo de la Magistratura como una reorganización total, para poder recuperar el rol que tiene dentro de una sociedad democrática. En nuestro País, según distintas encuestas realizadas, el Poder Judicial en general y la Corte Suprema de Justicia de la Nación en particular son quienes tienen mayor desaprobación por parte de los argentinos.

Para poder conseguir niveles de legitimidad social, se debe recuperar la agenda de una justicia representativa y verdaderamente democrática, fortaleciendo la república a través de una acentuada división de poderes e independencia política y económica.

Para la construcción de una democracia sólida y firme en nuestro continente debemos combatir al *Lawfare* que daña profundamente nuestras instituciones republicanas,

proscribiendo (como en el caso de Brasil, Ecuador o Bolivia) o desgastando (como en Argentina) a los dirigentes populares que proponen grandes transformaciones y ampliaciones de derechos para muchos –o pérdidas de privilegios para pocos–. Siendo el Poder Judicial uno de los Poderes del Estado, es importante poder avanzar en un proceso de participación ciudadana para poder recuperar los grados de representación popular.

Nuestro País es un ejemplo en la lucha contra la impunidad de la última dictadura, con la persecución a los autores materiales a través de procesos judiciales que se llevaron a cabo con el juez natural y con los principios/garantías de nuestra Constitución Nacional. Sin embargo, como he descripto en el acápite anterior, se encuentra pendiente el avance a los autores económicos y financieros locales.

Tal como enseña el jurista Baltazar Garzón, “Es el Poder Judicial el que, a través de la transparencia en su gestión y acercándose al pueblo mediante mecanismos de participación, debe dar el ejemplo de que realmente la justicia es igual para todos, protegiendo a los ciudadanos de nuevos crímenes y espacios de impunidad. Esa independencia de la justicia no se consigue con la opacidad y con las dudas acerca de cómo administrarse a sí misma, sino desarrollando su acción de forma ágil, participativa, transparente e igualitaria. El pueblo debe rechazar a aquellos jueces complacientes con los poderosos y sumisos ante el poder político de turno, porque junto con estos, constituyen el factor de mayor inseguridad jurídica” (Garzón; 2018).

En consecuencia, es necesario recuperar la agenda planteada en los últimos años de una reforma judicial profunda que fue completamente debilitada por los grupos económicos, pero que será unos de los desafíos de cara a la década que viene, sobre todo teniendo en cuenta que se encuentra sobre la mesa el proyecto de readecuación del fuero penal federal como proyecto inicial de transformación del Poder Judicial.

Referencias

- Bohoslavsky, Juan Pablo.** (2015). “¿Usted también, doctor?: Complicidad de jueces, fiscales y abogados durante la dictadura” (1ª edición, Buenos Aires, Siglo Veintiuno).
- Cabral, Pablo Octavio.** (2019). “El *lawfare* en argentina: luchas por la hegemonía del poder en el campo jurídico” en Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura; vol. 9.
- Cieza, D.** (2020). Grupos económicos, mundo del trabajo y derechos humanos. Buenos Aires, para Universidad de Buenos Aires.
- Cieza, Daniel Alejandro.** (2020). “Notas preliminares sobre *lawfare* y reforma judicial en la Argentina” en Pacarina del Sur.
- Medici, Alejandro.** (2021). “*Lawfare*, Geopolítica y Colonialidad del Poder”.
- Zaffaroni, Eugenio Raul.** (2020). Prólogo Lula Da Silva, “Bienvenidos al *Lawfare*” (Capital Intelectual).
 ----- (2019). Prólogo. En S. Romano (Ed.), “*Lawfare*: guerra judicial y neoliberalismo en América Latina. Madrid”: Marmol Izquierdo Edic.

MARCUS VINICIUS PORCARO NUNES SCHUBERT*

LARISSA LIZ ODRESKI RAMINA**

***Lawfare*, Neoextrativismo e conflito nas terras indígenas: o aymarazo e o caso Walter Aduviri**

Introdução

A América Latina tem sido palco de dois fenômenos que tem atuado de maneira complementar nos últimos anos: De um lado, o fenômeno do *lawfare*, marcado pela utilização do direito como uma ferramenta de intervenção política, conforme estratégias de ataque localizado contra lideranças e projetos vistos como lesivos a interesses específicos. Casos conduzidos pela Operação Lava-Jato, e especialmente a condenação do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, são exemplos recentes. Este fenômeno está ligado também à judicialização da política, um elemento sintomático do emprego do *lawfare* (Zanin et al., 2021: p.3).

De outro lado, o boom das commodities no início dos anos 2000 e seu esgotamento em meados de 2012 demonstrou que a América Latina se vê ainda presa em modos de produção de exportação de monoculturas, produtos primários e a manutenção da visão que opõe desenvolvimento e preservação ambiental. O continente viu esses traços se manifestarem mesmo em governos de matriz progressista, através da ideia de que a exploração econômica e o modelo exportador daria conta de levar as regiões ao desenvolvimento. Esses elementos foram levados ao limite logo após o fim do ciclo de

(*) Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR); Mestre em Direito Público pela PUC Minas; Especialista em Direito Internacional pelo CEDIN e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Viçosa. Correo eletrônico: marcus-schubert@hotmail.com

(**) Larissa Ramina. Professora de Direito Internacional da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Correo eletrônico: raminalarissa@gmail.com

commodities, com governos regionais adotando o relaxamento de medidas de conservação ambiental e proteção dos povos indígenas e quilombolas em prol da ampliação de projetos neoliberais relacionados ao agronegócio, o que levou a mais conflitos no campo e na fronteira agrícola. A esse plexo de fenômenos em múltiplas áreas é dado o nome de neoextrativismo, tendo em vista suas raízes nos modelos extrativistas ainda do período colonial (Svampa., 2019: p. 14).

Ambos os fenômenos tem atuado em conjunto na manutenção de interesses corporativos e na marginalização de setores sociais, se retroalimentando com o término do período de valorização das *commodities*, haja vista a intensa demanda dos setores exportadores por políticas de teor neoliberal a fim de cobrir o espaço deixado pela desvalorização dos produtos primários. Nesse ínterim, o presente trabalho se destina a abordar o caso do Peru na onda de protestos conhecida como *aymarazo*, que percorreu o país em 2011, objetivando o fim das recentes políticas de concessão das licenças de exploração de reservas de minérios do governo à mineradora canadense *Bear Creek* na região de Puno. Buscando apontar responsáveis por ações de depredações e incêndios, inúmeros delitos de perturbação da paz pública foram registrados em nome de Walter Aduviri, uma das figuras políticas que participaram da organização do *aymarazo*. Em 2017, Aduviri foi condenado a 7 anos de prisão em um processo que estabeleceu um precedente perigoso de tipificação da autoria de maneira mediada. Lançando mão de tal teoria, bastante controversa, o tribunal considerou que, mesmo Walter Aduviri não tendo realizado as ações, ele possuía o domínio do fato através do controle e contatos com os responsáveis por fazê-lo, o que por si só tinha o condão de equiparar as organizações de defesa dos povos indígenas a organizações criminosas (Vásquez., 2017: p. 175). Mesmo após a anulação da sentença que o havia condenado por erros na tipificação do delito e o retorno do processo à primeira instância, Aduviri, que havia se candidatado e vencido a eleição regional para governador de Puno em 2019, foi novamente condenado e impedido de assumir o cargo, tendo sido definitivamente afastado em 2021.

Em paralelo ao processo que corria contra Aduviri, a mídia de modo geral retratou o pano de fundo dos protestos do *aymarazo* como manifestações da população contra o governo. O nome da mineradora *Bear Creek* não aparecia com frequência, resultando numa blindagem contra eventuais críticas (Giraldo., 2017: p. 36).

O caso do Peru é importante por revelar o processo histórico de exclusão dos setores sociais de descendência indígena, que compõem boa parte da população local, e a manutenção de modelos de produção que evidenciam a transferência de recursos por meio de políticas neoliberais. O caso de Aduviri é um exemplo de como o *lawfare* se apresenta como o meio para praticar essa exclusão e favorecer o corporativismo. Sendo assim, serão apresentados, em um primeiro momento, os antecedentes e elementos que definem o conceito de neoextrativismo para, em seguida, abordar o *lawfare* e como ele se manifesta em sociedades pós-coloniais. Com os conceitos-chave em mãos, será

exposto o caso dos protestos do aymarazo, apontando-se brevemente o panorama em que se encontram os povos indígenas na sociedade peruana. Em seguida, serão tratados os processos contra Walter Aduviri e a mineradora *Bear Creek*, para se encerrar com uma breve contextualização da política peruana com a eleição do candidato Pedro Castillo em um cenário incerto.

Lawfare, Neoextrativismo e Sociedade de Risco na América Latina

Neoextrativismo é um fenômeno pluridimensional, que envolve a utilização de práticas extrativas do período colonial, nas quais um grande volume de bens é extraído do meio ambiente de maneira não-sustentável, para ser processado e exportado segundo padrões de consumo neoliberais. O agronegócio, a indústria madeireira, mineradora, até mesmo a água e recursos energéticos compõem exemplos dentre os mais recentes ciclos extrativistas no continente. Por ser um fenômeno pluridimensional, o neoextrativismo aponta para a manutenção de um padrão hierárquico internacional desigual, mantido desde a colonização, caracterizado pela transferência de recursos do sul em direção ao norte global e pela subalternização desses mesmos países do sul do continente americano à posição de fornecedores de matéria-prima às custas da vulnerabilização social das populações tais como indígenas, quilombolas, e comunidades de baixa renda (Svampa., 2017: p.16). No contexto das relações de poder no interior do continente, e dos efeitos geopolíticos da manutenção dos países latino-americanos no papel de exportadores de bens primários, o *lawfare* aparece mostrando o papel que o direito e especialmente o poder judiciário, como legitimador social, assumem em Estados pós-coloniais, marcados pelo imperialismo (Comaroff., Comaroff., 2006: p. 30).

O marco temporal do neoextrativismo é apontado como o início dos anos 2000 até 2015-16, em que a América Latina foi favorecida por um grande ciclo de valorização de commodities e governos de aspecto político progressista. Por um lado, esse ciclo permitiu uma acumulação de recursos e aumento do poder aquisitivo de grande parcela da população desses países. A presença de governos progressistas permitiu que debates envolvendo a participação política dessas camadas da população voltassem à pauta política, a exemplo da questão indigenista e a inclusão de novos processos de constitucionalização e democracia. Contudo, essa inclusão e as novas pautas se deram de maneira descolada da adoção de novos meios de produção, de modo que o modelo extrativo do continente e a estrutura agrária permaneceram os mesmos. Isso permitiu a reprodução das antigas hierarquias coloniais no poder, ao passo que políticas neoliberais assumiram um papel econômico de “estabilizadores sociais” para o sustento do ciclo de commodities, a exemplo de políticas de privatizações, abertura de mercados e a retomada da expansão da fronteira agrícola, passando por um verdadeiro inchaço, e beneficiando diretamente o agronegócio. (Svampa., 2017: p.22).

Esse discurso, paradoxal, foi realizado através do que se chamou de “Consenso das Commodities”, que se diferencia do período do chamado “Consenso de Washington” nos anos 90, por conta justamente da maior quantidade de políticas sociais voltadas para as populações de setores mais vulneráveis. O período também carrega esse nome por buscar implementar a visão que privilegiava a “primarização” da economia, justificando a adoção de medidas produtivas privilegiando os bens primários através do retorno ao discurso desenvolvimentista do continente por meio de um ponto de vista meramente produtivista. A alta produtividade de commodities e seu elevado preço no mercado global seriam os responsáveis por impulsionar o desenvolvimento do continente e políticas de proteção ambiental seriam vistas como “preocupações secundárias”, sacrificáveis tendo em vista a solução de problemas como a pobreza (Svampa., 2017: p.23).

Além do fenômeno do neoextrativismo, é possível destacar o conceito de sociedade de risco, que se manifesta quando os atores dentro de uma determinada sociedade, responsáveis por prevenir ou minimizar certos riscos (como por exemplo, os de caráter ambiental ou sanitário), passam a agir através de determinadas práticas que os desconectam dessa realidade, o que faz com que os riscos que deveriam ser combatidos tornem-se normalizados. Exemplos dessa lógica foram os Movimentos de Justiça Ambiental nos Estados Unidos a partir das décadas de 60 e 80, em que fatores como a composição racial da população em determinados bairros de uma cidade poderiam servir como indicativos de maior presença de contaminantes no ar, de maior presença de instalações capazes de gerar resíduos tóxicos nas cercanias, entre outros. Essa lógica empregada pelos movimentos sociais estadunidenses foi responsável por criar termos como “racismo ambiental”, e agiu no sentido de exercer enorme pressão política, por exemplo ao expor o descaso e permissividade de órgãos estatais na regulação de riscos ambientais que conduziam à vulnerabilização de segmentos da sociedade. A importância das teorias de sociedade do risco está tanto na identificação de ferramentas de exclusão no espaço, ao se realocar populações para áreas sob risco de contaminação, como também no mapeamento do lobby de setores da indústria, normalmente ligado aos espaços em questão, e a pressão política que exerce para a manutenção desses sistemas de desregulação do risco (Acselrad., 2002: p. 50).

Deste modo, quando observamos a América Latina no âmbito do neoextrativismo, após o esgotamento do ciclo de commodities, se verifica um agravamento dos conflitos sociais no campo, justamente por conta de se vislumbrar a questão ambiental como secundária. Aqui se percebe a sociedade de risco de Acselrad nas flexibilizações intensas que reacenderam conflitos no campo. Mesmo antes do fim do ciclo de commodities, durante a onda de governos progressistas que foram responsáveis por novamente trazer à pauta questões indigenistas, as políticas de proteção como a necessidade da obtenção de processos de consentimento livre e informado de lideranças indígenas para fins de concessões ou uso da terra foram minimizadas. Projetos e regulamentações

desses governos enfatizaram o caráter não-vinculante do consentimento livre e meramente formal (Svampa., 2017: p. 80).

Depois do ciclo, os conflitos no campo explodiram, expondo rasgos no continente e revelando a desconexão do Estado com a proteção diante dos riscos. Isso ficou claro com a ocupação dos espaços do desenvolvimentismo do Consenso das Commodities por políticas ainda mais neoliberais promovidas em sua maioria por governos de direita. Aqui pode-se citar como exemplo a Emenda Constitucional 95 aprovada durante o governo de Michel Temer no Brasil, responsável por criar um teto de gastos, congelando o investimento público durante 20 anos e sendo também responsável por constitucionalizar a austeridade fiscal no Brasil. Para além disso, o governo Temer também foi responsável pela inibição do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), responsável pela missão de, além de se proceder à reforma agrária, manter e administrar o cadastro de imóveis rurais no Brasil e administrar terras públicas da União. O governo Temer também realizou uma redução significativa dos orçamentos do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), responsável por implementar e formular políticas ambientais visando a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável e da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), órgão responsável pela proteção e promoção dos direitos dos povos indígenas no país ligado ao Ministério da Justiça. Ambas as medidas visando atender ao lobby principalmente de indústrias exportadoras e do agronegócio, posteriormente, aprofundadas com a eleição de Jair Bolsonaro (Soyer; Barbosa., 2020, p. 526).

Em números, o maior responsável pelos conflitos em torno da terra no Brasil, segundo entrevistas com populações indígenas feitas pela Fundação Osvaldo Cruz, é o próprio Estado brasileiro: aproximadamente 63% dos conflitos por terra no país possuem como motivo a ação ou omissão da fiscalização do Estado em matéria agrária no ano de 2020. Em segundo lugar, está o agronegócio com 42,77%. (Giacometti; Floriani., 2021: p. 116).

E é nessa mesma esteira que se encaixa o *lawfare*. Neste ponto, é preciso esclarecer seu conceito e com o qual este trabalho se debruçará nos próximos capítulos para, então, situá-lo no contexto do neoextrativismo latino-americano. Com um histórico complexo, que chegou a posicioná-lo no contexto das “novas formas de guerra”, é possível definir o *lawfare* como “o uso estratégico de direitos, lei e litigância por atores de diferentes tipos para avançar objetivos políticos e sociais contestados” (Gloppen., 2021: p. 6). Contudo, esse conceito será aprofundado conforme o contexto aqui analisado.

Tendo em vista a necessidade da manutenção de condições e o lobby de setores industriais para com o modelo neoextrativista, o *lawfare* compõe o conjunto de medidas estratégicas para a proteção dos interesses corporativistas que são atendidos por tal modo de produção. No âmbito do neoextrativismo e utilizando-se da ideia de “mundo colonial”, conforme os Comaroff, o *lawfare* se apresenta como um fenômeno de

sujeição do colonizado ao colonizador através da ferramenta legal: códigos, normas, leis penais e diretrizes administrativas compõem o senso da ordem do imperialismo e da regulação da violência. No mundo pós-colonial, é possível destacar justamente o uso do *lawfare* como instrumento a dar razão a oligarcas e até mesmo a uma “mortal necropolítica”, mas sempre dando um azo de limpeza, ética e legitimidade. (Comaroff; Comaroff., 2002: p. 30).

Levando-se em conta o uso do *lawfare* como um instrumento das oligarquias para a manutenção de sistemas extrativos orientados por bases neoliberais, o conceito apresentado por Gloppen deve se voltar para observar o comportamento desses atores em específico. Portanto é útil trazer a definição de Cristiano Zanin, Valeska Martins e Rafael Valim: “[...] *lawfare* é o uso estratégico do direito com o propósito de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar o inimigo”. Isso significa que o *lawfare* já nasce em um ambiente de desdém pela democracia e do próprio direito, esvaziando seu conteúdo humanista de modo a instrumentalizá-lo (Zanin et al., 2021: p. 7).

Após o Consenso das Commodities, com o aprofundamento de políticas neoliberais e a adoção de políticas impopulares, o poder judiciário assume um papel cada vez mais homogeneizador de conflitos, o que aos poucos migra para o mundo da judicialização da política. Isso se dá de modo gradual porque, ainda segundo os Comaroff, no mundo pós-colonial o judiciário assume um papel de garantidor de legitimidade em um processo de “fetichização do direito”. Basicamente, tendo em vista que o poder judiciário atua como um “refúgio” de movimentos e lutas sociais, por conta dos processos de exclusão social e política a que estão sujeitas grandes parcelas da população, torna-se um ator cada vez mais relevante e atuante. Diante dessa hipervalorização do judiciário, há uma normalização da transferência de poder do legislativo, que deveria ser o palco central de debates para a sociedade civil, para o judiciário. A judicialização gradual da política, segundo os autores, foi mobilizada pelo capitalismo corporativo como uma ferramenta de proteger seus interesses de escrutínio em um ambiente gradualmente desregulado (Comaroff; Comaroff., 2002: p. 29).

Neste sentido, ainda que essa judicialização gradual da política não seja sinônimo de *lawfare*, o ambiente que ela cria facilita essa prática. Isso porque, embora o constitucionalismo contemporâneo possua comandos e normas de conteúdo aberto que permitam consequências políticas, quando a interpretação que viabiliza tais consequências encontra-se em um ambiente de pouco apreço, com as linhas entre os poderes dispostas de maneira mais tênue, fica mais difícil perceber quando o direito é utilizado segundo bases ideológicas, de modo instrumentalizado. (Zanin et al., 2021: p 11).

O *lawfare* de modo geral se manifesta através de três dimensões, as quais tendem a compartilhar características similares nos países em que se consolida o modelo de produção neoextrativista. A primeira dimensão é a geográfica, que diz respeito ao cenário onde serão travadas as “batalhas”. No caso dos países latino-americanos e, es-

pecialmente, das populações mais afetadas pelo modo de produção neoextrativista, isso significa que o acesso à justiça, a definição do foro e questões que podem envolver até o deslocamento dessas populações podem afetar a condução dos processos. Em segundo lugar, a dimensão do “armamento” versa sobre as ferramentas trazidas para o conflito. Por exemplo, sob qual pretexto estruturar uma denúncia, em face de quais integrantes de uma determinada população, ou qual o discurso da tese jurídica sustentada? Dentre as ferramentas mais utilizadas dentro do contexto do *lawfare* no neoextrativismo, objetivando-se desestabilizar mobilizações sociais que ofereçam resistência, estão o uso de leis antiterrorismo, leis anti-corrupção, leis sobre segurança nacional e mecanismos jurídicos que permitam uma investigação intensa, bem como medidas preventivas que possam explorar a imagem e, a partir dela, prejudicar a figura do adversário. Por fim, a última dimensão versa sobre as externalidades ao conflito, ou seja, técnicas de manipulação de informações a fim de desorientar a oposição, causar dano a sua imagem perante o público, reforçar uma narrativa específica, envolvendo o uso da mídia. (Zanin et al., 2021: p 33-45).

Assim, percebe-se que países que passaram por uma valorização breve e uma grande primarização econômica, novamente, se veem diante do retorno de políticas de austeridade que demandam uma expansão ainda maior de mecanismos de transferência de riquezas, ainda sob bases que remontam a hierarquias e métodos produtivos do período colonial. Com a pressão das elites em busca de compensar a desvalorização das commodities, novos conflitos emergiram, com novas técnicas de denúncia e estratégias de resistência, tais como as iniciativas de mobilização usando os conceitos de sociedade de risco. Isso porque as oligarquias precisaram se readaptar e aumentar a pressão refinando suas preferências e suas próprias ferramentas. Com isso, ondas de judicialização da política e o retorno de discursos anticorrupção passaram a preparar o terreno para novos conflitos utilizando o *lawfare*. O capítulo seguinte objetiva analisar o caso de Walter Aduviri, no qual convergem tanto as estratégias de luta na fronteira neoextrativista, como a utilização do *lawfare* aliado aos interesses corporativos da mineradora *Bear Creek*.

Os protestos do Aymarazo contra a mineração da *Bear Creek* e o papel do *lawfare*

Para se compreender a dimensão dos movimentos indígenas do *aymarazo* no Peru e o contexto em que se deu a prisão de Walter Aduviri, é preciso abordar um pouco do histórico de exclusão e marginalização dos povos indígenas no Peru e como o governo peruano atuou durante a guerra civil do país, sob a ditadura do ex-Presidente Alberto Fujimori para, então, passar a observar como o neoliberalismo e as práticas extrativas afetaram essas populações, levando a movimentos como o *aymarazo*.

O povo aymará é um dos grupos indígenas do altiplano andino, tais como uros e quéchuas. Durante o processo de formação dos Estados nacionais na América Latina, esses povos foram sumariamente excluídos dos processos de determinação de fronteiras e não tiveram sequer o reconhecimento da própria autodeterminação, o que os levou a uma “diáspora” quando seus territórios tradicionais foram separados entre diferentes Estados, como Peru, Chile, Bolívia e Argentina (Arocutipa., 2021: p. 102).

Para além da formação do estado peruano, os aymarás passaram por processos de exclusão e violenta repressão ao tentarem manifestar sua cultura em diversos momentos da história, sendo um dos maiores exemplos a Revolução de Huancho-Lima em 1924. Nesse episódio, ao buscarem a unificação das populações locais e o direito aos modos de vida tradicional, em contraste ao modo de exploração do gamonalismo, tiveram seus líderes executados pelo governo central (Arocutipa., 2021: p. 106).

Durante a ditadura de Fujimori e a guerra civil, entre o governo central, o Sendero Luminoso e o Movimento Revolucionário Tupac Amaru, a situação dos indígenas não mudou. Estes povos, incluindo os aymarás, em sua grande maioria não possuíam nenhuma afiliação a essas facções, e mesmo assim, dados da Comissão da Verdade e Reconciliação do Peru mostram que 79% das vítimas que vieram a óbito eram originárias das regiões rurais do país e 75% tinham quéchua ou outro idioma dos povos tradicionais como primeira língua. Mesmo com a saída de Fujimori, as práticas e as crenças de que a população indígena do país participava ativamente de facções moldou a política de segurança pública do Peru, marginalizando ainda mais a população rural, através do maior uso de letalidade para lidar com suas demandas em conflitos (Balasco; Bauer., 2020: p. 6).

Para além dos dados que demonstram o extermínio da população indígena durante a guerra civil, é preciso apontar que boa parte da população peruana possui herança indígena. Conforme dados de autodeterminação étnica, 22,3% da população peruana se define como quéchua, somados aos 2,4% que se definem como aymará e 0,9% que se definem como nativos amazônicos. Disso resulta que mais de um quarto da população se identifica como pertencente às comunidades de povos tradicionais. Soma-se a isso o fato de que 60,2% da população se define como mestiça, tornando ainda mais evidentes as raízes indígenas do Peru, e ampliando ainda mais as tensões e conflitos que afetam esses povos. (Arocutipa., 2021: p. 105).

Diante desse cenário, ainda na esteira da liberalização da economia e abertura dos mercados, em 2007 o então Presidente do Peru Alan Garcia, seguindo a esteira dos acordos de livre-comércio na América Latina, como o acordo entre o Chile e os EUA em 2003 e o acordo entre a Colômbia e os EUA em 2006, vendeu os direitos de exploração de prata da mina de Santa Ana na região de Puno no Peru, junto a seis outras minas (Decreto Supremo 083/2007). O Decreto Supremo foi utilizado porque a Constituição do Peru proíbe a venda de terras a estrangeiros, especialmente no interior do país, em regiões a 50

quilômetros de fronteira, exceto diante de especificações trazidas no Decreto Supremo, que envolve a participação de amplos setores do governo para decretar o interesse público da matéria. Os direitos foram adquiridos pela *Bear Creek Mining Corporation*, uma empresa canadense especializada em mineração, e que pretendia fazer uso do território para erguer várias instalações, sendo a de Santa Ana onde antes era a Reserva Aymará Lupaca, bem como explorar a mina para extrair até 47 milhões de onças de prata da região em 11 anos (McDonnel., 2015: p. 2).

Diante da venda dos direitos de exploração das minas, os protestos dos aymarás começaram em maio de 2011, com reivindicações iniciais para que o governador local decretasse a área local como região fora da área de mineração, por se constituir em área agrícola. Os protestos evoluíram rapidamente para bloqueios de rodovias e ocupação de estradas, especialmente com a chegada de manifestantes quéchua, o que deu maior dimensão aos protestos e os transformou em assunto de interesse nacional. Dois grupos se destacaram durante os protestos de Puno, quais sejam, a Frente de Defensa de los Recursos Naturales de la Zona Sur de Puno (FDRNZP), à qual Aduviri pertencia e onde gozava de considerável destaque, e a Confederación Nacional de Comunidades del Perú Afectadas por la Minería (CONACAMI), que foi responsável por ampliar a visibilidade dos protestos para o povo quéchua. Os principais objetivos das manifestações eram o impedimento da concessão dos direitos da exploração das minas para a *Bear Creek*, impedindo quaisquer atividades extrativas de serem realizadas na terra indígena aymará, e o fortalecimento dos movimentos indígenas na região, através da união das lideranças em favor da implementação das consultas locais sobre o uso de terras, conforme a Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Peru em 1994 (McDonnel., 2015: p. 3-4).

Com o grande volume das manifestações, estradas bloqueadas e uma ocupação imensa em Puno, foram registrados incidentes de incêndios e depredação. Isso foi o suficiente para que se alegassem delitos de perturbação da paz pública e houvesse a expedição de diversos mandados de prisão, um deles em nome de Walter Aduviri. A essa altura, as manifestações haviam ocupado Puno por 45 dias, deixando turistas "ilhados" na cidade, com as rodovias bloqueadas e prejuízos aproximados de 100 milhões de dólares. Em junho, o Decreto Supremo foi revogado pelo governo, que prometeu implementar meios de consulta da população local, e honrar os acordos que viessem de tais processos de consulta. Nesse ínterim, Aduviri havia resistido à prisão, e os protestos haviam se alastrado para outras regiões, levando ao incidente na cidade de Juliaca, onde também havia protestos contra obras de construção de uma represa no Rio Ramis e a provável contaminação de mananciais da região. Vários manifestantes ocuparam uma das pistas do aeroporto de Manco Capac e a polícia abriu fogo contra o grupo, levando 6 pessoas à morte e ferindo outras 50 (McDonnel., 2015: p. 4).

As manifestações de Puno deixaram claro o novo modelo de protesto da sociedade de risco, principalmente por conta da união das populações que se identificam como

pertencentes a etnias indígenas. O levante contra as concessões de Puno não dizia respeito apenas às minas de prata, mas também versava sobre os direitos à água na região, como deixou claro o caso da represa do Rio Ramis, cuja causa também foi abordada em meio aos protestos do *aymarazo*. As forças políticas do indigenismo passaram a se articular em torno da identidade e de sua afirmação, permitindo que os protestos também reúnissem simpatizantes e fortalecendo o reconhecimento de novas forças locais que buscavam se impor diante de grupos multinacionais, como a própria *Bear Creek* (McDonnell., 2015: p. 4).

Conforme se verificou posteriormente, os desdobramentos do *aymarazo* ainda seriam profundos. Primeiramente, como o tratamento dispensado a *Bear Creek* envolve interesses geopolíticos profundos, a empresa não permaneceu inerte diante da revogação do Decreto Supremo em junho de 2011, e continua atuando em território peruano até os dias de hoje. Além disso, o caso de Walter Aduviri decorrente dos incidentes ocorridos durante os protestos de Puno pode ser analisado a partir da lógica do *lawfare*.

No caso da *Bear Creek*, a empresa iniciou um procedimento perante o Centro Internacional para Resolução de Diferendos relativos a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados do Banco Mundial, alegando a quebra dos contratos que havia firmado com o governo peruano por ocasião da aquisição dos direitos de exploração das reservas de prata na mina de Santa Ana em Puno, juntamente com outras seis minas. O Estado se defendeu alegando que o acordo firmado com a mineradora não respeitava o direito internacional no tocante ao respeito ao direito doméstico no momento do investimento feito pela *Bear Creek*. Os árbitros afirmaram que a defesa do Estado peruano não procedia, justamente porque o contrato firmado entre os dois entes previa a hipótese de o Estado exigir formalidades específicas como meio para adequar o contrato a seu direito interno. Como o governo não fez uso da prerrogativa prevista contratualmente, o corpo de árbitros decidiu que as alegações do Peru não procediam e fixaram o valor a ser compensado, calculado com base no valor bruto investido, e não na expectativa de lucro. O que mais chama a atenção, contudo, é que no meio do corpo de arbitragem, no momento de fixação da compensação, o árbitro Philippe Sands levantou o único argumento, até então, relativo à responsabilização da *Bear Creek* perante o direito internacional. Em relação ao direito dos povos indígenas, conforme a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, apesar desta ser dirigida aos Estados, as consequências de seu cumprimento muitas vezes se espraiam e passam a afetar interesses corporativos. No caso em questão, o árbitro Sands concluiu que, como a *Bear Creek* falhou em promover um contato adequado com a comunidade indígena que habita a região, ela deveria ser responsabilizada. Em sua opinião, a *Bear Creek* deveria ter solicitado uma licença social que lhe permitisse a exploração. Tal licença seria a prova de que o Estado peruano havia cumprido com suas obrigações perante o direito internacional, procedendo à consulta nos parâmetros definidos pela Organização Internacional do Trabalho. Ademais, a própria empresa poderia utilizar a licença para

elaborar sua política de contato com as comunidades, seguindo as mesmas diretrizes no seu relacionamento com as populações locais. Infelizmente, o voto de Sands foi vencido (Banco Mundial., 2018).

Nesse sentido, Silvina Romano observa que o sistema internacional, assimétrico, é asentado e legitimado pela elaboração de leis e ordens jurídicas específicas. A autora afirma que: “[...]los países centrales definirían qué es la ley, qué tipo de ley es correcta y adecuada, a la vez que clasifican a otros sistemas legales como inadecuados o excesivos” (Romano., 2020: p. 18).

Este exemplo se refere à aplicação de uma ordem internacional baseada em princípios geridos pelo mercado financeiro que são incapazes de abrir espaço para o reconhecimento de convenções internacionais e outros documentos normativos que atuam no sentido de criar responsabilidades e operar segundo um sistema de valores concentrado na dignidade humana. A não-responsabilização da *Bear Creek*, que poderia ter se mobilizado no sentido de assegurar o ambiente adequado no país é um sinal dos beneficiários do sistema de produção neoextrativista. Tanto é assim que até hoje a *Bear Creek* conta com imensos investimentos em exploração de minas no Peru, e com uma linha de crédito aberta para financiar projetos de minas de cobre e zinco em Corani, também em Puno. Recentemente, em entrevista, o CEO da empresa afirmou que não temia a eleição de Pedro Castillo, tendo em vista que os problemas estruturais no Peru são causados por desigualdade social e pobreza, e não são fruto do direito à livre circulação de mercadorias e ao direito de propriedade (La República., 2021).

O capítulo a seguir se destina a analisar as condições sob as quais ocorreram o processamento de Walter Aduviri, que se estabelece como um caso de *lawfare* tanto pelo teor de “mensagem” a ser dirigida para uma audiência (no caso, os movimentos sociais que fizeram parte do *aymarazo*), como se vale de um volume de provas baixo e de teorias penais controvertidas sobre a natureza delitiva.

Lawfare e identidade indígena: O caso de Walter Aduviri

Conforme exposto anteriormente, o caso de Aduviri foi iniciado ainda durante os protestos de Puno, quando foram expedidos mandados de prisão para inúmeros manifestantes, incluindo para ele próprio. Diante do sucesso e do volume daqueles protestos, Adviri resistiu à prisão e o caso permaneceu “em panos quentes” até que a comoção houvesse passado. A importância de se processá-lo naquele momento vinha do fato de ser uma figura conhecida dentro da FDRNZP, que ocupava cargo importante e era uma das vozes que se destacaram durante os protestos, em entrevistas e em falas para os manifestantes. Mesmo assim, ele não foi o único processado: Aduviri figurou ao lado de 100 outros manifestantes em posições similares (Balasco; Bauer., 2020: p. 7).

Entretanto, a escolha de outros 100 manifestantes para serem processados pela mesma série de delitos contra a paz pública lentamente se afunilou em Aduviri: primeiramente, 18 indivíduos tiveram suas investigações progredidas para a fase oral, daí, 8 deles foram absolvidos por falta de provas e, em um segundo momento, outros 9 também foram exculpados. Esse processo foi gradual ao passo que a narrativa se concentrava sobre Walter Aduviri como o principal perpetrador dos delitos de perturbação da paz pública. Isso foi articulado porque a posição do Ministério Público foi de que os manifestantes no *aymarazo* agiram como uma organização criminosa buscando extorquir o Estado (McDonah; López., 2018).

Já no curso do primeiro processo contra Aduviri, a interpretação dos juízes quanto ao grau de sua participação foi de “coautoria não executiva” para “autoria mediata”. O caso é controverso porque a teoria de autoria mediata, também conhecida como autor por trás do autor, normalmente é empregada em casos de terrorismo. Foi o que aconteceu, por exemplo, nos casos envolvendo o grupo Sendero Luminoso na guerra civil e particularmente, no caso de Abimael Guzmán, o líder da organização, além de ter se verificado também na extradição de Alberto Fujimori para o Chile. A autoria mediata, segundo a interpretação dos juízes de primeira instância, supõe que Aduviri era o “homem por trás” possuindo o domínio do fato, podendo dar ordens e garantir seu cumprimento, o que faria com que ele pudesse ordenar o cometimento de ilícitos durante o *aymarazo*. Os pressupostos para se ter autoria mediata são a existência de uma estrutura organizacional à margem do ordenamento jurídico, que funcione conforme certa hierarquia e que contenha fungibilidade entre os executores, de acordo com essa mesma hierarquia (Vásquez., 2017: p. 175).

Na prática, o Ministério Público comparou uma organização social constituída em nome da defesa de interesses dos povos indígenas, que possui amparo e respaldo na legislação peruana e na liberdade de associação e expressão de dissidência, a uma organização criminosa. Isso contribuiu para a vulnerabilização desses povos, ao legitimar um discurso que os situa à margem da sociedade, prejudicando ainda mais sua imagem. Ademais, a estrutura organizacional desses povos não contempla os requisitos para a caracterização do tipo delitivo de que Aduviri foi acusado, já que os *aymarás* não possuem líderes no senso comum da palavra, em razão de seus modos comunais e uma gestão coletiva de seus recursos. Isso se reflete no modo como a FDRNZP atuava, através de um mandato coletivo (Vásquez., 2017: p. 178).

O processo de primeira instância de Aduviri, contudo, foi anulado pela Corte Suprema do Peru após recurso da defesa, por haver divergência entre a acusação oferecida pelo Ministério Público, de coautoria não-executiva e o tipo de autoria reconhecida pelos juízes em sentença, qual seja, a “autoria mediata”. Deste modo, o julgamento foi anulado sem análise de mérito por conta do pressuposto processual da paridade entre a denúncia e a sentença. Isso levou o judiciário a ter de repetir os procedimentos em um novo

juízo de primeira instância. Em 2018, ainda aguardando o novo julgamento, e por conta de sua popularidade junto aos movimentos sociais e a população de origem indígena de modo geral, Walter Aduviri decidiu disputar as eleições de Puno para governador da província, saindo-se vitorioso da disputa. Todavia, o novo processo contra ele em primeira instância o condenou, dessa vez, como coautor não-executivo dos delitos de incêndios e perturbação da paz pública. A condenação causou estranheza, tendo em vista o reconhecimento da coautoria, sem que não tenha havido a condenação de outros membros, dentre os 100 investigados logo após o *aymarazo*. Os argumentos utilizados pelo judiciário citavam o caso do “Andahuaylazo”, levante militar ocorrido em 2005, e ele foi condenado a 6 anos de prisão e uma pena pecuniária de aproximadamente US\$ 589.000,00 (quinhentos e oitenta e nove mil dólares). (Fernández., 2019).

Aduviri foi preso em 25 de agosto de 2019, recorreu para a Suprema Corte, e o processo durou até 9 de dezembro de 2020, quando sua sentença de 6 anos foi reduzida para 4 anos por ocasião da aplicação da Convenção 169 da OIT. Essa Convenção permite que membros de populações indígenas possam ser julgados com penas alternativas, o que viabilizou a suspensão de sua pena de 4 anos. Uma vez a pena suspensa e convertida, Aduviri tentou ser empossado no cargo de governador, recorrendo à justiça eleitoral, não tendo logrado êxito. Na ocasião, o juízo eleitoral reconheceu que, ainda que em liberdade, ele possuía uma condenação criminal por crime doloso, reconhecida em segunda instância, o que inviabilizava que assumisse o cargo de governador (Rádio Onda Azul., 2021).

É possível entender que o processo em questão aborda a dimensão do “armamento” que compõe parte da estratégia do *lawfare*. Isso porque delitos como os de perturbação da ordem pública possuem um conteúdo interpretativo amplo, assim como delitos contra a segurança nacional, legislação antiterrorista, entre outras (Zanin, et al., 2021: p. 33-45). Para além da definição dessas legislações, a equiparação feita entre, de um lado a ação de movimentos sociais e campesinos, e de outro organizações criminosas, ressoa intensamente na sociedade e fortalece a narrativa de que membros de populações indígenas atuam à margem da sociedade, estigmatizando-as e aprofundando sua vulnerabilidade. A escolha de utilizar a jurisprudência dos casos de Alberto Fujimori e de Abimael Guzmán, do Sendero Luminoso, no primeiro julgamento de primeira instância, como do caso “Andahuaylazo” na condenação de primeira instância após a anulação do julgamento anterior, também não ocorre por acaso, tendo em vista sua capacidade de ressoar e moldar a narrativa em torno do processo.

Esses elementos do “armamento” utilizado pelo *lawfare* se combinam com o próprio estabelecimento de precedentes judiciais perigosos, como base para julgamentos futuros, podendo servir para a utilização do direito como ferramenta de intimidação e coação de manifestantes de movimentos sociais. Neste sentido, o que ocorre nos tribunais peruanos é similar ao que ocorre no poder executivo de áreas como o Corredor Mineiro

no Sul do Peru, uma região que possui intensa mobilização social por conta da atividade mineira que se choca com a terra indígena local. Tal local é um exemplo de como o executivo faz uso de suas atribuições para alterar o desenho normativo, criando-se condições para a ampliação da repressão por meio do estabelecimento de Estados de Emergência, que foram empregados nessa região por dez meses entre 2017 e 2018. Neste íterim, a importância da dimensão geográfica se apresenta, tendo em vista a possibilidade de concatenação entre o executivo e judiciário nestas regiões, a fim de estabelecer maiores condições de repressão, haja vista a maior concentração de minas e concessões estatais que geram conflitos com a população local (Balasco., Bauer. 2020: p. 566).

Por fim, é preciso abordar a dimensão das externalidades no caso de Aduviri. Como visto, a reprodução de discursos em meio ao poder judiciário utilizando-se da jurisprudência de casos polêmicos facilita a criação de uma narrativa na qual a população indígena é ainda mais estigmatizada. Contudo, o caso dos protestos do *aymarazo*, analisando-se a cobertura local, mostraram outra face para além da criação de narrativas: a invisibilização da empresa responsável por adquirir os direitos das minas de prata. A *Bear Creek* quase não foi citada durante a cobertura jornalística local em Puno, que descreveu o evento levando-se mais em conta a dinâmica dos manifestantes versus o governo, não havendo oposição à empresa de maneira evidente na mídia local, e vislumbrando-a apenas como um ator indireto (Giraldo., 2017: p. 33).

Conclusões

De modo geral, o caso do *aymarazo* e seus desdobramentos, incluindo os processos contra Walter Aduviri e a invisibilização da responsabilidade empresarial da *Bear Creek*, demonstram a existência de um claro padrão de criminalização de movimentos sociais e especificamente das populações indígenas, no âmbito peruano. Esse padrão de criminalização é alcançado pelo emprego do *lawfare* no caso de Aduviri, bem como pela articulação entre as forças políticas, com o intuito de viabilizar um sistema repressivo, valendo-se do histórico peruano de violência contra manifestantes e movimentos sociais e do estigma existente desde a guerra civil durante a ditadura de Alberto Fujimori.

Os abusos e o clima de hostilidades cultivados entre as forças de segurança pública, vinculadas ao poder executivo, encontram eco nos argumentos e na colheita de jurisprudência do poder judiciário ao se observar a utilização de casos polêmicos que se passaram no contexto da guerra civil, como a condenação do próprio Fujimori e do líder da facção do Sendero Luminoso. A utilização dessas ferramentas pelo judiciário contribuem para a criminalização dos movimentos de dissenso e também para a criação de narrativas associando movimentos sociais à estruturas montadas para o cometimento de crimes.

Estruturas, tais como a citação de jurisprudência apta a se criar uma narrativa, o uso de teorias penais que podem confundir estruturas de defesa dos direitos civis com organizações criminosas, como as do caso Aduviri em seu primeiro julgamento, ao serem empregadas pelo *lawfare*, encontram-se no centro do modelo de produção neoextrativista, ao lado de medidas do executivo, como os constantes Estados de Exceção e o abuso das forças de segurança pública, e do legislativo. A interação concatenada dessas forças serve à vulnerabilização de comunidades campesinas através do afrouxamento de medidas protetivas.

Contudo, mesmo com tal estrutura de embates no judiciário, a paulatina organização dos movimentos sociais sinalizou uma renovação através da adoção dos critérios de autoidentificação de seus membros. A sociedade peruana conta com número elevado de pessoas que possuem laços com as culturas indígenas locais, e o volume de manifestantes nos protestos do *aymarazo* é reflexo disso. Ademais, mesmo tendo sido condenado judicialmente, Walter Aduviri comprovou a própria popularidade entre os povos de Puno ao ter sido eleito para o cargo de governadora província, mesmo não tendo assumido o cargo. O mesmo movimento que o elegeu também encontrou eco no restante do Peru com a eleição de Pedro Castillo em um contexto ainda mais acirrado. Essa conjuntura pode sinalizar mudanças sensíveis na estrutura social que alimenta o modelo neoextrativista que viabiliza o uso do *lawfare*, sendo que o momento atual é o de manter a vigilância sobre as instituições, principalmente sobre o poder judiciário, haja vista o papel legitimador que desempenha em sociedades do mundo pós-colonial como a peruana.

Referencias

- Acselrad, Henri** (2002). "Justiça ambiental e construção social do risco". Em *Desenvolvimento e Meio Ambiente*. (Curitiba, Paraná), Vol. 5.
- Arocutipa, Vicente Alanoca** (2021). "200 Años de Resistencia del Pueblo Aymara en el Altiplano Andino Peruano". Em *Revista Inclusiones*, Vol. 8, Nº 1.
- Balasco, Lauren Marie; Bauer, Kelly** (2020). "Political contestation within the human security paradigm: the state and indigenous rights in Peru and Chile". Em *Canadian Journal Of Development Studies / Revue Canadienne D'études Du Développement*. (Canadá). Vol. 41, Nº 4.
- Banco Mundial** (2018). Centro Internacional para Resolução de Controvérsias sobre Investimentos. *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/14/2*. 2018.
- Comaroff, Jean; Comaroff, John** (2006). "Law and Disorder in the Postcolony: An Introduction". Em: Comaroff, Jean; Comaroff, John (orgs). *Law and Disorder in the Postcolony*. (Chicago: Chicago University Press).
- Fernández, Liubomir** (2019). "Puno: Walter Aduviri sentenciado con los argumentos del Andahuaylazo". Em *La República*.

- Giacometti, Renata Brockelt; Floriani, Dimas** (2021). "Conflictos socioambientales e disputas sobre as terras indígenas". Em *Revista Videre*. Vol. 13, Nº 26.
- Giraldo, Miguel Angel Angulo** (2017). "Periodismo regional y conflictos sociales. Análisis de las opiniones de los diarios Correo y Los Andes de Puno (Perú) durante el conflicto social del Aimarazo." em *Campos En Ciencias Sociales*, Vol. 5, Nº 12.
- Gloppen, Siri** (2018). "Conceptualizing *Lawfare*: A Typology & Theoretical Framework". Em Center of Law and Social Transformation Paper. (Bergen). Disponível em: <https://www.academia.edu/35608212/Conceptualizing_Lawfare_A_Typology_and_Theoretical_Framwork>. Acesso em 20 ago 2021.
- JNE no acreditará a Walter Aduviri como gobernador regional de Puno. 2021. Em *Radio Onda Azul*.
- McDonagh, Thomas; López, Aldo Orellano** (2018). "Criminalización extrema de comunidades indígenas Aymaras en Perú" Em *OpenDemocracy*.
- McDonnell, Emma** (2015). "The co-constitution of neoliberalism, extractive industries, and indigeneity: anti-mining protests in Puno, Peru". Em: *The Extractive Industries And Society*. Vol. 2, Nº 1.
- Perú sigue siendo un buen destino para la inversión minera. 2021. Em *La República*.
- Romano, Silvina** (2020). "*Lawfare* y neoliberalismo en América Latina: una aproximación". Em *Sudamérica: Revista de Ciencias Sociales* (Mar del Plata) Nº 13.
- Soyer, Gabriel; Barbosa Junior, Ricardo** (2020). "O extrativismo agrário do Governo Bolsonaro a partir das relações Estado-Sociedade". Em *Revista da Anpege*, Vol. 16, Nº 39.
- Svampa, Maristella** (2019). *Las fronteras del neoextractivismo en América Latina: conflictos socioambientales, giro ecoterritorial y nuevas dependencias*. (Guadalajara: Calas).
- Vásquez, Mirtha** (2017). "La Criminalización de la disidencia contra el extractivismo en el Perú. La atribución de la responsabilidad penal a la acción política: análisis a la luz del caso Aduviri" Em *Ius Et Veritas*. Nº. 56.
- Zanin, Cristiano; Martins, Valeska; Valim, Rafael** (2021). *Lawfare - Waging War through Law*. (Nova Iorque: Routledge Focus).

GABRIELA ÁLVAREZ SANTOS* - ALEJANDRO MEDICI**

JUAN CRUZ VALLEFIN***

***Lawfare*: las transformaciones de las herramientas neoliberales de dominación y su impacto social**

Introducción

Un “animal político” recorre América Latina, emerge y atemoriza en distintos cuadrantes de nuestra región, Ecuador, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Argentina: la utilización del derecho como arma de guerra o como se ha popularizado: *lawfare*. Lo hace en un momento de crisis de la democracia. Crisis que, entre otros factores, registra el efecto de este animal. Para comprender estos hechos, proponemos la idea del dispositivo de poder. En una formulación sintética y simple un dispositivo de poder es un conjunto de conocimientos, saberes, normatividades, instituciones, espacios heterogéneos, pero que en su articulación coyuntural tienen un efecto estratégico de poder.

(*) Gabriela Alvarez Santos. Estudiante de Abogacía y ayudante por concurso primera en orden de mérito con exposición de “Constitucionalismo Latinoamericano” para la Cátedra III de Derecho Político en FCJyS UNLP. Miembro de CiDerCrit. Estudiante de Lic. en Ciencias Sociales con orientación en políticas públicas UNQ.

(**) Alejandro Medici. Director de CiDerCrit. FCJyS. UNLP. Director Proyecto de investigación J184 UNLP sobre *Lawfare* y reforma del poder judicial.

(***) Juan Cruz Vallefin. Profesor de Historia del Arte (UNLP), estudiante de derecho y ayudante por concurso de oposición y antecedentes. Miembro del CiDerCrit.

La presencia de articulaciones entre sectores del poder judicial, gobiernos neoliberales, agencias públicas especializadas en inteligencia y seguridad, la función articuladora, formadora y promotora de las embajadas del hegemon continental, el protagonismo de los grupos oligopólicos multimediales, la manipulación de la información en las redes sociales, la retórica justificadora, en fin, una variada fenomenología requiere de una explicación crítica comprensiva para situar este nuevo animal en la crisis de la democracia y el estado constitucional de derecho en la región. Para comprender sus efectos en el ejercicio de la autodeterminación democrática de los pueblos, en los derechos humanos y sus garantías. No es posible pensar sobre la suerte de la democracia y el estado constitucional en la región, ni asegurar un servicio de justicia para una sociedad que pretenda adjetivarse como democrática, sin hacer este diagnóstico urgente.

En lo que sigue compartimos unas reflexiones provisionales y abiertas acerca de la situación de América Latina. No sabemos si la "nueva normalidad" cambiará para mejor o empeorará las cosas, pero es necesario este ejercicio de memoria y balance de la situación en que nuestra región entró a este nuevo escenario. Regímenes de plutocracia electoral (Capella. 2019, p. 91) neoliberal en la mayoría de la región. Abuso del estado de excepción en varios cuadrantes de Nuestra América para reprimir la movilización popular, campañas mediáticas, y en medio de todo esto, caminando a sus anchas, una nueva bestia depredadora: *lawfare*, una contracción gramatical entre *law* y *warfare*, o, tal vez, "guerra jurídica", traducido al español. Se trata de una brevísima introducción al tema, como ejercicio de preocupación por las consecuencias sociales, por el sufrimiento objetivamente evitable, y más aún cuando ante la creciente deslegitimación se recurre a la represión y criminalización de la protesta social. El sostenimiento del neoliberalismo frente a sus resistencias pasa por políticas que, disfrazadas de seguridad, tienen también un componente de alineamiento geopolítico continental. Nada novedoso, hasta aquí, en la historia de nuestra sufrida América. Las prácticas de *Lawfare* se producen en marcos formales de estado de derecho y regímenes electorales competitivos. Utilizan partes de las agencias de estado de seguridad e inteligencia, sectores del poder judicial y una complicidad con los grandes grupos multimediales y las embajadas del *hegemon* regional para perseguir y deslegitimar a la oposición política eficaz. A eso se "limitaban", al menos hasta el reciente golpe en Bolivia (2019/2020), que, fue desmantelado por el pronunciamiento contundente de la soberanía popular en las últimas elecciones presidenciales. El *lawfare* no puede comprenderse sin trazar una genealogía crítica de sus diversas condiciones de posibilidad y manifestaciones que hacen parte de un complejo dispositivo de poder. Por eso geopolítica continental y neoliberalismo son necesarios para comprenderlo en mirada totalizadora, que contextualice sus intervenciones en el plano nacional y regional.

Neoliberalismo, perspectiva histórico-política de la configuración e imposición del modelo de dominación y la resistencia de los pueblos libres

Como doctrina económica, política, social y cultural, el *neoliberalismo*⁽¹⁾ surge en torno a una profundización de los aspectos más negativos del liberalismo clásico. El primer antecedente se dió en el Coloquio Walter Lippmann⁽²⁾ en 1938, donde intelectuales norteamericanos y europeos se urdieron hacia una renovación ideológica. Friedrich Hayek en 1944 publicó el libro “Camino de servidumbre”, justificación contra cualquier tipo de intervención estatal, ponderando al mercado como regulador esencial de la actividad económica; años más tarde lideró la Sociedad de Mont Pelerin, primigenio “think tank” de la matriz de pensamiento, con miras a la defensa de la propiedad privada, la libertad individual, la liberalización de la economía, mercados sin obstáculos legales, la reducción de gasto público, el libre comercio y la disminución de la intervención estatal en favor al sector privado, entre otros. El papel del Estado se reduce en garantizar la institucionalidad apropiada para llevar a cabo tales políticas.

Finalizada la Segunda Guerra Mundial, la matriz neoliberal buscó imponerse como una próspera alternativa global ante un mundo atravesado por crecientes crisis económicas y humanitarias, influyó ideológicamente de manera directa en la concreción de organismos internacionales de “apoyo financiero” que van a ser las herramientas más eficaces de la filosofía expansionista hacia una nueva forma de dominación de los pueblos libres con sentido estratégico. En un mundo bipolar donde EEUU tenía claro cuál era su zona de influencias, se gestaron las “Doctrinas de Seguridad Nacional” acciones militares de política exterior para garantizar el orden interno de los países latinoamericanos y de toda amenaza ideológica, legitimando el terrorismo de estado. Se puso en marcha el entrenamiento en la Escuela de las Américas en Panamá, que recibía a ejércitos militares procedentes de distintos países de la región para instruirse en todo tipo de violaciones sistemáticas de los Derechos Humanos en la lucha contra la “infiltración” de comunismo en la región e marco a la guerra fría. Esta política expansionista tendiente a implantar al neoliberalismo mediante golpes cívico-militares por los Estados Unidos, unificó el accionar de las dictaduras latinoamericanas de los años 70 y se materializó en el Plan Cóndor y la Operación Charlie. La Operación Cóndor o Plan Cóndor es el nombre con que

(1) “El neoliberalismo existe, pero solo para los pobres. El mercado libre es para ellos, no para nosotros. Esa es la historia del capitalismo. Las grandes corporaciones han emprendido la lucha de clases, son auténticos marxistas, pero con los valores invertidos. Los principios del libre mercado son estupendos para aplicárselos a los pobres, pero a los muy ricos se los protege. Las grandes industrias energéticas reciben subvenciones de cientos de millones de dólares, la economía high-tech se beneficia de las investigaciones públicas de décadas anteriores, las entidades financieras logran ayudas masivas tras hundirse... Todos ellos viven con un seguro: se les considera demasiado grandes para caer y se los rescata si tienen problemas” - Noam Chomsky, entrevista con “El País” Marzo de 2018.

(2) Organizado en París en agosto de 1938. El coloquio lleva el nombre del periodista norteamericano Walter Lippmann.

se conoce el plan de coordinación de operaciones entre las cúpulas de los regímenes dictatoriales del Cono Sur de América —Chile, Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, Bolivia y de vez en cuando Perú, Colombia, Venezuela, Ecuador— con la CIA de los Estados Unidos llevada a cabo en las décadas de 1970 y 1980. A principios de 1974, oficiales de seguridad de Argentina, Chile, Uruguay, Paraguay y Bolivia se reunieron en Buenos Aires para preparar acciones coordinadas en contra de blancos subversivos: El Plan Cóndor fue establecido el 25 de noviembre de 1975 en una reunión realizada en Santiago de Chile. La Operación Charlie es el nombre clave con el que fue conocida una operación militar clandestina del Ejército Argentino en acuerdo con las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos, para implementar en América Central los métodos represivos ilegales. A partir de 1979, el régimen militar argentino se comprometió (Rumie Rojo. 2019) activamente en desarrollar la guerra sucia en Centroamérica, capacitando a fuerzas militares y paramilitares de contrainsurgencia en Nicaragua, Honduras, El Salvador y Guatemala, y exportando la experiencia argentina (Carosio. 2015). En este contexto empieza a tener renombre internacional la escuela económica de Chicago⁽³⁾, cuyos mayores exponentes Milton Friedman y George Stigler fueron galardonados con el premio nobel en economía, luego de la utilización de Chile como primer laboratorio de la experiencia neoliberal; hacia 1973, tras la muerte de Presidente Salvador Allende, Chile pasó a un régimen autoritario que buscó instalar un nuevo orden político y socioeconómico en base a nuevas normas jurídicas y una serie de reformas económicas a cargo de un grupo de tecnócratas neoliberales conocidos como Chicago Boys (Rumie Rojo. 2019) quienes influyeron notoriamente en las políticas de Augusto Pinochet, gobierno de facto que perduró de 1973 hasta 1990: Friedman caracterizó al modelo aplicado como “el milagro de Chile”.

Los procesos de retorno a la democracia fueron cruentos para los países arrasados por las políticas neoliberales: crisis, endeudamiento, incremento de la brecha social, pobreza, desfinanciamiento de los aparatos productivos, etc. Esta vez el neoliberalismo ya no sería aplicado a través de sangre y fuego sino desde el “consenso”, pero no un consenso político- social proveniente de la participación popular real, sino en forma de máscara como paliativo a las realidades sociales: otra cara de la misma moneda. Con la caída de muro de Berlín, la supuesta derrota de los revolucionarios propagadores de comunismo en América latina y la idea de que el capitalismo había triunfado irremediabilmente, en 1989 nació el “Consenso de Washington” con el claro objeto de delimitar un decálogo de 10 fórmulas como paquete de reformas y ajustes destinados a los países sumidos en crisis, lanzado por el departamento de tesoro de Estados Unidos, el FMI y el Banco Mundial. Una vez más, América Latina fue el laboratorio de nuevas prácticas hegemónicas de dominación, donde la autodeterminación de los pueblos y la independencia económica se vieron soslayadas por el cumplimiento de acuerdos en detrimento de la calidad de

(3) Se originó en los departamentos de Economía y en la escuela de negocios Booth de la Universidad de Chicago, casa de estudios que nació gracias a una donación efectuada por John Davison Rockefeller y abrió sus puertas en 1892.

vida de los pueblos y sus derechos. Ninguna de todas las prácticas intervencionistas del neoliberalismo terminó de otra forma que no sea en crisis sociales y en beneficio para las elites pro-mercado. Si la década del 80 fue conocida en América Latina y el Caribe como la “década perdida”, la del 90 bien puede definirse como la década de la “exclusión social”. En efecto, la mundialización de la economía y la aplicación sin contemplaciones de las recetas del llamado Consenso de Washington (liberalización, privatización y desregularización) han tenido efectos dramáticos para millones de seres humanos que han sido excluidos del empleo, la tierra, la vivienda, la educación, la comunicación, la salud y la justicia. (Tamayo. 2000). Los gobiernos latinoamericanos dejaron en manos de capital extranjero lo que estaba en manos del estado, con miras hacia la reducción del gasto público, que no es otra cosa que renunciar a la obligación de un estado garante y comprometido en perjuicio de los derechos de su pueblo y del Estado Democrático y Constitucional de Derecho en general. El concepto más preciso lo da el jurista crítico del derecho y defensor de los Derechos Humanos, Joaquín Herrera Flores: “El neoliberalismo es geopolítica de acumulación capitalista basada en la exclusión” (Herrera Flores. 2005).

Durante la década de exclusión social, suscitaron dos puntos de inflexión que hicieron tambalear a la matriz neocolonial y se convirtieron en focos de propagación ideológica de empoderamiento popular para contrarrestar al neoliberalismo: La sublevación del Ejército de Liberación Zapatista en México hacia 1994 y la llegada al gobierno venezolano de Hugo Chávez en 1999. Especialmente este último, quién supo reformular las ideas de Patria Grande logrando la integración regional de Brasil, Argentina, Paraguay, Uruguay, Chile, Bolivia, Venezuela y demás, también logrando conectar países de centroamérica América, aspirando a un bloque regional en defensa de los intereses de los pueblos, identidades, culturas, recursos naturales y encaminar hacia una unidad de la legislación empoderando la participación popular. Cómo veremos a continuación, estos gobiernos populares se vieron signados por persecuciones políticas, condenas mediáticas con miras al restablecimiento del orden neoliberal en América Latina, a través de la pretendida colonización de las subjetividades. Parece ser que esos objetivos fueron cumplidos con la llegada al gobierno argentino por medio del sufragio de Mauricio Macri, de Bolsonaro en Brasil, y la vileza política de Lenin Moreno en Ecuador yendo en contra de toda ideología que lo llevó a ser representante de su pueblo. La victoria del empresario Guillermo Lasso, sin duda implica una profundización de esta tendencia en el país ecuatoriano.

Globalización: el neoliberalismo hacia una monocultura universal, su impacto social

El término globalización comenzó a utilizarse a principios de la década de los 80´ en las escuelas norteamericanas de gestión de empresas de Harvard, Columbia, Stanford, entre otras. Se trata del proceso de internacionalización de la economía que tiende a abarcar las más importantes relaciones económicas, políticas, sociales, culturales y

ecológicas del mundo de hoy. En virtud de ella, y más concretamente de la globalización hegemónica, los Estados nacionales se ven debilitados en su poder de decisión económica, desprovistos de poderes frente a las entidades financieras (Torre Rangel. 2006). y multinacionales, que han hecho posible que en los últimos años se generalice el aumento de las diferencias entre los países, imponiendo modelos de desarrollo de vida. La cultura es la esfera de la vida social donde más se evidencia, debido a los tejidos conectivos que se van produciendo entre las sociodiversidades: la monopolización de los medios de comunicación por un pequeño grupo de países, en especial por los EEUU, ha propiciado la tendencia a la creación de una monocultura universal que generaliza el modo de vida occidental y en especial el norteamericano, y por tanto se tiende a la desaparición de las culturas e identidades nacionales de la mayoría de nuestros países. Así, algunos dicen que la globalización es la "norteamericanización del mundo occidental, y cada vez más, de todo el planeta" (Bourdieu, Wacquant. 2001). La idea de monocultura entorno a la aldea global, se configura como otra forma de dominación signada por los intereses del capitalismo contemporáneo, potenciando la brecha de la desigualdad a partir de un proceso de penetración ideológico-cultural con la creación de modelos de consumo al extremo de la despersonalización y de mirarse ilusoriamente en un espejo que no les pertenece: es la autopercepción de la clase media latinoamericana que se cree europea o norteamericana y observa de costado a sus pares desde una mirada etnocentrista que ni siquiera les pertenece. Esto se denomina colonización de la subjetividad, el nuevo proyecto de dominación mundial: colonizar las conciencias, someter la subjetividad. Es la televisión. Es el cine. Es el periodismo. Los magazines. Las radios. Los canales de cable. Y, formidablemente, Internet. El hombre cree que expresa sus ideas, pero expresa las ideas de otros. Cree que habla un lenguaje, pero es otro lenguaje (o, digamos, el lenguaje de Otro) el que habla por él. Hay quienes dicen que a partir de la caída del Muro de Berlín se inicia una etapa "posrevolucionaria", también dicen "posmarxista". Grave error. Cierta arcaico "marxismo" no termina de entender eso que dijo Marx de la burguesía: que era una clase revolucionaria. A partir de 1989 lo que se consolida es una "revolución". Una "revolución capitalista" (Feinmann. 2004). Cómo vemos, el neoliberalismo no se limita a ser un mero proyecto económico, sino que lleva cabo una construcción *biopolítica*⁽⁴⁾ (Medici. 2011) basada en la apropiación y el disciplinamiento social, un dispositivo de colonización de la subjetividad cuyo objetivo es la producción de un "hombre nuevo". (Merlin. 2017). La biopolítica es un conjunto de tecnologías de poder que busca fundamentalmente controlar, regular la vida de las poblaciones, la natalidad, mortalidad, salud, migración, etcétera, hacia la concreción de ese "hombre nuevo", empresario de sí mismo, que tiene el deber de ser productivo en miras a ser competitivo, individualista por virtud, y en términos foucaultianos, que se

(4) En las lecciones que Michel Foucault dictó en el Collège de France a partir de 1977/1978, añade a todo el trabajo sobre la arqueología de los regímenes de verdad, y la genealogía de los dispositivos de poder, dos nociones claves: las de gubernamentalidad y tecnologías de yo. Ambas entrelazadas por la categoría de biopolítica.

autogobierna. No hay posibilidad en los términos de disciplinamiento social que ese sujeto empresa salga de sí mismo para encontrarse en un colectivo, no necesita más que de su propia productividad, por lo cual la importancia rege en su capital y el orgullo de la falsa autopercepción de independencia de sus acciones y sus decisiones individuales que representan la fuente de sus ingresos, exaltando el odio como respuesta a aquello que pueda presentarse como peligro ante la posición social adquirida mediante el consumo permanente y las tecnologías del yo; es el absurdo “gane quien gane, mañana me tengo que levantar para ganar mi dinero trabajando, yo no vivo de la política”. La despolitización es un objetivo central de la colonización de las subjetividades, porque cuando el pueblo entiende que la construcción social participativa e igualitaria radica en ella, surge un despertar imparable que los llevará a reclamar por los derechos que les son propios. En definitiva, es mediante las luchas y la acción colectiva como los sujetos han podido vislumbrar y apropiarse del sentido de lo político, concebido éste como autodeterminación y, a la vez, como creación de mundos alternativos (Svampa. 2005). El pueblo es el verdadero protagonista de la historia: cuando la participación popular es excluida, la democracia se convierte en mera burocratización y tecnocracia: todo intento de neutralidad valorativa, se acerca muchísimo a la aceptación acrítica de las injusticias y opresiones que dominan en el mundo de la globalización neoliberal.

Comunicación política: los medios masivos de colonización

Cómo vimos, la psicopolítica del neoliberalismo es la técnica de dominación que estabiliza y reproduce el sistema dominante por medio de una programación y control psicológicos (Han. 2004), ya que necesita por sobre todas las cosas una sociedad adormecida con mentalidad de rebaño, donde los individuos puedan ser fácilmente manipulables, y es precisamente ahí donde juegan un papel formidable los medios de comunicación. Una subjetividad puesta al servicio del neoliberalismo, no es más que la expresión posmoderna de la esclavitud sobre la falsa idea de libertad que se apoya en los condicionamientos de los medios de comunicación que, producen efectos concretos en las percepciones de la realidad social propia y del conjunto, como así en sus juicios, valoraciones y acciones. Actúan desde el diseño de una ingeniería que brinda al público un mensaje artificial que construye como verdadero, para inducir al consenso hacia una obediencia inconsciente: como diría el cantante Manu Chao “mentira la mentira, mentira la verdad”. Estamos frente a la era de la posverdad, un concepto enraizado en la coyuntura donde lo objetivo se esfuma frente a los intereses de relativizar y generar falsas creencias emotivas, aunque la realidad demuestre lo contrario. Es una técnica locuaz del capitalismo tardío donde el sujeto de consumo tiene que comprar esa posverdad, vendida a través de la gran ingeniería de los medios masivos de colonización que construyen formatos de pensamientos: ahí reside la falsa percepción de librepensador. Según la teoría psicoanalítica en palabras de Nora Merlín, “las relaciones sociales se normativizan con la

instauración de un operador simbólico denominado Ideal del yo. El individuo espectador ubica a los medios de comunicación en el lugar de ese Ideal, y luego pone en juego un mecanismo de identificación” (Merlin. 2017) Un sujeto con un yo empobrecido condiciona sus opiniones, valores y creencias a la manipulación de la subjetividad. Para el poder mediático el sujeto es un mero recipiente al que es necesario llenar de contenidos, puede que esté vacío, pero si los tiene probablemente respondan a otros intereses, por tanto hay que darle nuevos contenidos: los del poder mediático hegemónico. que rápidamente transforma las realidades adversas en sentido común (Feinmann.2013). A la verdad ya no le cabe dudas ni cuestionamientos cuando millones de personas hablan del tema puesto en agenda, creyendo lo que dicen como mera repetición de lo que leen y escuchan, porque se ha transformado en “sentido común”.

En palabras de Byung-Chul Han, se trata de una dictadura de la transparencia, en principio se celebró a la red digital como una libertad ilimitada pero rápidamente se convirtió en control y vigilancia totales. La inteligencia de datos a gran escala o también conocido como big data se trata de la tecnología informática de recolección de los datos que aparecen como patrón repetitivo de usuarios. A partir de ello tienden a comprender el comportamiento de los usuarios y a formular predicciones pero también modelos de consumo. La monopolización de los datos sobre los gustos, percepciones, motivaciones y valoraciones extraídas de los usuarios de internet es una herramienta fundamental para introducirse en el sentido común de los sujetos de consumo a través de la publicidad dirigida y el marketing, y amenaza directamente la normatividad del derecho a la intimidad, la protección de datos, el derecho a la competencia y abuso de posición dominante, entre otros, además de ser una forma totalmente eficaz de penetrar en las conciencias de las personas.

La connivencia entre poderes salvajes, en términos de Luigi Ferrajoli (Ferrajoli. 2011, p. 62), que se da tanto en la esfera pública como privada, produce una amplia concentración de poderes políticos y económicos, lo que pone en evidencia la sólida relación existente entre el capital, la política y las formas de comunicar la información, el contenido y el control de los monopolios comunicacionales, que son capaces y ejercen el poder suficiente de provocar la caída o imposición de gobiernos. Son denunciante únicamente de lo que eligen denunciar bajo intereses, confiscando el sentido común, esencial para la apropiación de la subjetividad.

Lawfare: guerra no convencional

En los últimos años estamos presenciando en nuestra región un fenómeno que consiste en la utilización de sectores del poder judicial con fines de persecución política. Para que ello sea posible se requiere no sólo de jueces cómplices, sino también de medios masivos de comunicación que actúen coordinadamente con esos objetivos.

Los procesos de utilización del poder judicial para intentar deslegitimar, privar de la libertad y proscribir a líderes políticos populares en contextos de previa condena mediática, no se producen simultáneamente por casualidad. Tienen un contexto y una estrategia que se reitera en estos momentos en los casos de Ecuador, Argentina y Brasil.

Hoy no sería viable legitimar golpes de estado militares como en la época de la doctrina de la seguridad nacional y la escuela de las Américas, pero, cuando se hizo evidente que el mantenimiento de la política de sostener gobiernos de facto "amigos", traía más costos que beneficios para la política exterior estadounidense, sus tanques de pensamiento empezaron a desarrollar mecanismos de soft power. En lugar de formar y apoyar ejércitos que actúen como fuerza de ocupación de su propio territorio, pasaron a influenciar los aspectos simbólicos y culturales en que se moldean las preferencias y agendas políticas de la sociedad.

Término originado hace casi dos décadas surge de la conjunción de warfare y law, algo así como hacer guerra por medio del derecho. El general Charles Dunlap (2017) de la Fuerza Aérea de los Estados Unidos lo utiliza sistemáticamente con este sentido a partir de 2002.

Actualmente, en el presupuesto del Departamento de Estado de los Estados Unidos el segundo apartado de gastos después del personal diplomático radicado en el exterior, lo ocupa, lo que en otra época, la de la Guerra Fría, por ejemplo, hubiéramos llamado "acción o guerra psicológica", pero hoy denominamos "golpes blandos" o "neogolpes" y nuestro nuevo animal político: *Lawfare*.

Para ello se practica la cooptación y formación ideológica de empresarios, dirigentes políticos, sindicales y sociales, medios de comunicación, periodistas, formadores de opinión en distintos planos culturales, por ej., el religioso. Por supuesto el financiamiento de viajes a seminarios internacionales de jueces, abogados de las grandes firmas y estudios. La compra por testafierros de agencias de noticias y fuentes de información en distintos formatos para diseminar "verosímiles", y de esa manera desinformar, resulta también estratégica.

Así, toma sentido la hilación de acontecimientos políticos regionales que comenzaron con el golpe de estado en Honduras, juicio político en tiempo récord y sin garantías del debido proceso contra Lugo en Paraguay, intentos de golpe contra Evo, Correa, Chaves, durante sus presidencias, *impeachment* sin fundamento material contra la presidenta Dilma Roussef, procesamiento, privación de la libertad, proscripción electoral sin pruebas contra Luiz Ignacio Da Silva, procesamiento y privación de la libertad de varios dirigentes políticos en Argentina, como el ex vicepresidente Amado Boudou, la dirigente Milagro Sala, procesamiento y pedido de desafuero de la Senadora y ex presidenta de la república Cristina Fernandez de Kirchner.

El *lawfare* articula difamación para desprestigiar a dirigentes populares, con el objeto de ponerlos en situación de vulnerabilidad, predisponer a la opinión pública a aceptar su

pérdida de apoyo y condena mediática que instala una sentencia sin juicio previo, como presupuesto de futuros procesos judiciales que serán llevados adelante por sectores del poder judicial cooptados por, o permeables a, esta estrategia.

Se trata, cuando esta estrategia se utiliza para deslegitimar y proscribir la oposición popular eficaz a los regímenes neoliberales como sucede en Ecuador, Brasil y Argentina, de una guerra contra el pueblo, contra su derecho al desarrollo, sus condiciones dignas de vida como explica Eugenio Zaffaroni en "El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo" (Zaffaroni. 2015). Y a su derecho a la existencia como pueblo soberano, ya que se afectan las condiciones políticas de su soberanía (elegir a sus representantes políticos, procesar, controlar popularmente sus liderazgos), y las materiales (los derechos económicos, sociales y culturales que condicionan la eficacia de una ciudadanía activa y protagónica).

Neoliberalismo y crisis del Estado de derecho

En todos estos casos, ya enfocándonos en el plano jurídico, y en un plano meramente ejemplificativo que requiere de próximos estudios más profundos, se producen ataques a las garantías del debido proceso:

Construcción de justificaciones para excepcionar, permanentemente, la garantía de la presunción de inocencia y por lo tanto, justificar el abuso de la prisión preventiva, como por ejemplo, la "Doctrina Irurzun" así llamada por el camarista federal Martín Irurzun que la usó por primera vez. Es invocada por los magistrados para ordenar las detenciones de ex funcionarios debido a contactos, lazos o relaciones creadas cuando estuvieron en el poder y que, según esta posición, pueden mantenerse aunque los imputados hayan cesado en sus funciones, y de esa forma entorpecer el normal avance de las causas judiciales.

Aplicación de leyes del delator arrepentido, papel que cumplen personas que de lo contrario verían agravada su pena, sin aportar más prueba que su testimonio fuertemente condicionado, en el caso de la ley argentina, por ejemplo, para evitar la privación de libertad. Los delatores arrepentidos deben involucrar en sus declaraciones a personas que tengan igual o mayor responsabilidad de gestión, invocando una suerte de "obediencia debida" producto de una extorsión, de esta forma, empresarios notables (por ej. el primo del ex presidente Macri, Ángel Calcaterra, dueño de una de las principales empresas concesionarias de obra pública, entre otros), declaran haber sufrido presiones para financiar la campaña electoral del Frente Para la Victoria, la denominación electoral del entonces oficialismo kirchnerista, y recuperan la libertad rápidamente. Pasan en pocas horas y show mediático de por medio, de ser imputados en una causa de asociación ilícita para defraudar al estado, a ser "víctimas" de presiones no claramente tipificadas en el desarrollo del expediente.

Los jueces que actúan en la fase de instrucción y en el contradictorio con un sentido marcadamente inquisitorio, emiten declaraciones públicas mediáticas amparándose en el prejujuamiento de periodistas que construyen estados de opinión pública desde “verosímiles” que carecen de toda seriedad jurídica, pero que se disfrazan de investigaciones del “periodismo independiente” de los grandes grupos multimediales.

Esas declaraciones públicas de los jueces los apartan de la posición de terceros imparciales y objetivos frente a las partes, llegando al prejujuamiento, legitimado ante unos medios y buena parte del público, deseosos de satisfacer su necesidad de chivos expiatorios.

Finalmente, jueces que concentran varias causas sobre los mismos imputados y que tienden a prejujuar importando hechos o pruebas de unos expedientes a otros, como si poseyeran un fuero de atracción para perseguir la condena de sus imputados. Vale recordar, que, en el caso argentino al menos, todas estas acciones y “doctrinas” justificatorias, configuran arbitrariedades, violaciones de derechos humanos y posiblemente un conjunto de actos típicos, antijurídicos y culpables, empezando por el prevaricato de los jueces, contrarios a una interpretación jurídica consecuente con el bloque de constitucionalidad vigente, que se base en el principio pro persona, la garantía de la presunción de inocencia del art. 18 CN, el abuso del instituto cautelar de la prisión preventiva sin que se den las causas excepcionales para su aplicación, y al art. 2 CPN que establece la interpretación restrictiva de la ley penal.

Estas peculiaridades del actuar de jueces como Moro, Bonadío, Irurzun, las instancias de alzada como el Tribunal Regional Federal 4 de Curitiba (Proner, Cittadino, Ricobom y Dornelles. 2018) o la Cámara Federal de Comodoro Py, deben comprenderse en contraste con la realidad cotidiana que se vive por el proceso de concentración económica, desigualdad social y empeoramiento de las principales variables económicas y sociales que afectan la vida cotidiana de las poblaciones. Mencionar esto es contraponer la realidad de los efectos de las políticas neoliberales al mundo virtual de la agenda anticorrupción de las fake news y el *lawfare*.

La afectación de derechos humanos en contextos de neoliberalismo y *lawfare*

En el momento histórico presente, es importante, al examinar la concepción moderna y occidental de los derechos humanos, cuestionar la tradición individualista, abstracta, formalista y estatista de la normatividad eurocéntrica, buscando reconocer, proponer y avanzar hacia una cultura jurídica generada con base en las prácticas y relaciones sociales como expresión más auténtica de las necesidades de las nuevas sociabilidades, en un escenario desde el sur marcado por el pluralismo, la alteridad y los procesos libertadores.

Las teorías hegemónicas no se adecúan a la pluralidad del mundo, lo que imposibilita su realización emancipadora y permite su uso como instrumento de dominación y legitimación de poder. Es necesario, entonces, discutir críticamente los presupuestos en los que se funda la actual teoría de los Derechos Humanos, al igual que la relación de la universalidad con las diversas realidades y, sobre todo, con las posibilidades de concretización social de los derechos humanos que ella ofrece.

La lucha por el Derecho y por los Derechos Humanos en el mundo contemporáneo pasa necesariamente por su redefinición teórica. Las tres décadas de implantación del neoliberalismo en todos nuestros países, ha socavado cualquier posición ingenua acerca de la efectividad inmediata de los textos y de las prácticas de los organismos internacionales que se han dedicado a la “gestión” de los derechos humanos en el mundo entero.

El mundo de la vida ha sufrido un proceso de mercantilización único en la historia de la humanidad. De la economía de mercado hemos ido pasando gradual, pero inexorablemente, a la sociedad de mercado. Lo cual quiere decir que, desde un punto de vista interno a dicha racionalidad del capital, se ha ido generalizando, primero, una forma injusta y desigual de ordenar las actividades económicas (los procesos globales de división del hacer humano); segundo, una forma inhumana de control de las propias acciones (la mano invisible del mercado) y, tercero, el predominio de valores competitivos y absolutamente egoístas a la hora de construir la estructura social (los valores impulsados por la ideología liberal y neoliberal del mercado autorregulado). Asimismo, y ahora desde un punto de vista externo, las diferentes formas de colonialismo e imperialismo funcionales a tales relaciones sociales dominadas por el capital han ido generalizando esa manera particular y peculiar de afrontar la vida como si fuera el único modo de ver, entender y actuar en el mundo. Todo ello siguiendo las siguientes pautas: a) la economía como una esfera absolutamente diferenciada de lo social; b) el individuo egoísta como sujeto; y c) la ganancia como norma de actuación. (Herrera Flores. 2005), en ese marco estamos ante una nueva derecha, regímenes neoliberales, que se legitiman mediática y electoralmente, pero ya no resultan “políticamente correctos” sino que tensionan e incluso manifiestan su disconformidad con el marco jurídico y de políticas públicas que impone al estado, en el caso argentino, y en muchos casos análogos de la región el régimen jurídico de obligaciones y responsabilidades estatales de derechos humanos establecido, en nuestro caso, en el bloque de constitucionalidad del art. 75 inc. 22 CN.

La afectación de derechos comienza en sus expresiones más visibles por las garantías del debido proceso, la presunción de inocencia, el juez natural, el derecho de defensa en juicio, el derecho a no declarar contra sí mismo. Aspectos esenciales de nuestro estado de derecho, que cualquier persona interesada, sea estudiante de derecho o abogada/o, o no, puede encontrar en el art. 18 CN y ccs. de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Pero también el patrón repetido que muestra cómo las prácticas de *lawfare* en nuestra región se practican contra liderazgos y movimientos políticos

populares, opositores a las políticas neoliberales y a los intereses económico corporativos que en ellos se sustentan, exhibe un ataque a los DESC que se ven erosionados por las consecuencias de la legitimación de esos regímenes y los efectos de sus políticas económicas y sociales. Finalmente la deslegitimación mediática afecta el derecho de autodeterminación de los pueblos expresado a través de la soberanía popular para darse sus proyectos políticos, procesar sus liderazgos y representaciones institucionales. La persecución en Ecuador contra Correa y la proscripción electoral sufrida por Lula Da Silva en Brasil, son elocuentes.

Hace falta pensar en garantías de no repetición y en los nuevos aspectos del derecho a la verdad que surgen de estas prácticas para los/as afectados y para la ciudadanía en su conjunto.

Conclusiones provisionales sobre un problema vigente

Recapitulando, cuando hablamos de “guerra jurídica”, no es más que la judicialización de la política, donde el aparato judicial se pone por encima de los poderes legislativo y ejecutivo. Articula con los medios hegemónicos de comunicación que operan instalando agenda para generar opinión pública respecto de algún sector político o la desvalorización de un adversario apelando a la posverdad. El argumento de la guerra contra la corrupción, como problema esencial a combatir en Latinoamérica, fue instalado por los tanques de pensamiento estadounidenses y analistas internacionales y reproducida por los monopolios hegemónicos e introducida en los receptores a través de la colonización de las subjetividades, para alimentar un “sentido común” en consideración negativa de los gobiernos populares. El *Lawfare* articula la difamación para desprestigiar a dirigentes populares, con el objeto de ponerlos en situación de vulnerabilidad, predisponer a la opinión pública a aceptar su pérdida de apoyo y condena mediática que instala una sentencia sin juicio previo, como presupuesto de futuros procesos judiciales que serán llevados adelante por sectores del poder judicial cooptados por, o permeables a esta estrategia. La utilización del poder judicial con fines de persecución política requiere del trabajo conjunto de un grupo de jueces partidarios y los medios. Un claro objetivo de esta guerra es la legitimación del neoliberalismo por vía judicial como correlato de la batalla cultural. Así el cometido de generar opinión pública está hecho, y por más que las causas no tengan asidero jurídico, está instalado en la sociedad como una verdad, vulnerando permanente la garantía de presunción de inocencia. Cabe destacar que recientemente los imputados en la “causa memorándum” han sido sobreesidos por inexistencia de delito.

El aparato judicial se mueve armando causas y utilizando indebidamente herramientas jurídicas y de selectividad, practicando adulteraciones judiciales que destruyen al Estado de Derecho deformando garantías y principios generales como la presunción de

inocencia, el debido proceso, la imparcialidad de los jueces y sus motivaciones en sus decisiones, las jurisdicciones naturales, el abuso de derecho, el uso indebido de la figura del arrepentido, entre otros. Un claro ejemplo de esto es la sentencia contra Lula Da Silva por parte de Juez Sergio Moro en marco de la causa "Lava Jato" donde se lo acusa de corrupción pasiva al recibir como coima por parte de la constructora Odebrecht, el departamento Triplex de Guarujá, pero ninguno de los más de 70 testigos pudo dar veracidad de hecho. El caso se dilató a propósito logrando que Lula, el candidato con más intención de votos en Brasil, no pueda presentarse en elecciones presidenciales lo que llevó Jair Bolsonaro a Presidente, aún con sus comentarios violentos y de tinte fascistas. Evidencia de esto, es que, una vez asumido, el presidente neoliberal nombró al juez Sergio Moro como Ministro de Justicia y al principal implicado en las causas de corrupción, Marcelo Odebrecht, se le concedió la prisión domiciliaria a cumplir en dos años.

En Argentina presenciamos un uso excesivo de varias figuras, comenzando por "las prisiones preventivas" como recurso de politización aludiendo que los imputados pueden fugarse del país, vulnerando pactos internacionales en los que Argentina suscribe y les da el rango constitucional. Es el caso de Héctor Timerman, quien viajaba con frecuencia al exterior con motivo de sus tratamiento médico contra el cáncer de hígado que padecía, resultando irracional y desafortunada la prisión preventiva al ex canciller quien finalmente falleció. El ex vicepresidente Amado Boudou, también siempre estuvo a derecho, por tanto era innecesaria la prisión preventiva como la masificación mediática de las imágenes de su detención dentro de su casa y en pijama con el claro objetivo de generar un impacto en la opinión de la sociedad. Otra figura jurídica controvertida es la del arrepentido, ley aprobada en 2016 en Argentina que contempla la reducción de penas para quienes aporten datos verosímiles y comprobables sobre un involucrado con responsabilidad penal mayor o igual que él mismo, es decir que a diferencia de la figura brasileña, no prevé una inmunidad total al imputado sino que una reducción de un tercio de la condena; en Brasil "la delación premiada" el Estado garantiza inmunidad absoluta.

El discurso que legitima la eliminación de enemigo político es en todos los casos, la eliminación de la corrupción. El apartado judicial y los medios hegemónicos son las herramientas de dominación utilizadas por el neoliberalismo para prenderse en las conciencias y subjetividades. El poder judicial está muy lejos de ese republicanismo que pregonan, ya que es el único poder que no deriva de la voluntad popular sumado a muchos privilegios que los demás poderes no tienen. Esto les permite operar siempre bajo un manto de institucionalidad pero en la realidad tiene los mismos objetivos que otras formas de dominación del neoliberalismo, como por ejemplo la utilizada durante la aplicación de las doctrinas de seguridad nacional, que es deslegitimar y perseguir representantes y figuras políticas coordinadamente con un Periodismo de guerra impulsado por los monopolios de la comunicación. La eliminación de enemigo político no es la única función a la que aspira el *Lawfare*, sino que sigue las líneas aplicación de la colonización de las subjetividades y la concentración de una monocultura universal donde prime el

odio instaurado por las condenas mediáticas para dirigir las motivaciones y percepciones de la realidad hacia donde lo demanden sus intereses. Una antipolítica sujeta a la meritocracia neoliberal, profundamente individual y egoísta; ese sujeto de mercado, que debe ser productivo, emprendedor por sí mismo, sujeto empresario. Urde también un fascismo social, visto como parte de una conjugación de la biopolítica y la psicopolítica con miras a un nuevo hombre que responda a los intereses del capitalismo tardío y la globalización que monoculturiza.

El timing político utiliza los casos judiciales como herramienta transversal de persecución y destrucción de los líderes y lideresas populares operando subjetivamente en la opinión pública a partir de la puesta en escena del autodenominado periodismo de guerra, fogueado por las élites de los aparatos judiciales vinculados políticamente a los fines de ensalzar determinados casos de corrupción y minimizar o invisibilizar aquellos en que se les involucra.

Más allá del diagnóstico crítico resulta necesario en un plano práctico una reforma del poder judicial federal para construir un servicio de justicia acorde a una sociedad democrática, que asegure las garantías del debido proceso y relegitime un poder judicial que, empezando por la CSJN, sufre un proceso grave de carencia de legitimidad social, falta de credibilidad.

Es necesario recuperar una credibilidad básica para el estado constitucional de derecho sin la que todo se envilece y los discursos antipolíticos y autoritarios crecen. Se trata ni más ni menos de las garantías y técnicas constitucionales del debido proceso penal (en especial) y del debido proceso, el acceso a la justicia, etc. (en general) por las que el poder judicial se aproxima a una verdad cuando están en juego los derechos básicos de los imputados. Pensemos simplemente en el momento de mayor credibilidad del poder judicial federal desde la recuperación democrática que se produjo con la derogación de leyes de impunidad y los juicios contra los responsables de delitos de lesa humanidad. Imaginemos qué hubiera sucedido con la legitimidad y amplio consenso social de la causa por memoria, verdad, justicia ante hechos horribles, si para juzgar a los genocidas y terroristas de estado se hubieran usado acciones de *lawfare*, como escuchas ilegales o negociaciones con delatores "arrepentidos" para otorgarles libertad condicional por este tipo de acciones.

Cuando se envilece tanto la función judicial, el estado constitucional, tanto los afectados (condenados mediáticamente sin presunción de inocencia), como la ciudadanía en general tenemos derecho a la verdad y debemos exigir garantías de no repetición y responsabilidades políticas, judiciales y corporativas. Cuestión central que debería estar por encima de las parcialidades partidarias, al menos de los partidos democráticos. No obstante, dada la trazabilidad del *Lawfare*, hacia la región y la geopolítica continental, somos conscientes que, si mujeres y hombres de derecho podemos aportar a un aspecto fundamental, como es restablecer las garantías como procedimiento de construcción

de verdades judiciales relativas, pero que, al mismo tiempo no alcanza las relaciones hegemónicas políticas, económicas y sociales que es necesario transformar para desmontar las condiciones generales que hacen posible su persistencia de este dispositivo de poder.

Referencias

- Bourdieu, Pierre y Wacquant, Loic** (2001). *Las argucias de la razón imperialista* (Barcelona: Paidós).
- Capella, Juan Ramón** (2019). *Un fin del mundo. Constitución y democracia en el cambio de época*. (Madrid: Trotta).
- Carosio, Alba** (2015). *Treinta años de democracia en América Latina : procesos de democratización y amenazas*. (Caracas: Fundación Centro de Estudios Latinoamericanos Rómulo Gallegos).
- Dunlap, Charles** (2017). *Introducción a la guerra jurídica. Manual Básico*. (Washington: Military Review).
- Feinmann, José Pablo** (2013). *Filosofía política del poder mediático*. (Buenos Aires: Planeta)
- Ferrajoli, Luigi** (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. (Madrid: Trotta)
- Han, Byung Chul** (2014). *Psicopolítica. Neoliberalismo y nuevas técnicas de poder*. (Buenos Aires: Herder).
- Herrera Flores, Joaquín** (2005). *La (re)invención de los derechos humanos*. (Sevilla: Atrapasueños).
- Medici, Alejandro** (2011). *El malestar en la cultura jurídica. Ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos. Prólogo de Joaquín Herrera Flores*. (La Plata: EDULP).
- Merlin, Nora** (2017). *Colonización de la subjetividad. Los medios masivos en la era del biomercado*. (Buenos Aires: Letra Viva).
- Proner, Carol, Cittadino, Gisele, Ricobom, Gisele, Dornelles, João Ricardo** (Orgs.) (2018) *Comentários a um Acórdão Anunciado. O processo Lula no TRF4*. (São Paulo: Outras expressões).
- Rumié Rojo, Sebastián A.** (2019). "Chicago boys en Chile: neoliberalismo, saber experto y el auge de una nueva tecnocracia" *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales* (México:UNAM) Vol. 64 Nro. 235.
- Svampa, Maristella** (2005). *La sociedad excluyente. La argentina bajo el neoliberalismo*. (Buenos Aires: Taurus).
- Tamayo, Eduardo G.** (2000). "De la "década perdida" a la "década de la exclusión social" *América Latina en Movimiento*. (Quito) nro. 316 (ALAI).
- Torre Rangel, Jesús Antonio** (2006). *El derecho como arma de liberación en América Latina. Sociología jurídica y uso alternativo del derecho* (Aguas Calientes-San Luis Potosí: CENEJUS-UASLP).
- Zaffaroni, Eugenio Raúl** (2015). *El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*. (Buenos Aires: Eds. Madres de Plaza de Mayo).

LUCIO ALBERTO VALLEFÍN*

El *lawfare* como mecanismo de disciplinamiento laboral: el caso de metrodelegados

Introducción. El *lawfare* y el derecho del trabajo

En los últimos años se ha podido ver en Latinoamérica un fuerte crecimiento de un fenómeno político y social conocido como *Lawfare* (también llamado “guerra jurídica”), un concepto que tiene su origen en las teorías del sector de inteligencia de Estados Unidos, siendo caracterizado por el investigador Gregory P. Noon como “*un arma diseñada para destruir al enemigo mediante el uso, mal uso y abuso del sistema legal y los medios de comunicación para provocar protestas públicas contra ese enemigo*”⁽¹⁾.

Esta idea de “ataque al enemigo” ha sido concebida en un principio pensando en la persecución de sectores políticos a través de la generación de causas judiciales e imputación de delitos, práctica que se acompaña de discursos mediáticos que magnifican las acusaciones y generan sentidos en la sociedad (supuestos que se han desarrollado fuertemente en el caso argentino). A pesar de ello, estas dinámicas no solo se engloban en los sectores políticos institucionales, sino que se pueden aplicar a todo actor o actriz social que ponga en cuestionamiento los intereses del atacante ya que, como señala Eugenio Zaffaroni, “*lo que enfrentamos es un mundo cada vez más desigual. Si tenemos en cuenta que el modelo ideal del llamado Estado de derecho es aquel en que*

(*) Abogado (UNLP, 2017). Integrante del Centro de Investigación en Derecho Crítico (Cidercrit) y Adscrito en Cátedra 3, Comisión 11 de Derecho Social. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. Correo electrónico: lucioavallefin@gmail.com

(1) Gregory P. Noone Dr. “*Lawfare or Strategic Communications?*”, Case Western Reserve Journal of International Law. 73 (2010). Disponible en: <https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol43/iss1/5>

todos seríamos iguales ante la ley, es obvio que todo Estado real que se aproxime a este modelo ideal debe ser desbaratado por el poder de la riqueza que se concentra⁽²⁾.

En la siguiente ponencia se busca analizar cómo el *Lawfare* puede ser una herramienta de silenciamiento y persecución de la actividad sindical, la cual resulta una de las principales formas en las que se puede garantizar el respeto a la dignidad y los derechos de las personas trabajadoras. Siguiendo lo expresado por Zaffaroni, podemos señalar que la asimetría entre empleadores y trabajadorxs es una de las raíces estructurales del capitalismo, por lo que el derecho del trabajo resulta uno de los principales afectados en las avanzadas de los poderes económicos concentrados, ya que permite acercarse a cuotas de igualdad jurídica en un contexto de creciente inequidad.

Para ejemplificar este accionar se abordará el caso de de la Asociación Gremial de Trabajadores de Subte y Premetro (conocida coloquialmente como “Metrodelegados”), analizando en primer lugar las razones de su origen y las luchas sociales en las que se vió involucrada, para luego tratar los mecanismos jurídicos que se utilizaron para limitar su acción, señalando finalmente las contraofensivas a esta situación y el estado actual de los reclamos.

El sindicato de metrodelegados como respuesta al contexto político y social

Durante los años noventa tuvo lugar en Argentina la implantación de un modelo neoliberal encabezado por el ex presidente Carlos Menem, bajo el cual se dió lugar a la llamada “reforma del Estado”, un conjunto de políticas centradas principalmente en la flexibilización laboral y la privatización de servicios públicos, condiciones ambas que fueron factores clave para la consolidación del sindicato analizado en esta ponencia.

El servicio de subterráneo de la Ciudad de Buenos Aires es propiedad de una Sociedad del Estado llamada “Subterráneos de Buenos Aires S.E.” (SBASE), la cual fue entregada en concesión a principios de 1994 a la empresa privada Metrovías S.A., quien realiza actualmente su explotación. Históricamente la representación sindical de este sector se encontraba en cabeza de la Unión Tranviarios Automotor (UTA), una rama de la CGT, pero con la privatización tuvieron lugar fuertes afectaciones a los derechos de lxs trabajadorxs que derivaron en un desgaste en la relación entre el sindicato y las bases. La UTA consintió la aprobación de múltiples reformas en los convenios colectivos de la actividad (como el aumento de la jornada y el cambio de régimen legal) y toleró la aplicación masiva de despidos bajo la modalidad de “retiro voluntario”, lo cual generó

(2) Zaffaroni, Eugenio Raúl (2019) “Prólogo” en Romano, Silvina M (compiladora), “*Lawfare* Guerra judicial y neoliberalismo en América Latina”. Mármol/Izquierdo Editores (Buenos Aires).

múltiples tensiones que finalmente dieron lugar a la creación de un sindicato específico en 2008.

La Asociación Gremial de Trabajadores de Subte y Premetro nace en un contexto de cambio de perspectiva sobre los derechos de las asociaciones sindicales. Según nuestro esquema tradicional previsto en la Ley 23.551, los principales derechos colectivos recaen en el sindicato con mayor representatividad, situación que se expresa a través de la solicitud de la Personería Gremial ante el Ministerio de Trabajo de la Nación. Por otro lado, el resto de los sindicatos tienen derecho a organizarse libremente a través de la simple inscripción en un registro del Ministerio, pero su margen de acción es sumamente acotado en relación al que tiene la personería, situación que se morigeró a partir del fallo de la Corte Suprema de Justicia "ATE C/ Ministerio de Trabajo de la Nación" (2008). En dicha sentencia (y especialmente en el dictamen de la Procuradora general de la Nación) la Corte reconoció el derecho de ATE (sindicato simplemente inscripto) a convocar elecciones, facultad que se le encontraba vedada por el artículo 41, inciso a de la Ley 23.551, el cual se consideró inconstitucional atento afectaba la libertad sindical reconocida en el artículo 14 bis CN, el Convenio 87 de la OIT y demás Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, dando lugar a una corriente que fue ampliando el margen de acción de estos sindicatos a través del reconocimiento de derechos hasta ese momento vedados.

La situación descripta hizo posible que se consolidaran múltiples sindicatos, entre ellos Metrodelegados, quienes consiguieron la simple inscripción en dicho año, lo cual les permitió desmarcarse definitivamente de la UTA y aumentar su actividad, para luego desplazarla y obtener la personería gremial en 2015. Lo cierto es que, a pesar de los grandes avances, el crecimiento del gremio tuvo que atravesar diversas problemáticas, llegando incluso a ponerse en fuerte discusión su situación jurídica y capacidades de lucha, lo cual se abordará a continuación.

Las afectaciones a la personería gremial. ¿Un posible *lawfare*?

Además de los conflictos con la patronal y entre sectores sindicales, la relación con el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires resulta un factor crucial para entender el fenómeno de Metrodelegados y los ataques que han recibido, ya que las autoridades de este gobierno han sostenido una posición sumamente crítica al gremio. Se destacan en este sentido las declaraciones que el ex Jefe de Gobierno, Mauricio Macri, dió al diario La Nación en 2012 (en medio de la mayor huelga del sector, la cual se extendió por 10 días, culminando con mejoras salariales y en las condiciones de trabajo), en las cuales sostuvo que desde este sindicato "han ido generando cada vez más anarquía y peor servicio en el subterráneo. Hoy llegamos a un pico, y han decretado que se hace

lo que quiere con el subte⁽³⁾". Este tipo de declaraciones construyeron una imagen en la que la AGTSyP actuaba como desestabilizador del orden social, afectando el derecho al transporte de lxs usuarixs del subterráneo, presentándolos a su vez como un enemigo político que actuaba en connivencia con el Gobierno Nacional para perjudicar al de la ciudad, sosteniendo incluso que "los Metrodelegados van a la Rosada a recibir instrucciones".

Tras la llegada de Macri a la presidencia y la elección de Horacio Rodríguez Larreta como nuevo Jefe de Gobierno de la CABA estas posiciones críticas se intensificaron. A principios de 2017 tuvo lugar un paro en línea C en el cual se reclamó la adecuación de vestuarios, baños y comedores, ante el cual Metrovías denunció que este accionar era para que "*se reduzca el horario de servicio durante los días de semana*" para "*trabajar menos horas*⁽⁴⁾", situación que argumentaron "impactaría de manera negativa en los usuarios" por su parte, el jefe de gobierno sostuvo que "*obviamente hay algo que excede a lo laboral*". Lo más significativo fue que, además de estas críticas, tuvo lugar el uso de instrumentos judiciales para perseguir este accionar, resultando denunciados penalmente los dirigentes Néstor Segovia y Roberto Pianelli, quienes fueron acusados de "entorpecimiento de servicio público", "extorsión" y "asociación ilícita".

Este primer uso de los aparatos jurídicos como forma de control y límite al sindicato fue seguido de una medida que afectó directamente a sus capacidades de negociación y acción, la revocación de la Personería Gremial. El 6 de marzo de 2017 la sala 2 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo hizo lugar al recurso de apelación efectuado por la UTA, en el que solicitó la remoción de la personería de la AGTSyP atento que la Resolución del Ministerio de Trabajo de Nación que la reconoció se encontraba presuntamente viciada de nulidad por incumplimientos de formalidades. Luego esta sentencia resultó apelada ante la Corte Suprema, quien rechazó el recurso extraordinario formulado atento que el mismo no se dirigió contra una sentencia definitiva o equiparable a tal conforme al artículo 14 de la Ley 48, no pronunciándose respecto a la cuestión. Esta situación derivó en que se revocara la personería gremial, volviendo a otorgársela a la UTA.

Tras la remoción de la personería se puede ver cómo la posición del Gobierno de la CABA ante este sindicato se radicalizó, sosteniendo incluso que su actuar era ilegal. En mayo de 2018 tuvo lugar un nuevo reclamo por aumentos salariales, el cual fue reprimido bajo el argumento de la ilegitimidad de la huelga, expresando el entonces Jefe de Gabinete de la ciudad, Felipe Miguel que las autoridades del sindicato "*no*

(3) <https://www.lanacion.com.ar/buenos-aires/el-kirchnerismo-lo-unico-que-ofrece-es-decadenciatitulo-asdhjsjgdsdtextuales-nid1498579/>

(4) <https://www.lapoliticaonline.com.ar/nota/102704-larreta-dijo-que-el-paro-en-la-linea-c-es-una-maniobra-que-excede-lo-laboral/>

pueden negociar paritarias porque su personería se halla suspendida", lo que derivó en la detención de 15 trabajadorxs (entre ellxs el dirigente Néstor Segovia). Una situación llamativa tuvo lugar al momento de resolver este conflicto, ya que el uso de elementos jurídicos resultó favorable para el sindicato. El Juzgado de de primera instancia en lo Contencioso y Administrativo y Tributario N°2⁽⁵⁾, a cargo de Roberto Gallardo, reconoció la facultad de la AGTSyP para negociar el aumento salarial, utilizando como principal argumento los criterios señalados por la Corte Suprema en el ya mencionado fallo ATE c/ Ministerio de Trabajo, situación que fue repudiada por el Jefe de Gobierno, quien consideró que había que estarse a lo que definió la Corte Suprema y consideró "un disparate"⁽⁶⁾ a la disposición del juez según la cual lxs funcionarixs debían abstenerse de formular declaraciones públicas que tergiversen los contenidos de normas o fallos en relación al conflicto con la AGTSyP. Luego de este rechazo inicial, en agosto de dicho año se procedió a realizar paritarias con la presencia de Metrodelegados.

Finalmente, al conjunto de problemáticas señaladas hay que sumarle las denuncias por la presencia de asbestos en las unidades recientemente incorporadas al subterráneo. En 2011 el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires llevó adelante la compra de 36 vagones provenientes de España, operación que fue denunciada por Metrodelegados atento que en 2018 se empezaron a detectar casos de cáncer en trabajadores españoles derivados del amianto, un material tóxico y potencialmente cancerígeno que presuntamente se encontraba en ciertas zonas de los vagones (incluyendo aquellos comprados por nuestro país). Fue así que, tras una serie de intensas protestas, se procedió a sacar de circulación los vagones y realizar estudios sobre sus componentes, oficializándose al final de dicho año la presencia de asbesto en las unidades.

A partir de dicha situación, se ha incorporado a la agenda del gremio el reclamo por la total remoción de unidades que pudieran contener este material, situación que se extiende hasta la actualidad, potenciándose tras la denuncia casos de cáncer en trabajadorxs de nuestro país, derivados del contacto con los materiales señalados previamente.

Conclusión

A través de las situaciones señaladas se ha podido ver un patrón, la persecución a la actividad sindical que pretende una mejora en las condiciones laborales mínimas y de seguridad en el trabajo. La AGTSyP ha sido tratada como una anomalía que opera políticamente en contra de los sectores del armado político conocido actualmente como

(5) Fallo disponible en: <https://www.errei.us.com/Jurisprudencia/documento/20180611085750226/conflictos-colectivos-de-trabajo-medida-cautelar-paritarias-negociacion-representacion-gremial-asociacion-sindical-transporte-subteraneo>

(6) https://www.clarin.com/ciudades/horacio-rodriguez-larreta-fallo-prohibe-opinar-conflicto-subte-disparate_0_BkoxlhLxX.html

Juntos por el Cambio, lo cual provocó que se invisibilicen sus reclamos y se ignore que los mismos tienen un origen previo a la existencia de dicho frente, siendo en realidad consecuencia de décadas de políticas flexibilizadoras en el sector.

Esta construcción del “enemigo político” alimenta a su vez la idea de la huelga y el accionar colectivo como entorpecedores del orden social. Reiteradas veces se han mostrado a las legítimas medidas de fuerza como formas de extorsión que impiden que las personas puedan movilizarse, generando una imagen de conflicto entre trabajadorxs y usuarixs. En este sentido resulta importante el rol de la UTA, quien se presenta como el sindicato legítimo, sosteniendo su secretario general, Roberto Fernández que “*los gobiernos y los movimientos políticos pasan, pero la UTA prevalece en el tiempo⁽⁷⁾*” y asegurando que “*es la única gestionante y firmante de las actas que lograron la jornada laboral de seis horas para todos los trabajadores del Subte*”, claramente desconociendo las rebajas de derechos que realizaron previamente en el sector.

Este escenario facilitó la aplicación de prácticas identificables con el *Lawfare*, el uso de herramientas jurídicas para atacar al enemigo. La discusión sobre la personería gremial es legítima, especialmente en un contexto como el que plantea la legislación local (en el que la concesión de este derecho se encuentra sumamente acotada), pero no resulta posible ignorar que la misma se dió en un contexto de persecución mediática y política a Meteodelegados, lo cual quedó en evidencia en el momento en el que el Gobierno de la CABA adoptó una posición contestaría tras la remoción de la personería y el posterior fallo que autorizó la negociación salarial.

Por último, hay que señalar que la aplicación de *Lawfare* en el ámbito sindical es una situación sumamente grave que debe ser advertida y erradicada, ya que afecta de manera directa el ejercicio de Derechos Humanos fundamentales como lo son la negociación colectiva y la libertad sindical, a la vez que pone en peligro la independencia e integridad del Poder Judicial (pretendiendo convertirlo en un mero instrumento para los intereses de los sectores de poder).

Referencias

Jorge Rubén Afarian, “Personería gremial y conflicto colectivo en Argentina: la experiencia de los Metrodelegados (2015-2019)”, en *Opinión Jurídica*, 20(41), Enero-junio de 2021pp. 275-295 (2021). Disponible en: <https://doi.org/10.22395/ojum.v20n41a10>

Juan Montes Cató y Patricia Ventrici, “Estrategias de erosión del poder sindical en Argentina. Un análisis del período 2015-2018”, en *Revista Perspectivas de Políticas Públicas* Vol. 10 N° 19 (julio-diciembre 2020) (2020).

(7) <https://www.enelsubte.com/noticias/roberto-fernandez-el-subte-fue-y-sera-la-uta-3108/>

Corte Suprema de Justicia de la Nación (2008). "Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales".

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo - Sala II (2017) "Ministerio de Trabajo y Seguridad Social c/ Asociación Gremial de Trabajadores del Subterráneo y Premetro y otros s/ Ley de Asociaciones Sindicales".

Corte Suprema de Justicia de la Nación (2018), "Ministerio de Trabajo y Seguridad Social c/ Asociación Gremial de Trabajadores del Subterráneo y Premetro y otros s/ Ley de Asociaciones Sindicales".

Mesa 26

**Inteligencia y
disciplinamiento político
en América Latina: una
mirada desde la segunda
mitad del siglo XX
hasta la actualidad**

Ana Rodríguez Pros

ANA RODRÍGUEZ PROS*

Lawfare, servicios de inteligencia y geopolítica: un enfoque regional, estratégico y prospectivo

Poder judicial y contradicción principal

El imperialismo ha modernizado sus prácticas intervencionistas en la región, en lo que **Atilio Borón** (2002) llama *intervencionismo modernizado*. Históricamente, cuando las masas populares se encaminaron en procesos emancipatorios, las resistencias proimperiales excluyentes cometieron atrocidades, como fue en su momento la instauración de sangrientas dictaduras cívico militares. En la actualidad, ya no recurren sólo a golpes violentos: perforan a través del colonialismo pedagógico y por medio del mencionado intervencionismo modernizado que implica que los personeros de la dependencia canalicen las intenciones destituyentes y/o desestabilizadoras usando la máscara del derecho a través del *Lawfare*.

De Humberto de Alencar Castelo Branco, al juez Moro; de Videla al sicario Bonadío; en palabras de Cristina Fernández de Kirchner, "El poder Judicial ha dejado de funcionar como un poder independiente del Estado y se ha convertido en un verdadero partido

(*) Abogada laboralista y penalista, Diploma de Honor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (2014). Integrante del cuerpo de Abogados del Registro Nacional de las Personas (2014). Coordinadora General del Centro de Estudios de Geocultura y Políticas Estratégicas (CEGePE) de la Organización Nacional Peronismo Militante. Actualmente, cursando la Residencia del Profesorado para el nivel medio y superior en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Entre sus áreas de trabajo, se encuentran la formación política y sindical de organizaciones políticas y asociaciones gremiales, impartiendo numerosos encuentros, seminarios y congresos en diversas instituciones y espacios abiertos a la comunidad. Es autora de publicaciones especializadas en el sistema de justicia, el pensamiento nuestroamericano y el movimiento obrero argentino.

que interviene en la vida política de la Argentina por fuera de la ley y de la Constitución, en una suerte de novedoso “terrorismo judicial” que ha suplantado el rol que respecto de los opositores han tenido las dictaduras durante la trágica vigencia del terrorismo de Estado y la doctrina de seguridad nacional”.

El *Lawfare* tiene por vectores internos instituciones liberales y contramayoritarias, funcionales a los intereses del Imperio: los medios de comunicación, la academia, el Partido Judicial, los servicios de inteligencia, crean y recrean discursos o argumentaciones moralizantes, cuyo objetivo es avasallar los derechos adquiridos y el bienestar y felicidad del Pueblo, en la Argentina y la región.

Es en el contexto de esa disputa, que Alberto Fernández en su discurso de asunción ante la Asamblea Legislativa del año 2020, anunció una nueva reforma a la Agencia Federal de Inteligencia, el organismo que ejecuta el espionaje político y manipula a la justicia Federal.

“Por eso hoy vengo a manifestar frente a esta Asamblea y frente a todo el Pueblo Argentino, un contundente Nunca Más. Nunca Más a una justicia contaminada por servicios de inteligencia, ‘operadores judiciales’, procedimientos oscuros y linchamientos mediáticos. Nunca más a una justicia que decide y persigue según los vientos políticos del poder de turno. Nunca más a una justicia que es utilizada para saldar discusiones políticas, ni a una política que judicializa los disensos para eliminar al adversario de turno (...) Lo digo y reitero con la firmeza de una convicción profunda. Nunca más al Estado secreto. Nunca más a la oscuridad que quiebra la confianza. Nunca más a los sótanos de la democracia. Nunca más es nunca más”.

¿Cuáles son las características del Poder Judicial y por qué es permeable a los intereses imperialistas? ¿Qué es el *Lawfare*? ¿Cuál es el rol de los servicios de inteligencia en la guerra judicial?

***Lawfare*: Terrorismo judicial**

No conforme con utilizar su poder contramayoritario para desatender a los otros dos poderes republicanos e incluso obstaculizar los programas políticos de los poderes elegidos por el voto, el *Lawfare* implica un paso más: la persecución a los efectos de desestabilizar. Lo novedoso entonces no es la irrupción de los jueces en el ámbito de la política, sino el protagonismo que adquiere la camarilla judicial.

Más allá de la relación dialéctica entre Poder Judicial y medios hegemónicos de comunicación, es necesario que visualicemos y, consecuentemente problematicemos, los vínculos de la Justicia, principalmente el fuero penal federal, con los servicios de inteligencia.

Alberto Binder señala que a partir de los grandes atentados terroristas de la década de los noventa, recíprocamente, Justicia Federal y servicios hicieron de una excepción, la regla de carácter general: la Ley de Inteligencia, que en principio prohibía pero excepcionalmente permitía la participación de inteligencia en investigaciones criminales, se estandarizó. La crisis de las policías de investigaciones y disputas al seno de las fuerzas, crearon un campo favorable a la expansión ilegal de los servicios de inteligencia hacia el mundo judicial. Y esa expansión fue altamente funcional a la politización de la justicia federal penal, que profundizó nexos con los hilos ocultos del poder político y económico.

Es decir, una vez más, nuestro análisis sobre los procedimientos del Partido Judicial se complejiza, ahora por el uso ilegal e ilegítimo que le dieron a los servicios de información del Estado, con el único y claro objetivo de embarcarse en el intervencionismo modernizado.⁽¹⁾

(1) Los juicios en **Ecuador** se han iniciado a partir de un mensaje del Departamento de Justicia de los Estados Unidos en el que advierten el pago de 33,6 millones de dólares de Odebrecht a funcionarios corruptos entre 2007 y 2016, principalmente dirigido contra el vicepresidente Jorge Glass (condenado a seis años de prisión por la mega causa de Odebrecht) y contra un círculo de funcionarios cercanos, en un proceso que curiosamente, no implica al alcalde de Quito, Mauricio Rodas, ni apuntan a investigar a Guillermo Lasso (candidato opositor a Alianza PAIS durante las elecciones presidenciales) sobre quienes pesan acusaciones de recibir coimas de Odebrecht y por estar inmersos en el escándalo de los Panamá Papers ni por tener la mayor parte de las riquezas en cuentas offshore.

En **Brasil**, el juicio a Lula da Silva se lleva a cabo como parte de la mega causa conocida como "Lava Jato", marco aparentemente legal mediante el cual se perpetró el golpe de Estado a la expresidenta Dilma Rousseff. El caso contra Lula implica flagrantes afrentas al Estado de derecho: En la sentencia condenatoria y durante todo el período de instrucción y tramitación que lleva el expediente, no se ha observado el estado de inocencia; la imparcialidad del juez; las motivaciones en las decisiones; la prohibición de pruebas ilícitas; la publicidad de los actos procesales; la amplia defensa; la exigencia de natural jurisdicción; todo ello sumado al abuso de la conducción coercitiva a declarar; la prisión preventiva; la utilización de pruebas selectivas e indicios parciales; el uso de arrepentidos en condiciones extremas. En síntesis: la sentencia del Juez Sergio Moro legitima la eliminación del enemigo político (Lula, el Partido de los Trabajadores, etc.) a través de la corrupción: "no sólo estamos luchando con el crimen organizado, (sino) con el crimen institucionalizado". En los medios se resalta "esta acción decisiva contra la criminalidad y la corrupción de la clase política se enmarca a su vez en un fenómeno más global de rechazo al establishment y el reclamo de rendición de cuenta por parte de los políticos". Desde su llegada al Gobierno, vía golpe de Estado a Dilma Rousseff, Michel Temer ha tomado medidas centradas en reducir sustantivamente el gasto social y eliminar los derechos de los trabajadores para beneficiar al sector empresarial. Implementó una ola de privatizaciones que implican a sectores muy diversos: aeropuertos, puertos, carreteras, empresas de energía eléctrica, hidrocarburos, etc. Entre los objetivos a largo plazo, está la privatización de Petrobrás, petrolera estatal que constituía en buena medida el símbolo y materialización de políticas soberanas en términos de desarrollo económico, tecnológico y de defensa durante el Gobierno de Lula da Silva.

A diferencia de los casos anteriores, en **Colombia**, la estrategia de *Lawfare* se da a la inversa: una guerra jurídica de baja intensidad, donde el objetivo es la permanencia y el ocultamiento, vía la sobreexposición de ciertos casos, coludiendo un sistema de justicia totalmente necrosado por la corrupción, que impide ver todos los vectores y actores de un sistema hoy en crisis.

Inteligencia: Arcana Imperii

Previo a analizar cuál es y cuál debería ser la relación entre el Poder Judicial y los servicios de inteligencia, creo prudente analizar qué es la Inteligencia en un Estado de Derecho.

Desde la Ciencia Política, y muy resumidamente, se entiende por “gobierno democrático” al gobierno del poder público ante el público; entendiéndose por público tanto la esfera que se contrapone a la privada (asuntos públicos), como la acción necesariamente manifiesta, aparente (en oposición a la oculta, invisible y secreta). Pero una tensión se hace palmaria, dado que, por un lado, tras el velo de la invisibilidad, maduran y se difunden los vicios que socavan las raíces de los sistemas democráticos; pero, por otro lado, no sólo la transparencia absoluta como todo ideal resulta imposible de llevar a la práctica, sino que la defensa de la soberanía y de la democracia misma exige la existencia de los servicios de inteligencia, en tanto cumplan la condición necesaria de no representar una amenaza para la seguridad individual y colectiva, y respeten tanto los principios del Estado de Derecho, y como la conducción del poder visible, sometido a su vez a la vigilancia popular.

¿De qué hablamos cuando hablamos de Inteligencia? Podemos afirmar que en Democracia, un sistema de inteligencia nacional⁽²⁾ armónico y coordinado debería limitarse a recopilar, producir y gestionar conocimiento, y formular las estrategias para la toma de decisión referidas a las problemáticas de la seguridad interior y la defensa nacional, cuyo límite estriba en no representar una amenaza para la seguridad individual y colectiva, y respetar tanto de los principios del Estado de Derecho, como la conducción del poder visible, sometido a su vez a la vigilancia popular.

Todo conocimiento relativo a la seguridad interior es denominado inteligencia criminal, e implica no sólo la recolección sino también el análisis de información respecto a delitos de organizaciones civiles o carteles que atenten contra la ciudadanía o el propio Estado a los efectos de su prevención. Y a su vez, todo conocimiento relativo a la defensa nacional, es denominado inteligencia defensiva, y también implica la recolección y análisis de información, pero respecto de conflictos regionales o de las amenazas externas que conlleva el eventual uso del poder militar del Estado⁽³⁾.

(2) Esto es, en el marco de las previsiones de la Constitución Nacional (preámbulo y art. 75 -inc. 16, 25, 28 y 29- y 99 -inc. 1, 12, 15 y 16-) concordantes con la Ley 25.520 modificada por Ley 27.126 y Decretos 1311/15 de Nueva Doctrina de Inteligencia Nacional; Decreto 52/19 de intervención de la AFI; y Decreto 214/20 derogatorio de la habilitación (excepcional) de realización de tareas represivas, facultades compulsivas o policiales, y/o funciones de investigación criminal a requerimiento de autoridad judicial competente.

(3) En la Argentina, seguridad interior y defensa nacional están diferenciadas normativa (Ley de Inteligencia Nacional, norma derivada y complementaria de la Ley 23.554 de Defensa Nacional y de la Ley 24.059 de Seguridad Interior) e institucionalmente, corriendo por cuenta de las respectivas carteras ministeriales, aunque el órgano rector es, conforme Ley 25.250 la Agencia Federal de Inteligencia, dependencia de rango ministerial de la Presidencia de la Nación.

Los objetivos deben mantenerse en la prevención de riesgos, amenazas, conflictos y situaciones que afecten la seguridad exterior e interior de la Nación, como así también analizar y estudiar escenarios en el corto, mediano y largo plazo; abordando la seguridad desde una óptica global o de las relaciones internacionales, es decir, como la suma total de los intereses vitales de un Estado. De allí que resulte imperioso que el Sistema de Inteligencia Nacional produzca inteligencia no en términos de pronóstico exacto, sino con mapas de análisis integrales y rigurosos, de cara a un diagnóstico ajustado, acorde a los desafíos geopolíticos que hoy el mundo impone a la Argentina y a la región.

En rigor, así como la inteligencia supone la reunión de información, la inteligencia estratégica no sólo gestiona sino que genera conocimiento. Retomando a **Hartmann** y siguiendo a **Jouroff** podemos afirmar que ésta presta una atención especial a la vigilancia de la aparición de indicios y a la monitorización de la modificación de indicadores de riesgo que son de interés vital para la seguridad nacional, con el fin de detectar su conversión en amenazas, así como el descubrimiento de todo aquello que pueda significar una oportunidad de éxito para la organización, evaluando las tendencias de interés para el gobierno, colaborando en el diseño e implementación de la política exterior, de seguridad y defensa nacional. La generación de inteligencia estratégica, entonces, no debiera ser simple cooperación entre los diversos organismos de diversos países.

Nuestras democracias, cuestionadas por la crisis, debilitadas por la pandemia, aquejadas por actores poderosos (legales e ilegales), conviven con un sistema global también sobrecargado de tensiones. Este panorama mundial donde la complejidad y la incertidumbre no dejan de aumentar, hace cada vez más imprescindible para los decisores geopolíticos disponer de Inteligencia precisa, para garantizarse así una mayor capacidad de vislumbrar acontecimientos futuros. Nos encontramos enmarcados en un multipolarismo erosionado, y en pleno proceso de transición del poder mundial de modo inusual, de Occidente hacia Oriente: el auge prudente y gradual de China, en relación al declive de EEUU. El resto de los actores como podrían ser el sur global, Rusia, India, Europa nos encontramos en función de esa transición de poder. Las tensiones irán en aumento, y es esperable que tanto China como EEUU vuelquen su disputa al resto del mundo. Por todo esto, Latinoamérica y la Argentina precisan de un diagnóstico riguroso tanto de esta disputa ajena (y sus consecuencias en nuestra región), como de la situación regional e internacional, y de ahí se desprende la demanda por la solidez y seriedad de los servicios de inteligencia que colaboren con dotar de información determinante para una mayor (o menor) capacidad de maniobra a cada Estado.

El desafío radica en adquirir capacidad de adaptación al cambio en un mundo crecientemente hostil y conflictivo, cuyas disputas en parte se privatizan, complejizando el escenario internacional con actores no-estatales y sistemas paraestatales, sin nación, bandera ni anclaje territorial preciso⁽⁴⁾. Nos encontramos inmersos en una realidad

(4) La Globalización ha tomado una forma paradójica: a los Estados se superponen un "no lugar", un espacio sin territorio ni frontera, con actores difusos, donde proliferan intensos fenómenos de

con nuevos tipos de disputas asimétricas y pluridimensionales, de índole comercial, tecnológica, espacial, geopolítica. Las amenazas y las tecnologías son novedosas; la separación tajante entre lo local y lo internacional está completamente desdibujada; nos reconocemos impotentes de acercarnos teóricamente a esta transición con libretos propios de otros siglos porque las viejas estructuras informativas propias de la Guerra Fría Bipolar nos resultan categorías de análisis inadecuadas. Lo único que persiste es el prosaico propósito del coloniaje.

José Gabriel Paz, dentro del contexto geoestratégico global que afecta de manera colectiva a los países de la región, destaca la inestabilidad de cuatro factores gravitantes: el tecnológico, el militar, el económico-financiero y el medioambiental. En ese sentido, destacamos tres puntos neurálgicos a prestar atención dialécticamente: el rol de los servicios de inteligencia efectivos y eficaces en el seno de cada Estado, dispuestos a la cooperación bilateral, pero a sabiendas de la necesidad de retomar la construcción y consolidación de la integración regional, de cara a monitorear la presencia de potencias extra-regionales (estatales o no estatales) y su interés por la dotación de recursos naturales de Latinoamérica; y a la especial atención que ameritan el accionar de empresas multinacionales y grupos financieros que, a veces con prácticas delictivas, interfieren el desarrollo tecnológico y económico, o promueven vulneraciones al orden institucional.

Independientemente del poder de las naciones, ninguna tiene la capacidad por sí sola de anticipar y/o neutralizar la totalidad de las situaciones globales, o el accionar de actores transnacionales que no respetan fronteras ni soberanías. América Latina, a la par del crecimiento de la desigualdad, paulatinamente ha perdido poder tanto política como comercial, científica y tecnológicamente y ha aumentado su vulnerabilidad. El contexto actual de pandemia propició salidas unilaterales, en el marco de una fractura diplomática y un ya deteriorado multilateralismo en crisis (UNASUR, PROSUR, CELAC, ALIANZA DEL PACÍFICO, MERCOSUR). Así, se potencia como un problema para el sur global la necesidad de organización. La fragmentación es casi total al punto que no existen coincidencias mayoritarias en casi ningún tema. Podríamos cristalizar la situación en dos preguntas: por un lado ¿Cuál es la importancia de reanimar y robustecer el multilateralismo y una comunidad de Inteligencia supranacional, y viceversa? Por otro, ¿Cómo deben ser las cooperaciones entre Estados Latinoamericanos respecto a la Inteligencia?

En cuanto al primer interrogante, la historia de los vínculos de los aparatos de inteligencia regionales trae los peores recuerdos. Sin embargo, sin ser rehén de rémoras propias de otros contextos, urge promover y protagonizar la construcción y consolidación de la integración regional de Latinoamérica como territorio de paz. Para ello es menester

transnacionalidad que se constituyen en vías alternativas para afectar las soberanías nacionales y su seguridad, conformando amenazas y riesgos que tienen cada vez más trascendencia entre las prioridades de las políticas de defensa y seguridad de los países, trayendo consigo nuevos conceptos como el de "Ciberdefensa", "Guerra de información" o el de "Guerra híbrida", cuyo centro de gravedad ya no es físico, sino psicológico e incluso ideológico y mediático.

por un lado, realizar un análisis descriptivo y prospectivo de la inteligencia estratégica regional; y por otro, consolidar una agenda común para la conformación de un curso de inteligencia estratégica suramericano, fortaleciendo sus capacidades para el diseño, implementación y evaluación de políticas públicas para la defensa y orientado a su jerarquización institucional. Es necesario producir inteligencia útil para los esfuerzos de integración y cooperación de la región.

La imperiosa necesidad de construir una **Cultura de Inteligencia** nos convoca a pensar en las lasitudes comunes que trascienden a las especificidades nacionales, superadoras de los desarrollos de inteligencia desiguales o dispares en cada Estado. En otras palabras, si bien la situación institucional y doctrinaria de los servicios de inteligencia es diversa en cada uno de nuestros países, esto no debería ser impedimento para dejar a un lado el escenario doméstico y proponerse un esfuerzo conjunto de identificación de amenazas continentales comunes (que no son la sumatoria de problemas individuales de cada país) y de análisis de dinámicas en el enredado entorno actual. Superando las viejas recetas del intercambio bilateral (que nunca debe perderse), sería provechoso constituir comunidades de inteligencia regional que a su vez, creen espacios de confianza e intercambio de información sobre materias que sean de interés común.

A diferencia de otros acuerdos entre Estados para conformar comunidades cuyo propósito sea la producción de inteligencia, en Latinoamérica no hay una comunidad construida. Sin embargo existe diálogo a través de instancias bilaterales, aunque descoordinado y en relación con demandas y/o realidades coyunturales.

Si realmente estamos persuadidos de que la inteligencia estratégica para la toma de decisiones en los espacios de integración y concurrencia regional, debe ser considerada como una importante herramienta para fortalecer sus capacidades, en pos de un mejor logro de sus objetivos y fines, debemos consolidar la cooperación para avanzar hacia una iniciativa encaminada a consolidar un mecanismo permanente, continuo e institucionalizado. Si bien puede no ser factible ni práctico en este momento crear una Agencia de Inteligencia regional, sí es necesario crear un mecanismo o metodología de cooperación en la materia, estableciendo una batería de objetivos concretos que motiven esa cooperación, identificando temas, amenazas y riesgos comunes a los intereses regionales y que se resisten a soluciones o abordajes nacionales. Es preciso un proceso colaborativo en red, estableciendo intercambios de información multilaterales. Los recelos o desconfianzas se pueden superar, si con una metodología se logra que los beneficios de la cooperación se vuelvan tangibles, prácticos y operativos.

Nuestra región tiene una base mínima de intereses comunes que proteger, que son en gran medida consecuencia de una geografía, historia y cultura compartida. Es palmaria la existencia de una explicitación de riesgos y amenazas comunes, e incluso experiencia en la cooperación en inteligencia a nivel internacional multilateral en diferentes ámbitos e instituciones de inteligencia análogas en los países del subcontinente suramericano.

Es necesaria, entonces, la decisión y voluntad política que desde cada país se conduzca a la creación de un centro de pensamiento o análisis estratégico para contribuir a la soberanía de nuestras democracias, la defensa de nuestros recursos, identificando actores e intereses que puedan afectar negativamente la región. Mucho tendría para aportar la UNASUR si no fuera por su actual desmembramiento. Esa estructura supranacional tenía las condiciones para trabajar en un Estudio Prospectivo Regional, a instancias del Consejo de Defensa Suramericano a través de su Centro de Estudios Estratégicos. Quizás un primer objetivo pragmático sea mancomunar esfuerzos hacia la revitalización de ese espacio de integración, para dotarlo de contenido y proyectos como el aquí descrito. Hacia allí se orientó, al menos, el esmero de la última intentona sería de unidad continental.

En cuanto al segundo interrogante entre las causas orgánicas de la escasa colaboración entre servicios, podemos mencionar la procedencia de regímenes dictatoriales, la juventud de las organizaciones dedicadas a este ámbito, la limitación de sus áreas de interés y atención preferente a las amenazas internas en estrecha relación con el aislamiento de los puntos neurálgicos de conflicto del planeta. Es cierto que existe una gran dificultad para poner en marcha mecanismos de colaboración entre agencias que no se conocen o que desconfían entre ellos. La necesidad podría hacer que se superen estos desconocimientos y suspicacias y, en este sentido, la globalización de algunas amenazas podría impulsar el grado de colaboración para hacerles frente. Por ello, es preciso institucionalizar y poner en práctica modelos de colaboración con el fin de elaborar inteligencia estratégica, para que sus maquinarias se encuentren bien engrasadas al momento en que sea ineludible su cooperación.

Sin embargo, respecto a esto último, existe un factor que no puede pasar desapercibido o todo el desarrollo quedaría preso de cierta ingenuidad. El límite entre la coordinación frente a desafíos comunes y el tendido de redes de servicios secretos que vayan más allá de lo que sus leyes de inteligencia permiten, es muy fino.

Y en ese sentido, la Argentina se encuentra atravesando un tormentoso momento en donde reformas legislativas e investigaciones judiciales buscan poner coto al espionaje que deberíamos haber dejado atrás con el retorno de la democracia.

Primero la participación en Colombia (después de diez años de ausencia) y luego la celebración del encuentro anual del Foro de Servicios de Inteligencia Iberoamericanos (FOSII) en la Argentina (para abordar temáticas como el terrorismo, movilizando cuantiosos recursos económicos y de seguridad); el Foro Iberoamericano de Escuelas de Inteligencia (FIEI); y la creación de una red operativa entre los servicios del Cono Sur pareciera tener más que ver con un intercambio de información para beneficio personal o de una casta política (por ejemplo, en cuanto a las denuncias en el caso Odebrecht) que para armar una verdadera red de inteligencia regional. Baste como ejemplo también la "colaboración" con Brasil en la denominada Red de Inteligencia sobre Crimen Organizado

y Terrorismo, para frenar el avance del Primer Comando de la Capital, una organización delictiva que surgió en la década del '90 en las cárceles paulistas. La relación con el espionaje en el servicio penitenciario bonaerense argentino, cae de maduro.

De allí que **Luciana Bertoia** realice un ejercicio comparativo entre esta pseudo-coordinación de servicios de inteligencia suramericanos a la experiencia del Plan Cóndor gestado en Chile promediando los '70.

La periodista destaca que la AFI de la gestión del ex presidente Mauricio Macri "propició una red de intercambio de información entre distintos servicios secretos de la región". El Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) explicó que la ley de inteligencia faculta a la AFI a sostener relaciones con otras agencias, no así a intercambiar información, por lo tanto mucho menos a realizar tales operaciones. Según la ley, la agencia puede "dirigir y articular» las relaciones con los organismos de inteligencia de otros Estados pero no está autorizada expresamente a intercambiar información. Esta facultad debe regularse para evitar redes secretas que faciliten prácticas ilegales.

En suma, las disputas del contexto geoestratégico global indefectiblemente van a repercutir en la región. Lejos de caer en un posibilismo romántico, las coyunturas políticas particulares y el desmembramiento de las estructuras supranacionales se erigen como grandes limitaciones a desandar de cara a la prevención de riesgos, amenazas, conflictos y situaciones que afecten la seguridad regional. De allí que revitalizar el multilateralismo latinoamericano sea un desafío y, a la vez, llave de acceso a la conformación y consolidación de una cada vez más necesaria herramienta de inteligencia prospectiva regional.

Reflexiones finales

¿Por qué sería necesario una reforma en la relación entre los servicios de inteligencia y el Poder Judicial? ¿Cómo es esa relación? Básicamente podemos decir que nos encontramos ante una compleja trama de influencia y manipulación.

Por un lado, la norma es clara: el Art. 4, inc. 1, de la Ley de Inteligencia 25.520, establece que ningún organismo de inteligencia puede "realizar tareas represivas, poseer facultades compulsivas, cumplir por sí funciones policiales"; del mismo modo que tampoco puede "cumplir funciones de investigación criminal, salvo ante requerimiento específico y fundado realizado por una autoridad judicial competente en el marco de una causa concreta sometida a su jurisdicción, o que se encuentre, para ello, autorizado por ley, en cuyo caso le serán aplicables las reglas procesales correspondientes". Sin embargo, contrariando la letra de la ley y la práctica institucional histórica de que el organismo de inteligencia no debía llevar a cabo esas labores policiales preventivas o investigativas ajenas a la defensa nacional y la seguridad interior, los servicios echaron mano a la excepción, y se convirtieron en auxilio policial de investigación criminal de estéril

producción de conocimiento (pero funcional a intereses de poderes fácticos). Los viejos agentes, formados en el oscurantismo de la Dictadura genocida, hicieron de la ex Secretaría de Inteligencia convirtió una sucursal criolla de la CIA y de la Mossad, y en ese marco, se conformó como el principal órgano investigativo de la pesquisa judicial, y en un nuevo componente clave para la eficacia del *Lawfare* y consecuentemente, del intervencionismo moderado.

La confusión entre investigación e inteligencia criminal es lo que le otorga un poder extraordinario e ilegal a los servicios de inteligencia. El espíritu de ley es claro, y por ello Alberto Fernández se embarca en separar de forma tajante los vínculos espurios entre la actividad de inteligencia y el sistema judicial, vedando a los servicios la función de auxiliares de la justicia y eliminando de cuajo sus atribuciones policiales. Para ello es preciso delimitar claramente que la investigación criminal estará a cargo de la policía judicial, fiscalías, cuerpo de instructores; mientras que las funciones de inteligencia criminal deben ser atribución exclusiva de los organismos políticos encargados del análisis criminal (ya sea el Ministerio de Seguridad de la Nación o las carteras provinciales).

El primer paso lo había dado Cristina Fernández de Kirchner en 2015, con la Ley 27.126, creadora de la AFI y modificatoria de la Ley de Inteligencia 25.520, sancionada en plena crisis social del 2001 (en la cual los servicios de inteligencia jugaron un papel fundamental en la represión y masacre de diciembre); y el Decreto 1311/15: Nueva Doctrina de Inteligencia Nacional: era la primera vez, desde la conformación de la primera central de inteligencia en los años '40, que todo lo concerniente a la Agencia Federal de Inteligencia, desde los principios doctrinarios, la estructura organizativa, los regímenes profesionales del personal, hasta inclusive el régimen de administración de fondos del organismo de inteligencia central tuvieron carácter público. Así se delinea una nueva concepción de la inteligencia, superadora del espionaje político.

Alberto Fernández retoma la regulación sustancialmente restrictiva en todo lo atinente a la intervención de la AFI en los procesos de persecución penal, para dejar atrás las vinculaciones espurias que tanto daño han causado a las víctimas y al sistema democrático.

En algún punto, dadas las características que reviste el Poder Judicial, el *Lawfare* de nuevo tiene poco, sólo lo vistieron distinto para camuflarlo y hacerlo más dañino. Es decir, históricamente ha sido un poder elitista y contramayoritario, salvo honrosas aunque escasas excepciones. Pero con el devenir de los procesos emancipadores, su rol desestabilizador ha ido adquiriendo más y más centralidad y poder de fuego al asociarse explícitamente con los medios masivos de comunicación y los servicios de inteligencia serviles a intereses foráneos. Consecuentemente, el entramado "oculto" que representaba el Poder Judicial en las décadas pasadas, ha debido exponerse en mayor medida para contrarrestar estos procesos, haciéndose cada vez más visible e indisimulable. Por eso, debemos tejer una malla de protección popular que sirva para desarticular sus infamantes maniobras, que sólo buscan desestabilizar regiones, países y gobiernos.

Alberto Fernandez, como presidente de la Nación es quien conduce el Plan Nacional de Inteligencia, es decir, los lineamientos estratégicos y objetivos generales para la producción y gestión de los conocimientos sobre las problemáticas relevantes en las esferas de la defensa nacional y de la seguridad interior.

La política de la inteligencia nacional no se garantiza ni se asegura porque exista un pleo normativo que así lo establezca o lo imponga. El ejercicio competente del gobierno político de la inteligencia requiere conducción, voluntad política y coraje para construir un organismo imbuido de un significativo espíritu de "soberanía nacional". Es conocida y triste la distorsión institucional de los servicios de inteligencia, realidad que desborda la Argentina observándose en todos los países de la región suramericana, poniendo de manifiesto la necesidad de diseñar de modo definitivo un sistema de inteligencia nacional democrático y soberano al seno de cada Estado, apuntalando una profesionalización de los servicios que supere la tensión entre su politización y su autonomía⁽⁵⁾.

Referencias

- Bielsa, R. y Peretti, P.** *Lawfare*, guerra judicial-mediática. Desde el primer centenario hasta Cristina Fernandez de Kirchner. Ciudad de Buenos Aires, Ed. Planeta. 2019.
- Bobbio, N.** *Democracia y Secreto*. Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica. 2013.
- Borón, A.** *Imperio Imperialismo*. Una lectura crítica de Michael Hardt y Antonio Negri. Buenos Aires, Clacso. 2002.
- Ministerio de Defensa, Presidencia de la Nación.** *Inteligencia Estratégica Latinoamericana*. Perspectivas y ejes predominantes para la toma de decisiones estratégicas ante un mundo en cambio. Antología. Compilado por José Gabriel Paz. Ciudad de Buenos Aires. 2015.
- Sain, M.** *La casa que no cesa*. Infortunios y desafíos en el proceso de reforma de la ex SIDE. Ciudad de Buenos Aires, Ed. Octubre. 2016.
- Zaffaroni, E., Caamaño, C. y Vegh Weis, V.** *Bienvenidos al Lawfare*. Manual de Pasos básicos para demoler el derecho penal. Ciudad de Buenos Aires, Capital Intelectual. 2021

(5) Por un lado, la politización (en términos partidarios) del análisis de inteligencia se produce cuando el analista adapta el enfoque y las conclusiones de su trabajo a las preferencias del decisor político (intelligence to please) con el fin de que a éste le resulte más aceptable. Los servicios politizados pueden alejarse de los objetivos e intereses nacionales, y dejarlos rehenes de vaivenes partidarios; pero por otro, un exceso de autonomía puede significar privilegiar el ámbito operativo al estratégico, generando contenido para su propio consumo, explotando el producto de la inteligencia en orden a sus propios intereses. ¿Cómo enfrentar este riesgo? Por un lado, con Honestidad: ni el Presidente, ni sus ministros deben considerar al Servicio como un instrumento de uso partidista, al que le encarguen obtener la inteligencia que les permite conocer los entresijos de las políticas de sus adversarios políticos; a su vez, tampoco los analistas deben sucumbir a las "orientaciones" que les lleguen desde el Gobierno. Y cuando la honestidad falla, es imprescindible el ejercicio sistemático y riguroso de los controles legislativo y judicial sobre el Servicio de Inteligencia, de forma que tanto los partidos representados en el Parlamento, como los jueces correspondientes comprueben la adecuada ruta de funcionamiento del Servicio de Inteligencia.

Mesa 27

**Servicios de inteligencia
y dispositivos
de proscripción
en la cultura política
Argentina**

Ana María Careaga

María Rosa Gomez

Gabriela Sosti

Guillermo Francisco Torremare

ANA MARÍA CAREAGA*

Procesos de subjetivación y estrategias colectivas de resistencia por la Memoria, la Verdad y la Justicia

La ponencia presenta algunos interrogantes sobre el vínculo entre el acto de testimoniar en procesos judiciales y las formas de organización colectiva que han sostenido y hecho posible tanto los juicios a genocidas como las luchas y resistencias contra los modos de dominio y sometimiento globales en nuestro continente. Simultáneamente, plantea interrogantes sobre las estrategias de producción de opinión pública y las operaciones de “acción psicológica” de los servicios de inteligencia que delimitaron un “enemigo interior” mientras se negaba la persecución, la tortura y las desapariciones forzadas en América Latina a través de las doctrinas de seguridad nacional impulsadas por EEUU para instaurar modelos neoliberales económicos y políticos. Esto requiere, desde el acto de testimoniar, analizar los procesos de subjetivación tanto singulares como colectivos que son hoy desnaturalizados y confrontados a través de la resistencia y las formas de organización de los organismos de derechos en los juicios actuales a genocidas, pero también ante la perpetuación de esas estrategias de dominio, exclusión y sometimiento globales para nuestro continente.

Los debates en torno a las renovadas estrategias de dominación han puesto en la agenda del día al llamado “*lawfare*”. Concepto que alude a la “guerra judicial” en torno a las acciones destinadas a atacar proyectos, gestiones de gobierno y referentes que puedan constituirse en una amenaza frente a quienes detentan el poder. En tanto la desigualdad en la distribución de la riqueza y sus consecuencias para la vida de los pueblos es inherentes al sistema, no podemos hablar de las estrategias utilizadas por quienes detentan el poder para perpetuarse como nuevas, por eso hablamos de renovadas estrategias en tanto éstas sí adquieren otras modalidades en sintonía con lo epocal.

(*) Universidad Atlántida Argentina.

Tampoco llama la atención que se utilicen, como modo de nombrar estas herramientas, metáforas bélicas. La historia de la humanidad pone de manifiesto que no hay límite alguno en los modos de conservar los privilegios de muy pocos en desmedro de las mayorías. Y es ése el conflicto real en el que se sostiene la confrontación.

En otro momento histórico fueron las Dictaduras. Esto no quiere decir que ante determinadas condiciones y si fuera necesario para la conservación de sus poderíos –Bolivia es un ejemplo de ello–, no recurran a esas u otras formas, por eso es fundamental ubicar los intereses en pugna, a quiénes benefician y quiénes detentan el poder.

El rol al que otrora fueron llamados los golpes militares en la región, que sembraron el terror y dejaron un saldo de secuestro, desaparición y muerte, hoy, formados bajo los mismos preceptos doctrinales, están llamados a cumplirlo jueces, abogados, periodistas, y operadores políticos que no tienen el menor empacho a la hora de desplegar su falta de escrúpulos para lograr sus objetivos.

En la época de las Dictaduras –y hablo en plural porque sabemos la función que cumplió en la región la Operación Cóndor–, los modos de dominación tomaban las formas del asalto al poder a manos de las Fuerzas Armadas, con técnicas inhumanas en el contexto de una metodología concentracionaria. Y el objetivo era

la imposición del terror, para lograr la destrucción de los lazos sociales solidarios, para crear las condiciones de implementación de modelos neoliberales que propiciarían un acelerado proceso de concentración económica. Las contiendas pueden mudar ropajes, pero la acumulación queda bajo una pequeña esfera que detenta el gran poder del dinero.

Hoy el eje está puesto en la llamada “guerra judicial”, en tanto estrategia privilegiada de la que se vale el poder para el ejercicio de su dominio, y la conservación de sus beneficios. Se trata de operar desde el escenario jurídico sobre el político y, en consecuencia –por el alcance que esta modalidad adquiere–, con efectos en lo económico, en lo cultural, en lo social.

Y no es una práctica aislada. Es una estrategia perfectamente concertada que involucra diversos actores: miembros del poder judicial, exponentes de la prensa hegemónica, referentes de la política de oposición o de gobierno y de los servicios de inteligencia –según tiempo y espacio de que se trate–. Y su despliegue responde a una estrategia regional, en el marco de contiendas a escala global.

Y el neoliberalismo, que es en definitiva lo que se tutela y también quién tutela, requiere de un sustento narrativo que se replica una y otra vez en los discursos dominantes, tan necesarios en los mecanismos de colonización de la subjetividad que vienen a ser el guión de la colonización en la economía y en la soberanía.

Y esto tampoco es nuevo. Lo que hoy se nombra como noticia falsa –“fake news”– tiene sus antecedentes en la verdad velada que en todo tiempo histórico requiere una narrativa acorde. Y esto pasa por el modo de nombrar, por la diferencia entre “los dichos” y el decir, y también por el enunciado y el sujeto de la enunciación.

Hoy estas prácticas tienen lugar en el marco de un relato obscuro, en el que parecieran, incluso en el contexto escandaloso mismo en el que se muestran, sin consecuencias. Vivimos en la era del “todo vale”. En la era líquida, de la primacía de lo superfluo; la imagen especular no nos devuelve solo lo que se ve, sino también los pormenores y el detalle de cómo se pergeñan esas canalladas, y la impunidad en la que se regodean los protagonistas de estos simulacros, los pone en la portada de la sociedad del espectáculo.

Pensar a las sociedades globalizadas en términos del mercado implica necesariamente, en la época actual, pensar al sujeto en términos de mercancía. Y ahí es donde el poder de los medios, la industria del entretenimiento y lo que hoy se ha dado en llamar la colonización de la subjetividad, ocupan un lugar determinante en torno a la construcción del relato.

Hay salas en el ámbito jurídico cuyos vidrios simulan espejos. De un lado están los que pueden ver y del otro quienes solo se reflejan a sí mismos. Ilustrativa metáfora de sociedades que, habladas por discursos cada vez más desembozadamente neofascistas, nos advierte sobre esta época: espejos que devuelven la propia imagen en forma invertida, propiciando lo superfluo y un detrás de escena puesto a la mostración de lo que se pretende naturalizar.

En la permanente desinformación, tergiversación, calumnias e injurias disparadas por las armas que carga el poder, los agentes mediáticos replican las mentiras que, difundidas hasta el hartazgo por los medios hegemónicos como una verdad revelada, se convierten en un “arma de destrucción masiva”.

Estas renovadas estrategias con las que el poder busca perpetuarse responden a una lógica impuesta destinada a desgastar o derrocar gobiernos, o impedir el acceso a éstos de dirigentes populares; y mancillar la trayectoria de referentes y luchadores del campo político, social, cultural y de los DDHH. En suma, de quienes en determinado tiempo y lugar histórico sean considerados –desde la perspectiva de dominio del capital y el mercado, en la era neoliberal, insistimos, en la que esta práctica se impuso de este modo–, un obstáculo para su libre albedrío.

Así, las estrategias de dominación toman hoy otras formas, aggiornadas a la etapa actual, a la acentuada voracidad del capital y al sujeto reducido a objeto de consumo. Estos “golpes blandos” –mal llamados así si pensamos en las penurias que ocasionan–, ponen sobre el tapete la connivencia entre el poder económico, el poder judicial, y los medios de comunicación concentrados, y también la metodología canalla utilizada. No

tienen reparo, y no tienen límite tampoco. Por eso es tan importante el concepto del debate de ideas, la batalla cultural, para poder ubicar en esa “colonización de la subjetividad”, el margen de independencia, de autonomía que puede tener el sujeto en la intersección entre la singularidad, la diversidad, y lo colectivo. Es ahí adonde apuntan, a la cabeza de la gente, por eso es clave poder leer la realidad en su complejidad, en el contexto histórico del mundo y la región en la que vivimos, para no confundirse y desgastarse en cuestiones secundarias.

Si es necesario unir al horizonte la subjetividad de la época, es en ese escenario que debemos ubicar el momento crítico que vive la humanidad y la diferencia en las respuestas respecto de los intereses que sustenten esas respuestas. Frente al porvenir de los mercados comunes en relación a la expansión cada vez más dura de los procesos de segregación, vivimos en una época de mostración, en la que la proliferación de las peores prácticas, de discriminación, racismo y rechazo a lo diferente no solo se profundiza, sino que se reivindica obscenamente. Tenemos ejemplos actuales de gobernantes en América que ponen de manifiesto cómo los discursos más desembozadamente reaccionarios, los discursos de odio al semejante señalado precisamente en su diferencia, ponen en juego lo peor de los seres humanos. Y estos son los modos neofascistas de la política en la época actual.

Así, asistimos a las más desenfadadas prácticas y discursos de los personeros del neoliberalismo que adoptan estas modalidades, y no tienen el más mínimo pudor para desacreditar las acciones y valores más nobles que conoció la historia argentina. Se apropian, aquí y en el mundo, de significantes caros a los intereses de los pueblos. Claman por la libertad y los DDHH mientras exhiben cuerpos envueltos en plásticos retrayéndonos a las peores metodologías del sistema concentracionario. Es la banalidad del mal.

Si la Escuela de las Américas fue en los 60 y 70 bastión en la formación de la metodología represiva para la instrucción de los encargados de resguardar los intereses del poder, hoy ese lugar lo ocupan quienes se forman en el diseño de esas estrategias de dominación que ponen la justicia al servicio de la injusticia. La democracia deviene así un simulacro al desamparo de las formas más degradadas e inescrupulosas de agresión. Y cabe preguntarse, en el peligroso repliegue de los EEUU hacia Latinoamérica, en el adverso escenario a nivel de la disputa geopolítica mundial, y frente a una de las contradicciones principales que opone al neofascismo una democracia real y participativa, cómo introducir en nuestra propia agenda estos debates que son fundamentales en relación a la restitución de sentido.

Si las estrategias de dominación van de la mano de un discurso perfectamente articulado, esos relatos apuntan a inscribirse como verdades incuestionables que luego se replican una y otra vez en boca de la gente hablada por esa narrativa de ficción.

Y efectivamente hay algo de ese modo de imprimirse de ese relato que apunta a la propia constitución subjetiva en tanto alienada en el origen.

Si pensamos en la constitución subjetiva, podemos ubicar que, desde su origen, el cachorro humano, a diferencia del cachorro animal que se independiza rápidamente, necesita para sobrevivir de un otro de los primeros cuidados que lo proteja, que lo alimente, que lo abrigue, etc., etc. El "otro auxiliador", lo llama Freud. El ser humano viene, desde su nacimiento, a ser incluido en un discurso que lo precede, en un árbol genealógico al que se incorpora, es esperado con un nombre y viene a ocupar un lugar en relación al deseo de sus progenitores. Cuando un bebé llora, ese llanto es decodificado por otro u otra, y ese acto, que convierte ese llanto en demanda, es un acto de comunicación que introduce a ese ser humano a la cultura, al lenguaje.

Entonces, podemos decir que somos hablados por el Otro desde el vamos. Se trata, desde esta perspectiva, de pensar también en estos términos la alienación social. Y esto sucede también a través de un gigantesco dispositivo que a veces es explícito pero que muchas otras veces es sutil y casi imperceptible.

Por eso hablamos de la industria del entretenimiento, del contrabando ideológico, del blindaje mediático, etc. etc. y por eso el debate es debate de ideas. Y si tomamos entonces el concepto de sentido común –en los términos que nos propone García Linera–, podemos pensar que se trataría de hacer resonar ese sentido común, develarlo, para crear una brecha en ese discurso monolítico, por donde el sujeto pueda tomar la palabra, descifrando, desenmascarando aquello que le es impuesto, que le viene dado.

El filósofo coreano Byung-Chul Han, analizando la cuestión de la primacía de lo virtual en torno a las redes y la comunicación, habla de la creciente descorporalización del mundo en el punto en que el orden virtual elimina los cuerpos que se nos contraponen, ya no nos replican con su contrapeso pues de ellos no viene ninguna resistencia. (Byung-Chul Han, 2018)

Poder interpelar desde esta perspectiva aquello que puede venir al lugar de hacerle contrapeso al sentido común –cuando este puede devenir el peor de los sentidos–, posibilita deconstruirlo, habilitando otros discursos, para otorgarle un sentido otro, diverso al que nos impone el discurso hegemónico.

De eso se trata en la singularidad del sujeto, de interpelar esas marcas, para reescribirse de acuerdo a su deseo. La indagación acerca de la colonización de la subjetividad nos conduce precisamente a la intersección entre la singularidad del sujeto y el lazo social de cara a poner en juego lo no colonizable, que podríamos nominar hoy aquí como ese margen de libertad que en todo caso determina a un sujeto desde lo más propio en torno a lo visto y lo oído, tornando a ese sentido común como el menos común de los sentidos.

Si la batalla es cultural. Es necesario interpelar estos modos de dominación en su correspondencia y en sus efectos. Y una respuesta fundamental al malestar en la cultura es siempre el acceso a derechos y la vigencia y respeto de los Derechos Humanos. En nuestro país eso tiene un nombre, es Memoria, Verdad y Justicia. Una tríada inseparable que tuvo en este último significante lo no negociable. Otro estatuto de la justicia, diferente al que acá analizamos. Las Madres nos enseñaron el camino y en esas rondas también fundaron un pacto civilizatorio, un contrato social. En sus pañuelos blancos, bordados con el nombre de sus hijos e hijas hicieron intersección entre el sujeto singular y lo colectivo de las luchas sociales. Convirtieron ese pañuelo en un símbolo universal, expresión de ética que nos permite nombrar en los Derechos Humanos esa columna vertebral que propicie para la vida de los pueblos una vida en dignidad.

Referencias

Byung-Chul Han (2018). Hiper-culturalidad. Barcelona. Herder.

MARÍA ROSA GOMEZ*

Servicios de Inteligencia, formas de control y dominación en América Latina y tecnología

Espionaje y debilitamiento de las instituciones democráticas

Creada en 1946 como Coordinación de Informaciones del Estado (CIDE), tenía la función de prevenir al Gobierno sobre riesgos políticos potenciales. Tras el golpe de 1955 pasó a llamarse Secretaría de Informaciones del Estado (SIDE). Durante el contexto de la Doctrina de Seguridad Nacional que ubicaba al “enemigo” ideológico dentro de las propias fronteras, la Inteligencia estatal agudizó el espionaje hacia sectores de la población considerados “peligrosos” por parte de las FF: AA. La última dictadura militar le asignó al área de Inteligencia funciones estratégicas, controles poblacionales, coordinación de grupos de tareas y selección de “blancos” a eliminar por parte del plan sistemático genocida. Desde Inteligencia se distribuyeron también contenidos negacionistas dirigidos a los medios de comunicación con el objetivo de ganar consenso para el gobierno de facto. Recientemente, en complicidad con sectores corruptos de la Justicia, Inteligencia vuelve al foco de la escena, al descubrirse su accionar contra dirigentes políticos, empresarios, periodistas y militantes sociales en procesos que buscan socavar las instituciones democráticas bajo la figura del *lawfare*, “guerra judicial”, diseñada luego de los atentados perpetrados contra el Pentágono y las Torres Gemelas.

A partir de la proliferación de casos ocurridos en América Latina, especialmente en Brasil, Bolivia y Argentina, el término *lawfare* pasó a ser de uso cotidiano en las columnas políticas, los noticieros televisivos y los debates políticos. De todas maneras, solo algunos pocos hemos logrado saber que el concepto *lawfare* fue acuñado en términos

(*) UBA/ UNLP/ SDH-RUVTE.

teóricos por el general de la Fuerza Aérea de los EE. UU. Charles Dunlap luego de los atentados del 11 de septiembre de 2001 al Pentágono y a las Torres Gemelas de Nueva York. (Dunlap, 2017)

Esos atentados golpearon el núcleo duro militar estadounidense y también a uno de los centros financieros más importantes del país más poderoso del mundo, las Torres Gemelas. Desde aquel 11 de septiembre, hace ya 10 años, EE.UU. buscó adaptar la estrategia militar a operaciones legales que generasen aceptación ante la opinión pública al estar presentadas como el accionar ante “un enemigo terrorista, peligroso para la sociedad y sin miras de respeto a la convivencia civilizada, a las creencias ni a las instituciones”. (Dunlap, 2017 s/p)

Parafraseando los postulados acerca del arte de la estrategia militar de Carl Von Clausewitz podríamos decir que el *lawfare* es la continuidad de la guerra a través de la aplicación del hostigamiento judicial y operaciones de Inteligencia.

Dunlap señaló ante una selecta audiencia, que se debía diseñar una estrategia militar para enfrentar al adversario presentándola “como si fuese una técnica neutral, apelando a la ley como sustituto de los medios tradicionales para alcanzar la victoria sobre los objetivos militares seleccionados”. (Dunlap, 2017, s/p)

Lo que se buscaba era evitar al gobierno de los EE. UU. y su Departamento de Estado, nuevas denuncias de injerencia sobre la soberanía de los países pertenecientes a su área de influencia. Todavía existe en amplios sectores de la opinión pública mundial un recuerdo negativo del accionar norteamericano promoviendo golpes de Estado en América Latina, protegiendo dictadores y adiestrando a las fuerzas armadas latinoamericanas en prácticas contrainsurgentes con uso de torturas y tormentos. La estrategia explicada por Dulp aludía a formas de neutralización de los adversarios políticos mediante el uso de la persecución judicial, la estigmatización mediática y acusaciones de corrupción. A tal fin, los insumos fundamentales serían las operaciones de seguimiento, infiltración, espionaje e inteligencia contra sectores caracterizados como opositores de alto perfil, en coordinación con la acción de la Justicia y sus dispositivos institucionales. Dulp anticipaba la aplicación del recurso de neutralización política del cual nos ocupamos en estas jornadas, el *lawfare*.

A su vez, William Lind, otro general de los EE. UU. subrayó que a partir de la caída del socialismo real y el fin de la “Guerra Fría” se podía definir la etapa como de “Guerra 4 G” o “Guerra de Cuarta Generación”, en la cual el teatro de operaciones militar se reemplaza por la disputa en términos de construcción de sentido. (Lind et al., 1989: 22-26)

El líder cubano Fidel Castro, ya fallecido, hacia fines de los años 90 definió ese escenario de confrontación política como la batalla en el terreno de la Cultura y la Información. La Guerra de Cuarta Generación requiere de los medios de comunicación y todos los dispositivos tecnológicos (medios de producción simbólica) que inciden o impactan sobre la construcción de imaginarios sociales, valores, ideales, horizontes aspiracionales deseables.

Sectores amañados de la Justicia, servicios de inteligencia, medios de comunicación, poderes corporativos, actualizan un reciclaje de componentes que se acercan, se condensan o implosionan, que están siempre en tensión y activos bajo distintas condiciones históricas y tecnológicas. Todos ellos, desde la Inquisición hasta la actualidad, garantizan los dispositivos de control político y censura del poder real.

En el siglo XVIII Robespierre subrayaba que los hechos eran “los acontecimientos y su difusión”. Winston Churchill, en esa misma línea, hará más explícito el concepto: “Las victorias militares se asientan sobre los muertos y las maniobras. Cuanto más competente es un general, más utiliza las segundas y menos los primeros. La guerra moderna comprende muchos tipos de maniobras, de las cuales una mínima parte se lleva a cabo en el campo de batalla”. (Churchill, 2004 s/p)

O sea, la pretensión del general Lind acerca de que se ha instalado una estrategia de Guerra “de nuevo tipo” de “Cuarta Generación” no es otra cosa que un bricolage que reacomoda y redistribuye viejos actores en el arte de la confrontación política.

Una vez más la Justicia, los medios de comunicación y las corporaciones económicas actúan en alianza para neutralizar gobiernos y personajes políticos que se presentan como hostiles a los intereses de las corporaciones financieras, los oligopolios de la industria del entretenimiento y las telecomunicaciones, los laboratorios y los fabricantes de armamentos. A tal fin, se impone una vez más, disciplinar a los sujetos colectivos organizados, organizaciones políticas y sociales, gremios, pueblos originarios, organismos de derechos humanos, movimientos socio-territoriales, colectivos que luchan por la identidad de género y todos aquellos que se manifiesten contra todo tipo de segregación racial, sexual, religiosa, etaria o de clase.

El funcionamiento del capitalismo del siglo XXI necesita orden y disciplinamiento para asegurar las tasas de ganancia, la obtención de recursos naturales y el control poblacional. El *lawfare* se ajusta de manera adecuada a las maniobras ofensivas que la etapa requiere. Sin embargo, comprobamos en lo ocurrido en 2019 en Bolivia, una combinación de sectores que aún echan mano al viejo recurso del golpe de Estado y también utilizan de manera oportunista las bases de acción propiciadas por el *lawfare*.

Si analizamos ejemplos de *lawfare* recientes, encontramos una aceitada operatoria con el siguiente encadenamiento significativo: denuncia mediática-acción judicial-condena mediática-condena judicial sin base material de evidencias. Los operadores mediáticos-políticos-judiciales trabajan sincronizadamente. La sinergia con los medios tradicionales-redes sociales garantizan la colonización de la agenda temática y la construcción de una condena social previa al desarrollo del proceso judicial. Una vez que los procesamientos se ponen en marcha, advertimos que se han distorsionado los procedimientos para la producción de prueba judicial y no se respeta la institución del derecho a la

defensa de los imputados. En esta sumatoria de operatorias políticas, los servicios de Inteligencia, fundamentales para la detección seguimiento y eliminación de opositores durante el Terrorismo de Estado, actúan con soltura de movimientos, ayudados por los dispositivos tecnológicos digitales que facilitan el rastreo geolocalacional, las operatorias bancarias y el posicionamiento político de la población a partir de lo que se publica y circula en las redes sociales.

La vulneración de las garantías institucionales en los casos de persecución política enmarcados bajo la categoría de *lawfare*, han contado con la participación de las agencias de inteligencia del Estado y también de sectores residuales de servicios de inteligencia exonerados, pero que operan amparados en la impunidad que les garantizan los gobiernos defensores del status quo neoliberal. Esto no es una problemática reservada a la Argentina, sino que tiene escala regional y global.

Los servicios de Inteligencia que fueron el núcleo duro del plan de exterminio de opositores en procesos de genocidio, hoy operan desde los pliegues de vulnerabilidad que ofrecen las democracias “de baja intensidad” atenazadas por deuda externa, generalización de la pobreza y –actualmente– una pandemia de alcance mundial que dejó al desnudo la brecha entre países poderosos acaparadores de vacunas y países empobrecidos, expuestos a los efectos más letales de la pandemia.

Durante la década de los años 60 y 70 los lineamientos de control y disciplinamiento para la región tuvieron la impronta de la Doctrina de Seguridad Nacional, los años 80 estuvieron atravesados por los documentos Santa Fe 1 y Santa Fe 2, los 90 sufrieron las políticas aplicadas por el Consenso de Washington y la primera década del siglo XXI recuperó aspectos de la Doctrina de Seguridad, pero a nivel Global. El escenario de confrontación política atravesado por el *lawfare*, es caracterizado por la investigadora, analista política y maestra de periodismo Stella Calloni como una etapa de recolonización capitalista. Los estrategias del Departamento de Estado han optado por denominarla Guerra de Cuarta Generación.

Referencias

- Calloni, Stella y Ducrot, Víctor** (2004). Recolonización o Independencia. América Latina en el siglo XXI. Buenos Aires: Grupo Editorial Norma.
- Churchill, Winston** (2004). La segunda guerra mundial, Buenos Aires, Editorial El Ateneo
- Dunlap, Charles** (2017). Introducción a la Guerra Jurídica, Manual Básico. En línea en: <https://www.armyupress.army.mil/Journals/Edicion-Hispanoamericana/Archivo-de-articulos-exclusivos-en-linea/>
- Lind, S. W, Nightengale, K., Schmitt, F. J., Sutton, W.J. y Wilson, G.,** (1989). The Changing Face of War: Into the Fourth Generation II, en Marine Corps Gazette, pp. 22-26.

GABRIELA SOSTI*

Inteligencia, planificación del genocidio y responsabilidad del Estado

Voy a intentar algunos núcleos de reflexión sobre los problemas que propone esta mesa a partir de mi experiencia como fiscal en juicios a genocidas, especialmente, el conocido como “Contraofensiva Montonera” que comenzó en abril de 2019 y culminó en junio de este año. En ese juicio se produjeron algunas singularidades que me interesa compartir porque atañen a varias cuestiones propuestas en estas Jornadas.

La primera singularidad consiste en que en Contraofensiva se investigó la estructura de Inteligencia del Ejército, desde la Jefatura II del Estado Mayor y el Batallón 601, hasta los responsables en Campo de Mayo, donde estuvo la mayoría de las personas secuestradas.

Esta singularidad implicó el desafío de especificar los modos en que la estructura de Inteligencia diseñó, instrumentó, analizó, documentó e hizo posible el mayor de los genocidios que padeció nuestro país.

Dijimos en el alegato que esa estructura llevó a cabo no solo crímenes masivos sino la reformulación de la identidad argentina como parte del Proceso de Reorganización Nacional a través del recorte del tejido social de miles de connacionales seleccionados como enemigo en tanto otredad negativa para definir otra identidad construida sobre parámetros culturales éticos sociales políticos y económico diferentes.

El ejército fue el responsable primario. La metodología fue rigurosamente diseñada e instrumentada con minuciosidad; los propósitos y los modos fueron escritos en vastos reglamentos y la Inteligencia hizo gala de su cumplimiento.

(*) Fiscal adjunta del Ministerio Público Fiscal.

Su técnica predilecta fue la tortura reavivando las pesadillas de los inquisidores medievales; la sustancia que alimentaba sin parar esa máquina abominable era la información. La habilidad para obtenerla y darle valor fue un mérito de los hombres de la Inteligencia.

Sabemos que, en cada cuerpo del Ejército, el Batallón tenía un destacamento de Inteligencia. Con esa información, aportada por el Ejército y en colaboración con las diferentes fuerzas, se producían los operativos. Esa red fue conocida como 'comunidad informativa'. La Inteligencia organizó un sistema que comunicó los diferentes puntos del país y por el que circuló toda la información sobre la militancia que fue blanco del plan sistemático.

Y aquí reside la segunda singularidad de este juicio. Esta singularidad me parece crucial porque se refiere a un desafío que consiste en plantear el derecho a la resistencia.

Esto requirió no solo presentar sino desmitificar un capítulo de la historia de las luchas populares en nuestro país. En los casi dos años de audiencias se escucharon más de doscientos testimonios de sobrevivientes y familiares que pusieron de relieve la vida y la militancia de quienes participaron de la Contraofensiva. Desmitificar ese capítulo implica analizar cómo se proyectó la denominada Contraofensiva, cuando, entre 1979 y 1980, militantes montoneros en el exilio decidieron regresar a Argentina con el objetivo de realizar acciones de resistencia a la dictadura junto a integrantes de la organización que se encontraban en el país.

Por medio de su aparato de inteligencia, el Ejército planificó y llevó adelante, junto a otras fuerzas, la persecución a quienes integraban la Contraofensiva a través de secuestros, tormentos, homicidios y desapariciones, que se realizaron en distintos puntos del país, zonas fronterizas y también en el exterior. Por eso fue clave, en el juicio, demostrar el trabajo minucioso que hicieron las distintas áreas de Inteligencia; ese trabajo sostuvo la maquinaria para aniquilar a los que consideraban enemigos.

Tuvimos el desafío de analizar y desplegar cómo estaba estructurada la Inteligencia y fue fundamental trabajar con los reglamentos de inteligencia táctica y de acción psicológica. También con los registros institucionales, a partir de las directivas, y, sobre todo, con los materiales producidos por ellos mismos.

Esto atañe también a las características de los documentos como prueba. En el alegato, la prueba acusatoria por cada asesinato o desaparición estuvo respaldada por su respectivo informe de inteligencia.

Esos documentos permiten pensar cómo se gesta un Estado genocida, cómo se prepara y cuáles son los sectores involucrados. Pudimos reconstruir que los reglamentos fueron elaborados durante la dictadura de Onganía, lo cual nos permite sostener que no se trató de una guerra contrarrevolucionaria, como sostiene la teoría de los dos demonios,

sino de un exterminio previamente planificado. Ahí podemos leer hoy la articulación entre el aniquilamiento y la reorganización económica, social y política del país. Como dice la carta imprescindible de Walsh, en la política económica de ese gobierno debe buscarse no sólo la explicación de sus crímenes sino una atrocidad mayor que castiga a millones de seres humanos con la miseria planificada. En los cuerpos despojados de vida leemos la transferencia de recursos hacia los sectores concentrados de la economía. Este designio estaba planteado desde las primeras formulaciones del plan, en el Estatuto del proceso de reorganización nacional que fue renovado cada vez que así lo requerían.

Por eso cuando hablamos de los archivos de Inteligencia, lo que atraviesa la historia, fundamentalmente a partir de los 70, es cómo se diseñó y cómo se ubicó dentro de la institucionalidad ese aparato de Inteligencia que, sin lugar a dudas, no fue desarticulado porque hay una médula de ese aparato que persiste desde la dictadura hasta el presente. No podemos leer el genocidio ni cómo se planificó sin ver sus proyecciones en el presente.

Y si comprendemos esa historicidad plantear el derecho a la resistencia es un desafío imperioso. Como dije, en el juicio se escucharon voces de protagonistas, familiares, compañeros y compañeras. Intenté en mi alegato darle encarnadura a ese relato, no quise que la masividad del horror nos hiciera perder la dimensión de la historia y de las historias de cada hombre y de cada mujer porque no fueron solo cuerpos para el sacrificio. Pudimos reconstruir sus vidas, sus proyectos, las formas de organización que se dio la militancia Pudimos recuperar sus poderosas vitalidades.

Entonces reflexionar sobre el derecho a la resistencia nos permite repensar nuestra historia incluidas la violencia política y las formas de insurgencia

Ese el problema que, durante años, especialmente después del Juicio a las Juntas y de las leyes de impunidad, fue objeto de distorsiones, censuras y hasta estigmatización explícita como tratamos de poner en discusión durante el debate. Necesitamos enfrentar esa lectura y a la vez dejarnos atravesar por la historia porque ahí reside la posibilidad colectiva de plantearnos el derecho a la resistencia en el presente.

Y en esto consiste una tercera singularidad del juicio Contraofensiva: el desafío técnico de hablar del derecho a la resistencia desde nuestra responsabilidad como trabajadores del derecho y de la justicia, pero también como militantes por los derechos humanos.

Sabemos que el derecho es una materia que está en permanente construcción. El texto-mundo jurídico tiene un poder enorme. Todo lo que se dice en ese espacio de representación, especialmente las palabras de los jueces, performativizan la realidad. Se están disputando sentidos, y en esa disputa el texto jurídico tiene una potencia y una responsabilidad ética fundamentales.

Sabemos que los jueces con sus sentencias producen actos que performatizan una inscripción en la sociedad y en la cultura y, por supuesto, en los vínculos entre el derecho y el poder. Pero también fiscales, defensores y querellantes damos testimonio en los juicios porque damos nuestra mirada, nuestras perspectivas, sobre la historia y fundamentalmente sobre ciertos rituales, prácticas y discursos de la justicia.

Pero entonces aparecen las prácticas del poder judicial y, como me interesa destacar especialmente, lo que podemos denominar como “textualidades jurídicas”.

Hay que discutir en todos los espacios, en todas las instancias de los juicios, cómo encarnar las voces, las luchas, las formas de organización, para desmarcarnos de los condicionamientos de la teoría penal y no quedar clausurados por lo ya admitido.

En esto consiste el carácter performativo de nuestras intervenciones ¿estamos produciendo un discurso estratégico de legitimación del ejercicio de poder?

Conocemos la función que tuvo y tiene el Poder Judicial dentro de nuestra institucionalidad y dentro de nuestra historia. Sabemos que la historia, en general, de esta institucionalidad sostuvo la más rancia aristocracia y los sectores de poder que produjeron todos los genocidios en la historia de la Argentina. Por eso, me parece importantísimo seguir planteando la performatividad judicial en clave presente, porque esta historia no es el pasado, esta historia es lo cotidiano que la democracia alimenta.

Las preguntas que podemos hacernos son ¿cómo textualiza la justicia?, ¿de qué habla la justicia cuando habla?, en definitiva, ¿qué se hace con lo que se escucha? ¿qué hacemos los que producimos esos textos jurídicos y judiciales con lo que escuchamos?

Es preciso deconstruir de qué manera se inscribe en muchas de sus decisiones esta dinámica política, social, cultural, que da cuenta del antagonismo amigo-enemigo y pone en evidencia en qué modelo de sociedad está pensando ese operador judicial.

En la jerga pertinente hablamos de sujeto de derecho y de bien común. ¿Qué es para un operador judicial el bien común?, ¿quiénes serán reconocidos como sujetos aptos para compartirlo? ¿Qué es el otro? ¿Quién es el otro para mí? ¿Quién es el otro para la sociedad que comparto? ¿Quién es el otro para el Estado, para la ley? ¿Y qué hacemos con él, para él, o en su contra? Yo, ¿soy el otro? La impronta del fascismo desanduvo el sueño moderno de una identidad colectiva fuerte y cohesionada como mismidad, como homogeneidad radical y sin fisuras. Nuestros dictadores vernáculos apelaron a la estrategia de la uniformidad. Para ello recortaron del colectivo social las porciones para el exterminio, “la parte maldita”, erigiéndola en el enemigo total, el otro ominoso; y se entregaron —minuciosos, abyectos— a la extirpación. El ser social común deseado, la subjetividad a construir sería occidental y cristiana; o no sería. Su texto específico —su

ley— fue el Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional (y los jueces debían jurar por el cumplimiento de este engendro jurídico). A partir de allí aplicaron las leyes genocidas que enmarcaron jurídicamente ese plan de rediseño atroz.

De este modo la justicia actuó validando el criterio amigo/enemigo. Por eso es necesario seguir debatiendo el modo en que, a la hora de interpretar las prácticas e incluso las textualidades del Poder Judicial, sigue siendo insoslayable la detección del binomio *hostes/hostis*, *homogéneo/heterogéneo*, *amigo/enemigo*, porque ello va a permitir una caracterización del tipo de sociedad sobre la que cotidianamente performativiza el juez y en correlato el conjunto de operadores judiciales que obedecen o comparten esas lógicas y perspectivas. En ese recorrido judicial, podemos ver claramente de qué manera la justicia —ciertos jueces, ciertos sectores de la corporación— se vinculan con el otro, con el diferente. De diversas formas y en distinta medida, ese diferente recibe tratamiento de “enemigo”, ajeno al cuerpo social. Y se lo excluye, se le veda su ser social.

Es en este sentido que una acción judicial puede ser reparadora o ejercer una violencia cuando determinadas acciones y textualidades del Poder Judicial, en su performatividad, ratifican y perpetúan la violencia que pretenden erradicar

Reconstruir y producir intervenciones y textos que desbordan el espacio procesal de la legitimación del poder judicial del lado de los poderosos implica justamente gran parte de los desafíos que proponen estas Jornadas.

Esta es precisamente la discusión que tenemos que dar no solo para criticar sino para ver cómo funciona la teoría de los dos demonios a partir del Juicio a las Juntas como parte de los dispositivos del negacionismo y como control de las formas de organización popular. Las falsedades, las distorsiones, las campañas mediáticas, pero también judiciales que sostuvieron la teoría de los dos demonios muestran claramente que la acción psicológica del aparato de Inteligencia no terminó en diciembre de 1983.

Plantearnos la articulación entre “*lawfare*” y aparatos de Inteligencia implica recuperar el trabajo con los reglamentos, las directivas, los textos producidos por las escuelas de Inteligencia durante las dictaduras del siglo veinte. Y el rol de los medios en esa trama, de hecho, en el juicio Contraofensiva pudimos escuchar que uno de los focos de las estrategias de resistencia fueron los medios de comunicación y ese desafío sigue vigente.

Estas singularidades nos permiten historizar esos vínculos entre servicios de inteligencia y prácticas, rutinas, perspectivas, discursos del poder judicial que claramente habilitan una lectura de la articulación entre la planificación del genocidio, la estructura de

inteligencia y algunas modalidades de las prácticas jurídicas que he tratado a elaborar en mis intervenciones.

Cuando el Estado se mira a sí mismo en el pasado y se juzga produce testimonios de incalculable valor. Gracias a la capacidad reparadora de los juicios, podemos recuperar la experiencia vital de la militancia desde lo colectivo. En los juicios pueden suceder momentos sagrados porque se hace presente ese proyecto colectivo. Sin eso solo tenemos el registro el espanto.

Y esta sigue siendo una de las deudas que tenemos que seguir discutiendo y elaborando colectivamente: encontrarnos con los sueños de los compañeros y compañeras militantes e inscribirlos en las formas de organización popular en el presente.

GUILLERMO FRANCISCO TORREMARE*

Violencia de Estado, dispositivos jurídicos y ejercicio de los derechos humanos

La ponencia plantea algunos puntos de reflexión sobre las genealogías críticas que las querellas representantes de organismos de derechos humanos en juicios de lesa humanidad han ido elaborando respecto de la violencia de Estado y la planificación del genocidio en nuestro país y en América Latina. Estas querellas han sostenido la necesidad de especificar la persecución y la represión contra organizaciones políticas, contra gremios y sus trabajadores desde la historia de sus luchas. También han exigido el reconocimiento de la violencia sexual no subsumida en la tortura sino como un crimen de género y argumentó que la indiferencia hacia esas situaciones constituye y hace posible la impunidad. Estos desafíos involucran historizar la articulación entre el aparato represivo del Estado, las prácticas y concepciones del poder judicial, incluidos sus fallos y sentencias, con el ejercicio democrático de los derechos humanos en el presente. Desde estas líneas de proyección, se plantea la necesidad de dialogar sobre las marcas históricas de los genocidios en nuestro continente y sobre sus alcances hoy cuando se activan órdenes jurídico legales y dispositivos de opinión pública a través de medios corporativos para obstaculizar y hasta impedir el ejercicio de derechos.

Comienzo diciendo que, en principio, todo gobierno democrático, por el hecho de haber sido votado por el pueblo, tiene legitimidad de origen. Pero esa legitimidad debe mantenerse en el ejercicio del poder. Cada uno de los gobiernos que hemos tenido, desde la recuperación democrática, se dio a sí mismos una idea fuerza para que funcionara como su motor legitimante, una idea que los identificara y justificara. La valoración y defensa de la democracia fue la principal idea fuerza que legitimó –por ejemplo– al gobierno de Raúl Alfonsín. El logro de la estabilidad económica, más allá de sus penosos resultados ulteriores, fue la principal idea fuerza que legitimó al gobierno de Carlos Menem. El gobierno de la Alianza no alcanzó a exhibir una idea fuerza legitimante, y se tuvo que ir a mitad de su mandato.

(*) APDH.

La reconstrucción de un Estado activo y presente, la convocatoria a la movilización popular y a la política, la valorización de la memoria y los derechos humanos, fueron las ideas fuerza legitimantes del kirchnerismo. En todos los casos, las ideas legitimantes que cada gobierno enarboló fueron a favor del conjunto del pueblo. ¿Qué idea fuerza legitimante podía darse un gobierno que vino a achicar el Estado, subir tarifas, generar endeudamiento, soslayar los derechos humanos? Solo una: inventar una supuesta lucha contra la corrupción y hacerla ver exitosa. Para ello debió perseguir y encarcelar a opositores que antes, los medios de comunicación dominantes habían mostrado como corruptos. Lo hizo el macrismo, pero el terreno venía preparado mediáticamente. En este panel está su primera y principal víctima: Amado Boudou, elegido para víctima por su formación intelectual, por su compromiso militante y por su audacia política. La persecución ilegal de los opositores utilizando la estructura del Poder Judicial, fue mostrada como una ejemplar lucha contra la corrupción. Esta fue la idea fuerza legitimante del gobierno de Mauricio Macri. Es necesario destacar que esta idea fuerza, con la ayuda de la anestesia mediática, interpeló, convocó e identificó a una parte muy importante de la sociedad.

Ese gobierno lo ideó, ordenó y dirigió –son ilustrativas las notas de periodistas serios que por estos días dan cuenta del funcionamiento de su pata judicial–. A ese gobierno ya logramos cambiarlo, pero permanece incólume el sector del Poder Judicial que lo desarrolló. Es necesario hacer algo con él porque fue responsable de llevarlo a cabo. Más allá de algunos nombres propios, meramente instrumentales –Bonadío, Irurzun, Stornelli, Hornos, entre otros– hay una responsabilidad insoslayable de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La Corte, que es una de las cabezas del poder del Estado, debe garantizar el cumplimiento de las normas que integran el bloque constitucional federal (la Constitución Nacional más los tratados internacionales de derechos humanos que el país ha suscripto). No lo hizo –y no lo hace– desde el momento en que –por acción en unos casos y por omisión en otros– permitió y permite que sus tribunales inferiores persigan y encarcelen arbitrariamente a opositores políticos. Hace mucho tiempo que desde la APDH venimos formulando críticas a la Corte por fallos alejados del paradigma constitucional democrático que básicamente jerarquizan los derechos humanos en la Argentina. A modo de ejemplo recordamos el fallo del 2 por 1 que beneficiaba a los genocidas condenados por crímenes contra la humanidad, dictado por Elena Highton de Nolasco y dos jueces de la Corte que habían aceptado incorporarse a ese alto tribunal por un decreto simple del Poder Ejecutivo, en ese momento en manos de Mauricio Macri. Hablo de Carlos Rosenkrantz y Horacio Rosatti. A partir de ese momento hubo una declinación de la Corte en sus decisiones desde el punto de vista de la jerarquización de los derechos humanos en las políticas públicas. Otro ejemplo reciente de su polémico accionar fue el fallo a favor del gobierno porteño que impugnó el Decreto de Necesidad y Urgencia del Poder Ejecutivo respecto a la presencialidad en las escuelas en momentos de altos índices de contagios del Covid 19. El fallo de la Corte dijo que “el decreto de necesidad y urgencia

del gobierno no tiene fundamentos” y que no existían motivos fundados que permitieran indicar que esta movilidad tiene una incidencia en la pandemia. Lo que está claro es que bajo estos criterios nos encaminamos hacia un gobierno de los jueces, algo que irónicamente se expresaría en decir que quien quiera gobernar debería concursar ante el Consejo de la Magistratura, o tener un presidente que lo proponga para un cargo en la Corte. Esta ironía parece tener un viso de realidad si analizamos cómo actúa la Corte ante estas situaciones concretas. En este caso que mencionamos, la Corte se pronunció sobre un Decreto de Necesidad y Urgencia que ya había vencido, de manera que ya no tenía una incidencia práctica sobre la cuestión que se sometía a debate. Pero con este fallo la Corte pretende basar la legitimidad de su decisión en fijar “criterios a futuro” para que el Gobierno Nacional tenga en cuenta al momento de tomar una decisión. Esto tiene varias lecturas. Una es que la Corte pretende “marcarle la cancha”, por decirlo coloquialmente, al Poder Ejecutivo Nacional. Por sus consecuencias, por su formulación, por su contenido, éste fue un fallo político porque abre un debate acerca de si una ley nacional puede ser de plena aplicación en un Estado Federal, como sería la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o se estaría interviniendo sobre facultades propias de ese Estado local. Lo cual nos pone ante otro debate, si cuatro personas, en realidad tres que hacen la mayoría, pueden tener tanto poder como para obturar políticas públicas de un Estado nacional.

Otro aspecto sustancial que nos preocupa es que hoy, por la aplicación del *lawfare*, existan presas y presos políticos. En esta situación hay una responsabilidad última del Estado nacional, uno de cuyos poderes tiene en su vértice a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Hay responsabilidad internacional del Estado por violación a los derechos humanos cuando su Poder Judicial no cumple acabadamente con su rol. Así lo han resuelto el Comité de DDHH de la ONU en el caso David Alberto Campora de 1982, la Corte Interamericana de DDHH, en el caso Lacayo vs. Nicaragua, de 1997, el Tribunal Europeo de DDHH en el caso Ruiz Mateos vs. España, de 1993.

Hoy sigue teniendo vigencia aquella reflexión de Norberto Bobbio hace más de 70 años, cuando dijo que el grave problema de los derechos humanos no era el de fundamentarlos sino el de protegerlos, que por ello el problema de los derechos humanos no era filosófico sino jurídico y en el sentido más amplio, político. No se trata, nos decía Bobbio, de cuántos y cuáles son los derechos humanos, ni de cómo los fundamentamos, sino de saber cuál es el modo más seguro y eficiente para garantizarlos. (Bobbio, 1991)

En vista de eso y en la situación que estamos, concluyo opinando que someter a juicio político a una Corte Suprema de Justicia que por acción y omisión avaló el *lawfare* es el primer paso para andar el modo más seguro y eficiente para garantizar derechos.

Referencias

Bobbio Norberto (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid. Editorial Sistema.

Mesa 28

Comunicación, *lawfare* y discursos de odio: disputas de sentidos y democracia

Marianela Daraio - Sofía De Marziani

Alvaro Aberastegui Grigioni - Claudia Castro Terina - Noelia Carranza

Analía Eliades - Natalia Ferrante

Gisele Rodríguez - Eva Wetzel

MARIANELA DARAIO* - SOFÍA DE MARZIANI**

Patricia Bullrich sobre las vacunas: discurso político, fake news y judicialización de la política

Algunas consideraciones teóricas

En nuestra región asistimos, desde hace casi dos décadas, al despliegue de golpes blandos cuya punta de lanza es el mecanismo que conocemos como *lawfare*. Se trata de la (mala) utilización de recursos judiciales - en particular, causas por corrupción - para la persecución, encarcelamiento y proscripción de líderes y militantes políticos del campo popular. El ex presidente de Brasil, Lula da Silva, afirma que se trata de "...el uso del Poder Judicial, especialmente en lo que respecta a la ley penal, para interferir en la política" (Zaffaroni, Camaño y Vegh Weis (con da Silva), 2020: 13). El objetivo de este fenómeno jurídico - político -y podríamos agregar mediático- es la muerte legal y política del adversario, siendo éste todo aquel que intente profundizar o instaurar políticas contra la desigualdad. Como afirma Atilio Borón: "Es el derecho desfigurado para producir la muerte civil de los enemigos del imperio y del neoliberalismo" (Zaffaroni, Camaño y Vegh Weis (con Borón), 2020: 164).

La recurrencia de un fenómeno jurídico político y mediático como el *lawfare* en Latinoamérica no tiene nada de casual: en 2018, Manolo Pichardo Arias, presidente de la Conferencia Permanente de Partidos Políticos de América Latina (COPPPAL), dio a conocer los detalles de una cumbre celebrada en la ciudad de Atlanta, Estados Unidos, en el año 2012. Este encuentro nucleó a jueces, fiscales, CEOs, y gerentes de

(*) Estudiante de la Licenciatura en Comunicación Social y Tecnicatura en Comunicación Pública y Política en Facultad de Periodismo y Comunicación Social- UNLP.

(**) Investigadora del Consejo Interuniversitario Nacional en el área temática discurso político y derechos humanos. Técnica en Comunicación Pública y Política y estudiante de la Licenciatura en Comunicación Social en la Facultad de Periodismo y Comunicación Social (UNLP).

medios de comunicación y políticos de todo el mundo –incluidos ex mandatarios– de orientación conservadora de toda la región. En esta reunión se sentaron las bases del Plan Atlanta, cuyo fin último es debilitar los gobiernos y líderes populares de América Latina por medio de la persecución mediática y judicial, para darle vía libre a la instauración y recuperación de gobiernos neoliberales. Pichardo Arias sostuvo que “Dada la imposibilidad de ganar por vía electoral se había planteado iniciar una campaña de desprestigio contra líderes progresistas de la región para minar su autoridad política, y los que tenían posibilidad de alcanzarlo, también.”

El carácter sistemático y planificado de estos intentos de desestabilización recuerda otros momentos históricos en los que América Latina ha sido blanco de ataques no convencionales por parte de Estados Unidos. La aplicación del Plan Cóndor para la instauración de dictaduras neoliberales durante los años 70, es el antecedente inmediato y la prueba cabal de que no hay derramamiento de sangre que se interponga ante la avanzada norteamericana para imponer sus planes económicos. Como plantean Ghea, Carnino, Novoa y Peto en “Plan Atlanta. La construcción del discurso de corrupción y crisis”:

Los poderes reales que manejan los hilos globales de la política y la aplicación de modelos económicos que llevan a la desigualdad, a la injusticia y a la mayor concentración de las riquezas en cada vez menos manos, lo han logrado por ser propietarios de las materias primas y de las herramientas de producción. Estos apropiadores de las riquezas materiales y simbólicas de las sociedades no nacieron en la historia reciente, tienen sus raíces en las matrices de pensamiento que a lo largo de la historia de la humanidad concentraron el poder (Ghea et. al., 2018: 8).

De esta forma, podemos ver en el *lawfare* la cristalización de una ideología que busca sostener la asimetría y la dependencia de las relaciones internacionales entre Latinoamérica y Estados Unidos. Tanto en los años 70 como ahora, se trató de imponer un discurso de crisis y corrupción que allanara el camino para la implementación de políticas neoliberales. Para Silvina Romano, “La legitimidad otorgada a la judicialización de la política emana del consenso sobre la “corrupción” como problema fundamental de América Latina”. La autora sostiene que, desde los años 80, las instituciones financieras internacionales justificaron su intervención en los países considerados subdesarrollados –desde su propia definición del término– bajo el argumento de ser quienes acabarían con la ineficiencia del Estado, e instalando “el relato de la “corrupción como un mal propio (inevitable) de lo público y el Estado” (Romano, 2019: 24).

Desde esta perspectiva, el opuesto necesario del Estado corrupto e ineficiente son las prácticas del sector privado, alejadas de la lógica de lo público y representada en nuestro país por los gobiernos de outsiders provenientes del sector empresarial. Siguiendo la elaboración de Silvina Romano “Este antecedente explica, en parte, el hecho de que la persecución judicial se haya exacerbado contra funcionarios de Gobiernos que propiciaron la intervención del Estado en materia económica y social a favor de las mayorías, ensanchando el Estado y revalorizando lo público” (Romano, 2019:24).

Para Esteche y Dagorret, la caotización es uno de los cuatro vectores de producción e hegemonía por parte de la potencia imperialista. Junto con la narcotización, la financierización y la militarización, afirman en el poder y permiten la reproducción del globalismo financiero.

Así como en los inicios del capitalismo hizo falta ordenar y organizar el mercado mundial a través de la constitución de los estados nacionales, ahora caotizan y anarquizan. Los Estados se vuelven obstáculos para dinamizar la voracidad financierista y la libre circulación de capitales. Estas tendencias, en apariencia irreversibles en la producción social contemporánea, están atentando contra la sustentabilidad de la humanidad misma. (Esteche y Dagorret, 2021: 9).

El Estado ampliado, garante –y más aún, el Estado de Derecho– se convierte en un obstáculo para la acumulación y concentración de riquezas por parte de un sector muy pequeño de la población mundial y no se escatiman recursos para instalar regímenes que ayuden a sortearlo. Otra de las características del neoliberalismo es su relación de necesidad con el individualismo de los sujetos. Instalar en la opinión pública la idea del Estado –encarnado en los políticos que proponen su intervención plena en todos los campos de la vida comunitaria– como algo corrupto y desordenado per se, tiene también la ventaja de denostar la participación política e incentivar la retracción de los sujetos al ámbito privado. Visión negativa del Estado y despoltización son, entonces, los idearios fundamentales sobre los que se estructuran las políticas neoliberales y pueden prosperar.

Son los medios masivos hegemónicos y concentrados quienes se dan a la tarea de fabricar, difundir como cierta e instalar una realidad en la que esas políticas a las que hacemos referencia son necesarias. Para Salas Oroño, en el marco del *lawfare*, éstos medios constituyen “...un complemento estratégico para poder asentarse en el ámbito de la opinión pública, para la creación de ese ambiente favorable que permita neutralizar cualquier crítica u observación que se le hiciera” (2020:47). Para ello, se sirven de diversos mecanismos que tienden a falsear la realidad y a hacer creíbles cosas que de otra manera llevarían a duda.

Uno de los mecanismos a los que se hace referencia es la llamada “teoría del framing o encuadre” y es desde dónde se abordará el análisis del caso propuesto.

Sobre la teoría del framing

Existen varias escuelas que, desde la comunicación política, abordan el fenómeno del framing para el análisis de la construcción de las noticias y su impacto en la opinión pública. Para el presente análisis se tomará aquella que considera al framing o encuadre como un “...proceso integral que atraviesa todas las instancias de la comunicación y, como tal, aparece en la elaboración de las noticias, en los textos noticiosos, en los esquemas de cognición y percepción de las audiencias y, fundamentalmente, en la cultura” (Aruguete, 2016: 139).

Desde esta perspectiva, el encuadre es un proceso dinámico en el que no solo se ven involucrados los elementos o atributos del objeto comunicacional, sino también los marcos cognitivos tanto del emisor como de las audiencias. En este sentido, existe un diálogo entre audiencias, objetos comunicacionales y emisores que da por resultado una particular interpretación de la realidad.

Este enfoque analítico da centralidad a la noción de cultura, entendida como el espacio dónde circulan los significados compartidos -valores- que otorgan coherencia al mensaje. De todas formas, es fundamental destacar que estos valores y significados no son de ninguna manera fijos ni homogéneos: encuadres opuestos pueden apelar a diferentes valores y significaciones vigentes dentro de una sociedad. Ninguno de los procesos que describimos tienen la eficacia de un mensaje inoculado al modo de una aguja hipodérmica, sino que se trata siempre de una lucha por el sentido a través de prácticas articularias (Laclau y Mouffe, 1985).

Para Aruguete el encuadre funciona, entonces, como un principio organizativo, socialmente compartido, que apela a la emocionalidad de los espectadores para activar ciertos marcos de referencia que instalen una valoración particular del hecho que se comunica (Aruguete, 2016). Retomando a Robert Entman “Encuadrar es definir problemas: diagnosticar sus causas o las fuerzas que los crean, hacer juicios morales al evaluar el agente que los causa, medir qué costos y beneficios implica y sugerir soluciones, ofreciendo y justificando un tratamiento y prediciendo sus resultados” (Entman, 1993, como se citó en Aruguete, 2016).

De estas consideraciones se desprende que el framing actúa no solo en la selección y el recorte de los temas, sino también en los niveles estructurales, sintácticos, secuenciales y retóricos de la construcción del discurso mediático. A partir de estas operaciones, implicadas en las condiciones de producción en tanto gramáticas específicas, el framing produce sentido en torno a la valoración y el estatus de verdad –verosimilitud– de una noticia.

Verón (2004) definirá a las condiciones de producción y reconocimiento como “los polos del sistema productivo de sentido”, cuya identificación permite reconstruir en el análisis cuáles son esos otros textos-discursos que otorgan significación más allá de los elementos presentes (40).

La construcción del verosímil

El 23 de mayo de 2021, Patricia Bullrich, presidenta del PRO, asistió al programa “La cornisa”, en el canal La Nación +, conducido por Luis Majul. El tema principal de la entrevista fue la pandemia de Covid 19 y, específicamente, las medidas tomadas por el gobierno nacional durante la emergencia sanitaria. Sin embargo, se abordaron también otros tópicos, que fueron recuperados tanto por la ex ministra como por el periodista.

La entrevista comenzó con una pregunta disparadora por parte de Luis Majul: “¿Cómo se puede seguir viviendo así?”. Si bien la pregunta no especificó a qué estaba orientada, la respuesta de Patricia Bullrich fue una crítica directa al gobierno encabezado por Alberto Fernández. El primer tópico partió, entonces, de la mención al cansancio que –según Bullrich– todo el país tenía por el agotamiento

de todas nuestras reservas: reservas de salud mental, reservas económicas, reservas de en la convivencia de familias que están con sus hijos sin educar, reservas económicas de aquellos que tienen que cerrar su negocio, su comercio, su restaurant, profesionales que no tienen cómo trabajar (Bullrich, 2021).

Surgió, en ese momento, la primera mención en la entrevista acerca de la educación en el contexto de pandemia. Sin embargo, no fue la primera vez que se habló, desde la oposición, de la educación. El discurso acerca de la falta de clases, aludiendo a la educación sostenida de manera virtual –y no presencial, como tradicionalmente se realizan– fue recurrente en el espacio de la Alianza Cambiemos, desde agosto del año 2020.

Por ejemplo, el 27 de enero del corriente año, el ex-presidente Mauricio Macri, sostuvo que “Estamos así por la impericia del gobierno que tomó una secuencia de decisiones erradas en casi todos los temas que nos hicieron perder un año completo de escuelas” (2021). Unos días después, el 9 de febrero, Cambiemos organizó una jornada de movilización con “aulas abiertas”, que estuvo encabezada por Patricia Bullrich (PRO), Alfredo Cornejo (UCR) y Maximiliano Ferraro (Coalición Cívica).

De hecho, el 28 de mayo de 2021 –en la misma semana que la entrevista que estamos analizando– Horacio Rodríguez Larreta anunció el retorno completo a las clases presenciales en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para el nivel inicial y el nivel primario, en contraposición a lo decretado por el gobierno nacional. En ese momento, CABA se encontraba, según el Decreto 167/2021 de Emergencia Sanitaria, en “alerta epidemiológica y sanitaria”, por lo que debía continuar con la educación de manera virtual.

En la cita de Patricia Bullrich recuperada anteriormente, se ignoró –al igual que en los demás reclamos de la alianza Cambiemos–, al hablar de “hijos sin educar”, el sostenimiento de la educación mediante la modalidad virtual en todos sus niveles, lo que se repitió más adelante. Bullrich mencionó que, en todo el país, solo hubo tres días de clase durante la cuarentena, sin especificar que el número que recupera se trata solo de clases presenciales. Es llamativo el contra ejemplo que utiliza la presidenta del Pro: menciona los días de clases que tuvieron Japón y Francia, países con gobiernos que pueden identificarse, en líneas generales, con la centro derecha o el liberalismo. Este tema lo incorpora, además, a una de las que considera causas de agotamiento de todos los argentinos.

La ex ministra también habló de un “no gobierno”, y acusó al oficialismo de no haber tenido ningún tipo de planificación acerca de su actuación frente a la pandemia: “todos

sabemos que si hubiese habido una planificación, si se hubiese seguido una ruta, un camino, respecto a que no hubiéramos tenido la cuarentena que tuvimos el año pasado, el cierre de las aulas del año pasado” (Bullrich, 2021).

Otro de los ejes temáticos de la entrevista tuvo que ver con la inundación de una zona de La Matanza. Majul introdujo el tema mostrando un video de la calle anegada –cómo una afirmación más que como una pregunta– de la siguiente manera:

[...] esto es Virrey del Pino, La Matanza, ¿lo podemos ver por favor? La Matanza, ya saben, ¿no? No sé cuál es, la quinta, sexta Provincia de la Argentina por la cantidad de habitantes. Yo tengo los datos... La Matanza tiene el 53% de subejecución del presupuesto. Miren lo que es eso. Miren lo que es eso, tiene el equivalente de 123 millones de dólares guardados en un banco que, después, Cristina y los chicos grandes de la Cámpora - proyecto nacional y popular- hablan de los banqueros, del financiamiento, del sector financiero. Los tienen guardados. Están sentados ahí, como en algún momento Nestor Kirchner se sentó en los fondos de Santa Cruz. Y miren como Virrey del Pino, en La Matanza, no sé cuánta lluvia cayó en los últimos días. Ese es el corazón del proyecto político y electoral de las próximas elecciones del oficialismo, del gobierno nacional, del gobierno de la provincia, de Cristina y del oficialismo (Majul, 2021).

En este pasaje, el conductor de La Cornisa no solo introdujo un tema, sino que ofreció una interpretación: no es una calle inundada, sino que es –según él– una prueba irrefutable de la desidia y la corrupción en el manejo de los fondos públicos del Partido de La Matanza. Profundiza esta perspectiva haciendo referencia a una supuesta contradicción discursiva por parte del kirchnerismo y destaca continuidades en este tipo de manejos. Trata de establecer una regularidad en las prácticas de cierto sector del arco político que irían desde el desempeño del ex presidente Nestor Kirchner –cuándo ostentó el cargo de Gobernador de Santa Cruz– hasta la intendencia de Mayra Mendoza. Nuevamente, es posible comprender que el sentido que se pretende imponer es el de que todas las personas asociadas al kirchnerismo son corruptas, lo que tiene consecuencias materiales en la vida de las personas.

La cuestión de la inundación en Virrey del Pino fue el pie para que Patricia Bullrich realizara otra crítica a la cuarentena impuesta por el Gobierno Nacional, esta vez en relación a sus consecuencias económicas. Por un lado, mencionó irónicamente la consigna utilizada por el Presidente Alberto Fernández “Quedate en casa”, haciendo referencia a las malas condiciones de vivienda de buena parte de la población. Acto seguido, afirmó que el ATP (Programa de Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción) –medida implementada por la gestión Fernández mediante el decreto 3332/2020– alcanzó a 1.690.000 trabajadores durante el 2020 mientras que, en el momento de sus declaraciones, brindaba ayuda a 290000 personas. Luego afirmó:

El gobierno, yo no sé, quiere que todo el país sea empleo público que, además, todavía el presidente de la nación no se bajo un, ni un peso de su sueldo. No tuvo ni siquiera, a ver, la empatía, la cercanía, de decir “yo me bajo el sueldo” [...] (Bullrich, 2021).

En esta declaración, lo que expuso Patricia Bullrich no fue solo una crítica al alcance de las medidas del Gobierno, sino la atribución de una connotación negativa al empleo público. En líneas generales, el planteo fue que la cuarentena fue una mala medida, porque no tuvo en cuenta las condiciones de vida de los trabajadores, y que las ayudas al sector fueron insuficientes.

Respecto al empleo público, es conocida la postura de este espacio político: no hace mucho, la ex ministra de seguridad declaró que “La cuarentena nos enseña que hay un montón de gente en el Estado que si no vuelve a sus lugares de trabajo no se da cuenta nadie” (Bullrich, 2020). Por otro lado, en septiembre de este año, y en su calidad de Presidenta del PRO, afirmó que “Nosotros no somos el proyecto de la casta política, empleo público y plan social” (Bullrich, 2021). Esto da cuenta de que no son pocas las ocasiones en que la referenta del espacio liderado por Mauricio Macri ha evidenciado la visión negativa del Estado en su dimensión de garante de derechos.

A la posición anti estatista de Bullrich se sumó la voz de Majul haciendo una referencia a la supuesta corrupción de la Vicepresidenta Cristina Fernández de Kirchner: “Cristina diciendo que no va a cobrar el sueldo de vicepresidenta y lo hace para cobrar –lo denunciemos acá por primera vez– las dos jubilaciones de privilegio”. De esta forma, se ve cómo se enlazaron, en esta propuesta de encuadre, los dos tópicos neoliberales por excelencia: la ineficiencia del Estado y la corrupción de los sectores que bregan por ampliarlo.

Posteriormente, Bullrich trajo a colación el caso del dueño de un restaurante de Tucumán al que, sostuvo, detuvieron porque “fue y abrió” (2021). Se trata de Guillermo Frates, del local gastronómico “Tarantino”, quien abrió su negocio para la atención presencial de forma directa, en contra del decreto presidencial -al que adhirió el Gobierno de Tucumán y que permitía la atención solo mediante la modalidad de envíos a domicilio. La detención fue, según el reporte policial, por posibles “delitos contra la Salud Pública, como incumplimiento del confinamiento, infracción de las normas de emergencia sanitaria y propagación de enfermedades”⁽¹⁾.

A partir del caso mencionado, Majul preguntó por las fuerzas de seguridad, en relación a “esas guerras entre narcos” en Lugano. Bullrich apeló nuevamente a la premisa del agotamiento, y respondió que

Están muy tristes, se sienten muy solos. No los han vacunado prácticamente a ninguno. En Formosa vacunaron a los presos con segunda dosis y no vacunaron a ningún miembro de las Fuerzas de Seguridad ni a la prefectura, ni a la gendarmería, ni a la policía federal (Bullrich, 2021).

Es posible destacar, por un lado, que “vacunaron a los presos con segunda dosis” fue instalado como otra problemática en el manejo de la pandemia –en este caso, tanto responsabilidad del Gobierno Nacional como de Gildo Insfrán, gobernador de Formosa–. En

(1) Recuperado de <https://www.eltribunotucuman.info/detuvieron-por-segunda-vez-en-el-dia-al-dueno-del-bar-ubicado-en-ejercito-y-mendoza/>

primer lugar, es necesario recuperar la noción de que el acceso a la salud es un derecho humano universal y, en segundo término, que el único derecho que pierde una persona privada de su libertad –de manera temporal– es el de circular. Por consiguiente, la comparación de Patricia Bullrich implica una categorización alejada de la realidad jurídica, fundada en prejuicios y valores personales.

Por otra parte -y acerca de la escasa vacunación del personal policial que mencionó la ex ministra- el 21 de febrero de 2021, Aníbal Gómez, ministro de la Comunidad a cargo Desarrollo Humano en la provincia de Formosa⁽²⁾, informó que se encontraba vacunado, a la fecha, el 83,8 % del personal de salud y policial, ya inmunizados con ambas dosis. Sobre otras provincias, también sostuvo que

Por debajo de Formosa se encuentran otras provincias como Buenos Aires con un 70,6 por ciento del personal de salud y policial vacunado; Corrientes con un 69,2, Santiago del Estero con un 67,4 y Entre Ríos con un 66,8 por ciento (Bullrich, 2021).

En esta oportunidad, la presidenta del PRO dio a entender que hay falencias en la campaña de vacunación y se centró en la provincia de Formosa, gobernada por el dirigente peronista Gildo Insfrán. Nuevamente, es posible ver cómo se buscó ligar, con la elección de la provincia mencionada, un presunto mal desempeño en la gestión de las vacunas con un determinado sector de la política.

Luego, se retomó la cuestión del narcotráfico. Como caso testigo, se presentó un tiroteo en el Barrio Padre Mugica, presuntamente ligado al tráfico de drogas. El siguiente diálogo se dio entre Majul y Luis Gasulla, periodista que también forma parte del programa:

Luis Gasulla: Bueno, hubo tiros de todo tipo. Hay una platea en barrio Padre Mugica.

Luis Majul: ¿Qué es una platea? ¿Una platea de fútbol? ¿Cómo?

Luis Gasulla: Una platea es una parte del monoblock que, en su momento, construyó Sueños Compartidos, de Hebe de Bonafini y Shocklender, que fueron tomando los narcotraficantes durante los últimos años. ¿Por qué? Porque a los vecinos nadie controló que siguiesen teniendo esas casas, y las empezaron a vender por poca plata a los narcotraficantes que, en su momento, perdieron peso en la villa 1 11 14, y empezaron a instalarse aquí en Lugano. Por eso las Fuerzas de Seguridad estaban buscando a los cómplices de Martínez Estrada, un narcotraficante condenado a 24 años de prisión.

En este caso encontramos, nuevamente, la ligazón entre una situación que pone en peligro el bienestar de una comunidad y personas ligadas al kirchnerismo. Hubo una atribución de responsabilidad a la gestión de esas propiedades por parte de la Madre de Plaza de Mayo Hebe De Bonafini y Sergio Shocklender.

Luis Majul: Gracias, Luis. Los narcos están en todos lados, ¿no? Estuvieron en todos lados, ¿no? Ahí y en la provincia están, todavía están.

(2) Recuperado de <https://www.pagina12.com.ar/325644-coronavirus-formosa-es-la-provincia-con-mayor-indice-de-vacu>

Patricia Bullrich: Bueno, esto es una filosofía. En nuestro gobierno, nosotros decidimos darle a toda la cadena de narcotráfico, tanto en las fronteras como lo que se llama el narcomenudeo. El narcomenudeo tiene muchos más problemas y mucha más violencia, por eso nosotros habíamos hecho un programa que se llamaba “Barrios seguros”, donde habíamos llegado –en el 2019– a que en la 1-11-14 no hubiese un solo homicidio, ni uno solo, cero homicidios, y, en la 21-24 –que estaba la prefectura, en la 1-11-14 estaba la gendarmería, ya se fueron de todos lados–, en la 21-24 que estaba la prefectura el año pasado hubo la misma cantidad de muertos que tuvimos nosotros en cuatro años. Es decir que la filosofía de no condenar el narcomenudeo significa el avance de la muerte, de la toma territorial y de la construcción de zonas liberadas y manejadas por el narcotráfico. Este retroceso es terrible, terrible, no solamente aquí sino en todo el país.

En primer lugar, llama la atención que lo que Patricia Bullrich llamó “filosofía” es un eufemismo para “decisión política”. No es la primera vez que se puede ver a los miembros del PRO alejarse discursivamente de la palabra política. En este comportamiento se corrobora lo dicho al principio de este trabajo: la ideología neoliberal necesita de la despoliticización de la sociedad. Se busca anular o minimizar la movilización social organizada a través de un discurso que no solo niega la política –al mismo tiempo que la hace– sino que le otorga una significación negativa.

En este fragmento, lo que señaló la ex ministra de seguridad fue que no solo su gestión fue superior en términos comparativos con respecto de la actual, sino que la actuación del gobierno de Alberto Fernández tiende a “dar vía libre” a determinados delitos. Adjudica al retiro de las fuerzas de seguridad de ciertos sectores como una especie de anuencia por parte del oficialismo a la existencia del narcomenudeo en las villas.

En consonancia con lo mencionado, también fue incorporada a la conversación la causa judicial acerca de la política pública “Qunita”. Esta fue recuperada por Majul para mencionar que el entonces Ministro de Salud de la Provincia de Buenos Aires, Daniel Gollán, estaba procesado. La respuesta de Patricia Bullrich fue que no conocía el estado de la causa y que tampoco conocía al ex ministro, pero que “es una persona que no tiene la más mínima empatía con la sociedad y que ha llevado al extremo todas y cada una de sus decisiones” (2021).

A partir del repertorio de temas de la entrevista y el abordaje que se hizo de los mismos, fue posible, para Luis Majul y Patricia Bullrich, la construcción de un escenario que facilitara la credibilidad de la que fue la noticia principal: Bullrich acusó al ex Ministro de Salud de La Nación, Ginés Gonzáles García, de solicitar la intervención de un mediador –designado por él– con la finalidad de obtener retornos por la gestión de las vacunas, en el marco de las negociaciones con la empresa Pfizer.

Si se acepta –recuperando a Entman en Arugete (2016)– que “encontrar es definir problemas” y que no solo tiene que ver con enunciarlos sino con adjudicar causas, efectos y posibles soluciones, puede verse a las claras que es una constante en el caso analizado. Durante toda la nota, tanto el periodista como la entrevistada, comentaron situaciones puntuales, particulares y las presentan, o bien como indicadores de la corrupción del kirchnerismo, o bien como una muestra de la ineficiencia del Estado.

La denuncia sobre las negociaciones con Pfizer

El punto álgido de la entrevista consistió en la acusación de Patricia Bullrich al ex Ministro de Salud de La Nación. A partir del comentario de la ex Ministra, quien citó a la Diputada Nacional y Secretaria Parlamentaria del Interbloque Juntos por el Cambio, Silvia Lospennatto, para determinar que era una “criminalidad no haber comprado las vacunas de las que participamos” (Bullrich, 2021), Luis Majul contó que había

recibido un audio de una persona que, aparentemente, estaba ahí en el grupo de los expertos, que Pfizer estaba trabajando con voluntarios y hay una hipótesis, y yo no sé si es verdad, que están diciendo que Pfizer no proponía nada extraño. Si que la vacuna llevara un GPS, que tuviera una especie de GPS para que cada uno supiese a donde iba a esa vacuna, que se trasladara en aviones sanitarios. Osea, un ejercicio de distribución y aplicación de la vacuna que no diera ningún lugar a utilización político partidaria (2021).

Bullrich, entonces, sostuvo, ante la negativa del gobierno de aceptar las condiciones de Pfizer, que “eso tiene una explicación, eso se llama en cualquier lugar del mundo querer tener un retorno de esa vacuna” (2021). Ante la repregunta del periodista, acerca de si estaba acusando a Ginés González García, respondió que “esa vacuna no está en la Argentina porque no hay un argentino con quien hablar que le pudiera dar parte de eso” y aseguró que “de eso no tengo la menor duda y, además, eso es criminal y eso lo tienen que investigar los fiscales de nuestra Nación” (Bullrich, 2021).

A eso, Patricia Bullrich agregó que

si llaman a los de Pfizer Argentina y los de Pfizer Estados Unidos, ellos van a decir la verdad, ellos no van a mentir como nos está mintiendo Cafiero o como nos mintieron diciendo que eran por otras cosas. No van a mentir, ahí el pueblo argentino va a saber que este gobierno decidió que siguiesen las muertes en la Argentina por no comprar una vacuna con las condiciones no éticas que planteaba el ministro Ginés González García (2021).

Patricia Bullrich, por un lado, presentó la decisión de no comprar vacunas a Pfizer como la voluntad del gobierno argentino de que “siguiesen las muertes” (2021) y, por el otro, invitó a verificar la información. Sin embargo, lo postulado por la dirigente del PRO fue rápidamente desmentido por la misma empresa: al día siguiente de la entrevista, publicaron un comunicado en el que afirman que “Pfizer no ha recibido peticiones de pagos indebidos en ningún momento” y, aclara, que “la compañía no cuenta con intermediarios” para la provisión de la vacuna Covid- 19 (2021).

No obstante el descargo de la empresa norteamericana, al día siguiente, 24 de mayo, la Presidenta del PRO dio declaraciones en el programa de Eduardo Feinmann, nuevamente por la señal de LN+. En la nota, esta vez realizada de forma telefónica, Bullrich ratificó sus dichos de la siguiente manera:

las 14 millones de vacunas no llegaron a la Argentina porque el Ministro Ginés González García y su equipo, entre los cuales hay funcionarios que trabajaron con Zigman, decidieron no firmar ese contrato si no era a partir de la existencia de un intermediario, que era el que les garantizaba el modelo o el ducto o la matriz de la corrupción kirchnerista

Esta idea de “matriz de la corrupción kirchnerista” es la que había sido construída con anterioridad, con la exposición, en la entrevista realizada por Luis Majul, de múltiples noticias –verdaderas o no– que tenían el propósito de demostrar la incapacidad de un sector político, para realizar, posteriormente, la acusación de corrupción. Bullrich, a partir de esto, anunció que su denuncia mediática sería llevada a la justicia como parte de una causa más amplia impulsada por el Diputado Jorge Enríquez. Días antes, a principios del mes de mayo, otra causa presentada por el mismo legislador –que consistía en una denuncia por “manejo desgraciado de la pandemia” y databa de diciembre del 2020– había sido desestimada.

Consultada por Eduardo Feinmann sobre las pruebas que tendría para realizar semejantes afirmaciones, la ex ministra de seguridad aseguró que “el mayor testigo es que el contrato no se firmó” (Bullrich, 2021). En ningún momento pudo dar cuenta de pruebas materiales o testigos presenciales de los hechos denunciados. Horas antes, el Presidente Alberto Fernández había anunciado que iba a llevar a justicia a Patricia Bullrich por sus dichos.

La intención del espacio de Cambiemos fue incorporar la denuncia por pedido de sobornos a la empresa Pfizer, a la causa en la que ya estaban trabajando Enriquez y Omar Demarchi y que fue presentada el día 2 de junio, para la investigación de la compra de vacunas y las negociaciones con el fondo COVAX. Enriquez explicó:

vamos a seguir adelante con esto hasta que se investigue la verdad, porque eso es lo que nos interesa saber: no solamente porque se contrataron vacunas aviesamente sino

porqué se contrataron con algunos laboratorios si y, a otros, por la simple introducción de una palabra (2021).

Es destacable que, a principios del mes de octubre de este año, el mismo diputado presentó otra denuncia penal contra Alberto Fernández por enriquecimiento ilícito, basada en el monto que se pagó por tasas de justicia en el marco de la causa contra Patricia Bullrich. La causas vinculadas a la gestión de las vacunas estaban en manos del Juez Julián Ercolini y el fiscal Guillermo Marijuan, protagonistas de la persecución judicial a Cristina Fernández de Kirchner.

A modo de cierre

El objetivo inicial de este trabajo consistió en analizar ciertos aspectos de las condiciones de producción de la noticia que tienden a construir un verosímil que, después, sirve de marco para la exitosa implantación de fake news. Éstas constituyen uno de los elementos más importantes del *lawfare*, en la medida en que su difusión y aceptación como información verosímil permite que la opinión pública no oponga resistencia a la persecución judicial en contra de aquellos integrantes de arco político considerados progresistas.

Para ello, la investigación se centró en detectar cómo opera –en este caso particular, motivado desde el discurso político– el encuadre en la construcción del mensaje televisivo. Con una lectura de los productos comunicacionales desde la teoría del framing, se encuentran mecanismos particulares que tienen como propósito generar sentidos.

Como mencionamos más arriba, no se pretende postular que los procesos de construcción de sentido son unidireccionales. Todo lo contrario: entendemos que los procesos de significación abarcan un conjunto de fenómenos complejos y siempre atravesados por el poder y la cultura. Se parte desde la idea de que lo social es discurso y que es en este ámbito en el que se dan las prácticas articuladoras que constituyen la lucha por la hegemonía (Laclau y Mouffe, 1985).

No obstante, no pueden analizarse estas cuestiones dejando por fuera la dimensión del poder real y la correlación de fuerzas. Nuestro país presenta una alta concentración de medios de comunicación, lo que redundan lisa y llanamente en que el poder de enunciación se encuentra fuertemente restringido a un sector de la sociedad.

Dicho de otro modo: el *lawfare* es una estrategia utilizada por el poder real, en función de los objetivos imperialistas de impulsar el orden neoliberal en nuestra región, que se sirve

de mecanismos de significación, desde los medios de comunicación masivos –concentrados y hegemónicos–, para generar tolerancia a la proliferación de noticias falsas y al ulterior socavamiento del Estado de Derecho.

Esta tolerancia es condición de posibilidad del *lawfare*: estas mentiras flagrantes solo pueden ser bien recibidas a partir de la construcción de un verosímil, en tanto relato integral, que evite una reacción adversa, sobre todo bajo la forma de movilización social. Los medios de comunicación plantean como posible lo que luego el Poder Judicial dará como cierto.

Referencias

- Aruguete, Natalia** (2016). El poder de la agenda (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Biblos).
- Bullrich, Patricia** (2021). Bullrich: "El Gobierno es muy cruel con la gente que trabaja". Con Luis Majul. Recuperado de https://www.youtube.com/watch?v=fkb_7iKo8CE
- Bullrich, Patricia** (2021). Bullrich: "Nosotros no somos el proyecto de la casta política, empleo público y plan social". Recuperada de <https://www.adnsur.com.ar/chubut/sociedad/bullrich--nosotros-no-somos-el-proyecto-de-la-casta-politica--empleo-publico-y-plan-social--a61368415056c48737c580931>
- Caamaño, Cristina, Zaffaroni, Raúl Eugenio, Vegh Weis, Valeria** (2020). Bienvenidos al *lawfare*. (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Capital Intelectual)
- Carnino, Mariela, Ghea, Maria Elisa, Novoa, Julieta y Petto, Paola** (2018). "Plan Atlanta. La construcción del discurso de corrupción y crisis". En Actas de Periodismo y Comunicación, Vol. 4, N.º 2.
- Decreto N 167/2021. Prórroga de la Emergencia Sanitaria. 11 de diciembre de 2021. Recuperado de <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-167-2021-347809>
- Esteche, Fernando y Dagorret, Ana Laura** (2021). Manual breve de geopolítica. Declinacionismo, redespliegue y multipolarismo. (La Plata: Ediciones de Periodismo y Comunicación).
- Laclau, Ernesto y Mouffe, Chantal** 2015 (1985). Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica).
- Romano, Silvina** (2019). "*Lawfare*, judicialización de la política y neoliberalismo en América Latina". Silvina Romano. *Lawfare*. Guerra judicial y neoliberalismo en América Latina. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Centro estratégico latinoamericano de geopolítica (CELAG).
- Salas Oroño, Amílcar** (2019). "Juristocracia y ámbitos de aplicación en el *lawfare* brasileño". Silvina Romano. *Lawfare*. Guerra judicial y neoliberalismo en América Latina. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Centro estratégico latinoamericano de geopolítica (CELAG).

Télam (27 de enero de 2021). Trotta calificó de "cínico" a Macri, tras sus cuestionamientos a la política educativa. Recuperado de <https://www.telam.com.ar/notas/202101/542752-trotta-califico-a-macri-de-cinico-politica-educativa.html>

ALVARO ABERASTEGUI GRIGIONI* - CLAUDIA CASTRO TERINA**

NOELIA CARRANZA***

Aparato mediático y Poder Judicial

Estrategias y herramientas discursivas al servicio del *lawfare*

La presente ponencia es presentada en el marco del desarrollo de las Primeras Jornadas Internacionales Desafíos en el Campo de los Derechos Humanos.

Nuestro trabajo busca analizar las estrategias y métodos empleados por dos medios de comunicación, en sus versiones gráficas impresas, específicamente los titulares publicados por La Nación y Diario Clarín. Se tomaron como objeto empírico los encabezados publicados durante los meses de enero, febrero y marzo del año 2021, en el marco de la construcción de un conflicto político entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial del Estado argentino.

Disputa que se desarrolló principalmente en relación a tres ejes principales

- La causa penal por administración fraudulenta, favorecimiento de intereses particulares y perjuicio de la administración pública, en torno a la venta de dólares (también conocida como "Causa Dólar Futuro").
- La causa judicial por la adquisición y negociaciones incompatibles con el servicio público de la ex imprenta Ciccone Calcográfica (popularmente denominada Causa Ciccone).

(*) Estudiante de la Licenciatura en Comunicación Social. Orientación en Planificación Comunicacional de la Facultad de Periodismo y Comunicación Social. Universidad Nacional de La Plata.

(**) Estudiante de la Licenciatura en Comunicación Social. Orientación en Periodismo de la Facultad de Periodismo y Comunicación Social. Universidad Nacional de La Plata.

(***) Estudiante de la Licenciatura en Comunicación Social. Orientación en Periodismo de la Facultad de Periodismo y Comunicación Social. Universidad Nacional de La Plata.

- El proyecto de ley de reforma judicial, impulsado por el Poder Ejecutivo el 30 de julio del año 2020.

En este sentido, el marco teórico metodológico de la investigación se encuentra ligado al análisis discursivo teniendo en cuenta su relación con los procesos sociales y políticos del contexto y coyuntura.

Siguiendo esta línea desarrollaremos los conceptos claves que dan cuerpo a nuestro marco teórico.

El concepto de *Lawfare*, acuñado en 2001 por el general estadounidense Charles Dunlap, refiere a una estrategia de golpe blando, mediante la implementación del poder judicial, en conjunto con campañas mediáticas de desprestigio, deslegitimación, guerra psicológica, para la fractura institucional de gobiernos populares o progresistas. Comprendemos que este concepto aún está en definición, sin embargo, todas las perspectivas retomadas tienen en común métodos, e instituciones empleadas para este tipo de maniobras políticas.

Partiendo de esta premisa, las palabras de Marianela Daraio nos aportan una perspectiva interesante, al definir el *lawfare* como la “utilización de recursos judiciales en particular, causas por corrupción para la persecución, encarcelamiento y proscripción de líderes y militantes políticos del campo popular” (Daraio, 2021:3).

El Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica (CELAG), institución dedicada a la investigación, estudio y análisis de fenómenos políticos, económicos y sociales de América Latina, define al *lawfare* como “una guerra política por la vía judicial-mediática, con intereses económicos, políticos y geopolíticos ocultos a la opinión pública. Incorpora jueces, corporaciones de la comunicación, periodistas y líderes de opinión, policías, embajadas y agentes de inteligencia (local y extranjeros)”.⁽¹⁾

El jurista argentino y ex miembro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Eugenio Raúl Zaffaroni aporta una perspectiva interesante respecto a la finalidad perseguida por los mecanismos del *lawfare*. Expresa que “la habilitación descontrolada del poder punitivo contra políticos tiene por objeto lo que se llama la antipolítica, o sea, hacer creer a los pueblos (subestimados por ellos como “débiles mentales”, “siempre inferiores”) que los políticos son todos corruptos. [...] Paralelamente, conforme al manejo prestidigitador de la selectividad punitiva, la obturación meticulosa del poder punitivo frente a las macro corrupciones siderales de los personeros locales del totalitarismo financiero, permitiría que los pueblos (supuestamente “de poca inteligencia”) acabasen creyendo que los máximos corruptos son los únicos “puros” y virginales. [...] La corrupción como mal cósmico y la política el nuevo Satán al que abrazan los políticos populares” (Zaffaroni et al., 2020: 48).

(1) <https://www.celag.org/observatorio-lawfare/>

“Denunciar el *lawfare* no implica, en ningún momento, negar los conflictos políticos, las contradicciones, carencias o hechos de corrupción que pueden existir en todo proyecto político, incluso en los progresistas o populares. La diferencia es que en lugar de producirse un debate democrático, plural y una búsqueda de justicia apegada al debido proceso, a la Constitución y a Tratados Internacionales de Derechos Humanos, se ejerce una estrategia ilegal es articulada desde los sectores concentrados del poder nacional e internacional con fines de recuperar el control del Gobierno y de conquistar la agenda pública, aún por golpes de Estado o con persecuciones judiciales, para imponer nuevamente planes económicos y culturales neoliberales, de flexibilización laboral, restricción de derechos, pérdida de libertades, limitación de la democracia, etc.” (Estepa et al., 2020: 76).

Respecto al concepto de Medios de Comunicación coincidimos con Rafael Yanes Mesa en que “la actividad periodística es una actividad persuasiva, ya que siempre tiene la intención de conseguir un efecto determinado en el público. Todo escrito periodístico es un acto de interpretación, y, por tanto, subjetivo, es decir, los medios de comunicación no son meros transmisores de la verdad, sino que ofrecen versiones de la realidad. Hay que tener en cuenta que los textos netamente informativos ofrecen una persuasión implícita al ofrecer una determinada titulación y una ubicación concreta con las que se intenta inducir al lector hacia determinados valores, mientras que los géneros de opinión contienen interpretación de los hechos de forma explícita. Se puede afirmar que el periodismo, en todos sus géneros, es interpretación de la realidad” (Yanes Mesa en Diezhandino, 2007:2).

Retomamos la afirmación de Yanes Mesa, puesto que como afirma, la interpretación ofrecida por los titulares, la composición estratégica y tendenciosa presente en nuestro objeto empírico, no pasan desapercibidos. Consideramos relevante su perspectiva para analizar los métodos y estrategias empleados en las portadas de Diario Clarín y La Nación, no solo para los titulares centrales, sino también las notas aledañas a estos. “Un texto de opinión siempre tiene un fondo persuasivo con el que su autor trata de convencer al receptor de la bondad de su exposición” (Yanes Mesa, 2007:2).

De esta manera, no debe perderse de vista que estas interpretaciones de la realidad, no constituyen una mera transmisión objetiva de hechos, sino que existen intereses que orbitan de manera continua al funcionamiento de los medios. “Los medios no transmiten lo que ocurre en la realidad social, sino que imponen lo que construyen del espacio público. La información es esencialmente una cuestión de lenguaje, y el lenguaje no es transparente, presenta su propia opacidad mediante la cual se construye una visión y un sentido particular del mundo. (...) Los medios, si son un espejo, sólo son un espejo deformante o, más bien, son varios espejos que (...) dan testimonio, cada uno a su manera, de una parcela amplificadas, simplificada o estereotipada del mundo.” (Valentino et al. en Charaudeau, 2016: 45).

Siguiendo con esta línea de pensamiento, debemos tener en cuenta que los medios de comunicación retomados en el presente trabajo son, en concordancia con las palabras de María Elisa Ghea, “actores políticos, económicos, empresariales, sociales y que influyen en la construcción del sentido común y en la cosmovisión que una sociedad pueda tener sobre los problemas de un momento histórico; que el Poder Judicial es el poder por excelencia que debe bregar por los debidos procesos y garantía de los derechos constitucionales; que la democracia de los países depende del transparente funcionamiento de las instituciones de la República” (Ghea, 2019: 10).

En cuanto a Democracia consideramos que es parte esencial del funcionamiento del Estado en el área de gestión territorial y para la gestión desempeñada por los tres poderes que lo conforman (Legislativo, Ejecutivo y Judicial). A lo que se adhiere la participación de la sociedad civil. De esta manera, el concepto se vuelve central para el planteo de nuestro trabajo, puesto que el fenómeno *lawfare* y las estrategias desplegadas para el desprestigio de actores políticos, repercuten directamente en la construcción de imaginarios sociales que sitúen a determinados líderes populares y a la misma política, como entes causante de todos los males atravesados por la sociedad.

Como explica la autora antes citada “el fenómeno de *lawfare*, y su poder, influye en la conceptualización que la sociedad civil tiene sobre los gobiernos que administran los Estados; de la política como herramienta de transformación de la realidad y de la participación ciudadana en la vida pública, ya que luego de diversas crisis de representación y legitimidad, el discurso que propician determinados grupos de presión y de poder es que lo político es igual a corrupción. Este discurso se impregna en los imaginarios sociales y en el sentido común. Por lo tanto, en principio, el fenómeno de *lawfare* o guerra jurídica es un problema político por excelencia para la democracia y a la cosmovisión que se tiene sobre su sistema de gobierno. La democracia necesita de la participación de la ciudadanía para consolidarla, mejorarla y transformarla si es necesario y estos discursos que impregnan en lo colectivo intentan paralizar, impedir esta importante participación. (Ghea, 2019: 25).

Las crisis de representatividad y el sentido común construido en torno a “la política como origen de la corrupción” apunta así a construir una sociedad despolitizada, condenada a una realidad en la que quienes participan en política, desempeñan un cargo, o se constituyen como líderes populares son corruptos. Perdiéndose de vista además cómo las estrategias desplegadas en medios vulneran derechos pasivos de la ciudadanía, como el acceso a la información.

Nuestro trabajo contempla una mirada de la comunicación en diálogo con los derechos humanos, y la política como instrumentos indispensables para el cambio social. De aquí la importancia en relevar el daño que implica la construcción de una sociedad despolitizada para el pleno funcionamiento de la democracia y la vulneración de los dere-

chos humanos. En este sentido, consideramos pertinentes las palabras de Ellen Wood Meiksins, al abordar una redefinición del concepto de democracia, como consecuencia del funcionamiento del capitalismo. Redefinición que limita el concepto a la constitucionalidad de un gobierno, la protección de las libertades civiles y un gobierno limitado, lo que conlleva perder de vista la dimensión social del funcionamiento de la democracia.

Así lo explica: “el punto central de esta definición de democracia es limitar el poder arbitrario del Estado a fin de proteger al individuo y la sociedad civil de las intervenciones indebidas de aquel. Pero nada se dice sobre la distribución del poder social, es decir, la distribución de poder entre las clases. En realidad, el énfasis de esta concepción de democracia no lo encontramos en el poder del pueblo sino en sus derechos pasivos; dicha concepción no señala el poder propio del pueblo como soberano sino que, en el mejor de los casos, apunta a la protección de derechos individuales contra la injerencia del poder de otros. De tal modo, esta concepción de democracia focaliza meramente en el poder político, abstrayéndolo de las relaciones sociales, al tiempo que apela a un tipo de ciudadanía pasiva en la cual el ciudadano es efectivamente despolitizado” (Wood, Ellen Meiksins, 2006: 397).

En sintonía con la reflexión de la autora, consideramos que la relación entre el funcionamiento de los medios de comunicación y la plena ejecución de los derechos humanos forma parte de esta dimensión social a la que alude. Pensar la comunicación en diálogo con los derechos humanos implica así contemplar la función periodística como servicio del bien común.

Como explica Marisa Rodríguez Abacéns: “existe una relación positiva entre derechos humanos y medios de comunicación. La función social que estos últimos llevan a cabo los coloca directamente ante las necesidades y demandas de los ciudadanos. La prensa juega un papel mediador entre la ciudadanía y el cumplimiento de sus derechos, el primero de ellos, el derecho a la información. Partimos aquí de la tarea periodística como servicio al bien común: las posibilidades de formar opinión pública y conciencia social, difundir hechos y facilitar el ejercicio de derechos o reivindicarlo, así como de la capacidad coactiva de los medios al publicitar abusos de violaciones”. (Rodríguez Abacéns, Marisa, 2009: 235).

Desarrollo

Antes de continuar, cabe mencionar que el presente trabajo es el inicio de una investigación que realizaremos en profundidad y a largo plazo. Lo presentado hasta el momento corresponde a la observación y recolección de las portadas de dos medios: diario Clarín y La Nación, durante un plazo estipulado de tres meses, enero, febrero y marzo, del año 2021.

La elección de este formato se explica dada la importancia que ambos medios poseen, junto a otros multimedios, al momento de la construcción de agenda diaria noticiosa. Al tratarse de oligopolios mediáticos, cuentan con medios gráficos impresos, digitales, radiodifusores y televisivos, que replican las temáticas y titulares centrales, a escala nacional. Clarín y La Nación son dos de los diarios más importantes de Argentina, con alcance nacional. Pero que, además, conforman un grupo de multimedios, especialmente Clarín, que abarca radio, televisión y servicios de telecomunicaciones. Clarín no es solo un medio de comunicación: es un grupo económico que concentra poder e intereses políticos.

En función de esto creamos matrices de análisis para la sistematización de las portadas, en relación a los siguientes ejes: la jerarquía dispuesta para cada temática antes mencionada, en relación con el contexto y los demás titulares; el lenguaje empleado para la construcción de sentido (cómo se enuncian ciertos temas, cómo se expresan en torno a figuras y grupos que detentan determinadas posiciones políticas).

A nuestro entender, la disposición de los titulares y el lenguaje empleado para referirse a ciertos temas, figuras y grupos, deja entrever el interés político de los medios observados. Brindar mayor o menor cobertura, o el uso de lenguaje que liga a figuras políticas con etiquetas como "corrupción", "impotencia", "polémica".

En líneas generales, la Reforma Judicial protagoniza la cobertura, en el marco de tiempo establecido. Si bien se presenta de manera dispar al comparar el abordaje realizado por ambos medios, a lo largo de los tres meses, la propuesta oficialista es acompañada por titulares que apuntan a la construcción de la vicepresidenta Cristina Fernández como una figura poderosa dentro del gobierno (con sus allegados/as como elementos de presión), en detrimento de la del Presidente Alberto Fernández, a quien se lo califica como "impotente", "solitario", "manipulable", en fin un gobernante que no gobierna. Siguiendo con esta idea, la propuesta de Reforma Judicial, en conjunto con la de crear una Comisión Bicameral para investigar a jueces, fiscales y miembros de la Corte Suprema, son reflejadas por La Nación como "ataques", "avanzadas oficialistas", llevadas adelante por Cristina y allegados/as, en contra del Poder Judicial.

Por un lado, resulta interesante observar que en ningún momento se busca explicar o profundizar en torno a la "Reforma Judicial", construida por estos medios como una herramienta de impunidad o indulto hacia las causas levantadas en contra de la vicepresidenta Cristina Kirchner, y funcionarios de su gobierno. La iniciativa presentada por Alberto Fernández busca descentralizar a la Justicia Federal, unificar fueros y cámaras, crear fiscalías y defensorías, transferir competencias a Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) y re-establecer pautas para garantizar la independencia de los jueces.

Ambas propuestas son enmarcadas por La Nación como si de un enfrentamiento bélico se tratase, construyendo a la vez una fricción interna en el gobierno, causada por las presiones del Kirchnerismo/Cristinismo (los titulares asocian ambos términos) en torno a las causas que afectan a ex-funcionarios (como la búsqueda de indulto a Amado Boudou), hacia funcionarios relacionados con el Poder Judicial (como la ex-ministra Monica Losardo), y finalmente al propio Presidente de la Nación.

Esta lectura es plausible si observamos los siguientes titulares, publicados a lo largo de los tres meses abordados:

La Nación: 05-01-2021

“Rechazo opositor a la embestida judicial de Fernández”

TENSIÓN: Advirtieron que el oficialismo busca garantizar “impunidad” para Cristina Kirchner.

Clarín: 02-01-2021

“Boudou criticó al Gobierno y pidió “solución política” para no volver a la cárcel”

El ex vicepresidente, cuya condena de prisión en la causa Ciccone fue confirmada por la Corte Suprema, dijo que pensaba “que a un año con este Gobierno en el poder no iba a ser así y advirtió que “a partir de febrero van a ir contra Cristina.

La Nación: 05-02/2021

“El Kirchnerismo avanza con el control de puestos claves en el Poder Judicial”

El Kirchnerismo dio ayer dos pasos decisivos en su intento de cambiar la fisonomía del Poder Judicial en especial en lo que se refiere a juzgados donde se tramitan causas de alto impacto político.

La Nación: 07/02/2021

“Ofensiva Kirchnerista para echar a fiscales que no controla”

Después de una pausa en enero, el kirchnerismo retomó la ofensiva política para incrementar su influencia en el Poder Judicial. A los avances de estos últimos días en posiciones claves del fuero federal, se suma una maniobra en curso para conquistar a la mayoría del jury de enjuiciamiento de fiscales, con el fin de remover a funcionarios que le resultan incómodos.

La Nación: 02/03/2021

“Fernández radicalizó su ataque a la Justicia y rompió con la oposición”

Dijo que el Poder Judicial “parece vivir en los márgenes del sistema republicano”, anticipó una denuncia penal contra Macri por el endeudamiento con el FMI y rechazó “críticas maliciosas” sobre el escándalo de la vacunación VIP.

03/03/2021

“El gobierno impulsa una comisión para investigar a jueces y fiscales”

“Embestida. La iniciativa es propulsada por el Presidente y enfrenta un fuerte rechazo en el Poder Judicial; Juntos por el cambio denunció que se viola la división de poderes: De Pedro advirtió a los magistrados que “o se transforman o se van”.

Clarín:

“Fernández habla en el Congreso presionado por la crisis judicial de Cristina”

El Presidente inaugura el período de sesiones ordinarias con un discurso fuertemente dirigido a la Justicia, en el que reclamará por la aprobación de las leyes de reforma Judicial y de la Procuración, trabadas en Diputados

Al respecto, consideramos oportuno lo expresado por Valeria Vegh Weis en un artículo publicado en la revista Pensamiento Penal, al desarrollar cómo el abordaje de ciertas temáticas de manera tendenciosa y mediante el uso de significantes cargados de sentidos negativos (como kirchnerismo, cristinista, corrupción, impunidad, entre otros), conforman una agenda mediática y corporativa, a partir de la cual se inculpa, enjuicia y sentencia, desde el escritorio de los/as periodistas:

“Sin perjuicio de la complejidad geopolítica y normativa de los procesos descriptos los medios de comunicación concentrados abordan la temática prescindiendo de los saberes penales y criminológicos. Siguiendo una agenda corporativa que muchas veces los y las excede, los y las comunicadores (y no los/as expertos/as) son quienes indican quién es el delincuente, qué es delito, y qué castigo se necesita. De esta forma, voluntaria o involuntariamente, los medios reafirman ideas distorsionadas sobre el delito y el castigo dándolas como verdad absoluta (fake news) en lo que constituye la llamada “criminología mediática”. (Vegh Weis en Zaffaroni, 2011: 16-17).

Otra característica que encontramos en este análisis es que el diario Clarín tiene en tapa menor cantidad de titulares referidos a la temática tratada anteriormente. A lo largo de estos tres meses se ve una marcada diferencia en cuanto a la forma e importancia brindada a los ejes observados. Si bien deja ver su postura crítica/opositora al gobierno de turno, emplea un lenguaje sesgado por esta posición, solo para abordar noticias referidas a casos de corrupción, causas penales, y las propuestas ya mencionadas. Al momento de hacer relevamiento sobre noticias de otros temas (como por ejemplo, referidas al plan de vacunación, reforma sanitaria, gestión de la pandemia, entre otros), no personaliza con la figura de Cristina Fernández o el Kirchnerismo/Cristinismo; sino que habla de “El Gobierno, o “Fernández” (para referirse al Presidente).

De acuerdo al contexto observamos que los ejes temáticos abordados en este trabajo están ubicados dentro de la jerarquía de la portada, como notas secundarias y en menor medida como principales según el mes. A pesar de enmarcarse así, contienen cierta relevancia, ya que además se encuadran en una agenda mediática de crítica sistemática a las políticas y acciones llevadas a cabo por el gobierno, lo cual en relación a la coyuntura, refuerza el clima de descontento. Conformando así una lectura global que afirma el mensaje que se quiere destacar.

Referencias

- CELAG, "Observatorio de *Lawfare* CELAG": <https://www.celag.org/observatorio-lawfare/>, consultado el 25 de octubre de 2021.
- Daraio Marianela (2021). "*Lawfare* y resistencias. Primeras aproximaciones para un análisis de los discursos de líderes latinoamericanos nacionales y populares acerca del *lawfare*" V Encuentro de Jóvenes Investigadores/as en Comunicación ENJIC Facultad de Periodismo y Comunicación Social, UNLP. La Plata, 25 de junio de 2021.
- Estepa, Maisonnave (2020). "Poder Judicial, medios de comunicación y política: *lawfare* en Argentina" Revista de pensamiento crítico en el ámbito del Derecho (Ecuador). Vol. 1, N°2. <https://revistas.utm.edu.ec/index.php/revistanullius/article/view/2685/2978>
- Ghea María Elisa 2019 "El método de *lawfare* para la persecución de Cristina", Tesis FPYCS – UNLP, La Plata, Buenos Aires.
- Meiksins Wood Ellen 2006 (2006). "Estado, democracia y globalización" (Buenos Aires:CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales). <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/formacion-virtual/20100720074721/19Wood.pdf>
- Rodríguez Abacéns Marisa (2009). "Medios de comunicación y derechos humanos: los hechos y los derechos" Revista Misceláneas Comillas (España) Vol. 67.
- Valentino, Fino 2016 (2016). "La información como discurso: Recorridos teóricos y pistas analíticas" (La Plata: Edulp). http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/46739/Documento_completo_.pdf-PDFA.pdf?sequence=1
- Veg Weis, Valeria (2021). "El *lawfare* como golpe por goteo: Un análisis desde la criminología crítica sobre democracia, sistema penal y medios en Latinoamérica" Revista Pensamiento Penal (Buenos Aires, Argentina). N°403
- <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/89569-lawfare-golpe-goteo-analisis-criminologia-critica-sobre-democracia-sistema-penal-y>
- Yanes Mesa Rafael (2007). "La comunicación política y los nuevos medios de comunicación personalizada" Ámbitos (Sevilla, España). N°16 <https://www.redalyc.org/pdf/168/16801620.pdf>

Zaffaroni, Caamaño, Vegh Weis 2020 (2020). "¡Bienvenidos al *Lawfare!* Manual de pasos básicos para demoler el derecho penal" (Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Capital intelectual).

ANALÍA ELIADES* – NATALIA FERRANTE**

Comunicación y democracia: mapeo de las tradiciones del campo en la región

Punto de partida: nuestra pertenencia institucional

En el abordaje de la comunicación y la democracia, en general, y en lo específico en el tratamiento del *lawfare* y los discursos de odio, creemos necesario destacar desde dónde hablamos, nuestro lugar de enunciación y pertenencia institucional.

En este marco es pertinente tener en cuenta que la Facultad de Periodismo y Comunicación Social de la Universidad Nacional de La Plata nació como Escuela Argentina de Periodismo en el año 1934. Es así, la primera Escuela de Periodismo de América Latina, con el valor agregado de su pertenencia a la Universidad Pública.

Nuestra Facultad sufrió –como todo el pueblo argentino– muy particularmente la última dictadura militar (1976-1983), período en el cual se la cerró durante un año y sufrieron la muerte y la desaparición numerosos profesores, personal no docente y estudiantes.

En el año 1994 pasó a constituirse como la primera Facultad de Periodismo y Comunicación Social de América Latina y en el año 1996 se inició el primer Posgrado Universitario en Comunicación y Planificación de Latinoamérica.

En el año 2009 inauguró la primera Carrera de Periodismo Deportivo de una Universidad Pública en América Latina, también ha sido pionera en la formación curricular en Comunicación Popular y Comunicación Digital.

(*) Doctora en Ciencias de la Información por la Universidad Complutense de Madrid (España). Especialista en Derechos Humanos (Facultad de Derecho, UCM), Periodista y Lic. Licenciada en Comunicación Social (FPyCS-UNLP), Abogada (FC.JySoc. UNLP). Docente de grado y posgrado de la Facultad de Periodismo y Comunicación Social de la Universidad Nacional de La Plata.

(**) Licenciada en Comunicación Social (FPyCS-UNLP). Investigadora. Docente de grado y posgrado de la Facultad de Periodismo y Comunicación Social de la Universidad Nacional de La Plata.

En estos ochenta y siete años de vida la Facultad ha sostenido una tradición académica que considera a la Comunicación como un Derecho, un derecho a la comunicación plural, accesible, democrática, con perspectiva de género, atenta a las necesidades de las grandes mayorías.

La profunda vocación latinoamericanista también la caracteriza: desde la conferencia inaugural de 1934 –dada por el gran pensador mexicano José de Vasconcelos– hasta la actualidad en la que cuenta con docentes y sobre todo un número creciente de estudiantes de los países hermanos: chilenos/as, colombianos/as, brasileños/as, bolivianos/as, peruanos/as, venezolanos/as enriquecen nuestras aulas y nos mantienen en vinculación permanente con la realidad latinoamericana.

Por nuestras aulas han transitado y transitan grandes periodistas y maestros de la Argentina y de América Latina: algunos de esos nombres como Gregorio Selser, Jesús Martín Barbero, Héctor Schmucler, Silvio Frondizi, Ana María Nethol y Alcira Argumedo junto a grandes periodistas y trabajadores del amplio campo de la comunicación.

En la actualidad la Facultad cuenta con seis carreras de grado de Comunicación y diecisiete posgrados junto con un Posdoctorado. La investigación y la extensión constituyen líneas de trabajo centrales que nos vinculan a los más diversos espacios académicos y territoriales.

Por otro lado, ha marcado su posicionamiento político en el campo de la comunicación pública, democrática entregando el Premio Rodolfo Walsh a presidentes latinoamericanos de la talla de Evo Morales y Hugo Chávez, y Rafael Correa, Dilma Rousseff y Cristina Fernández de Kirchner en reconocimiento por su labor en el ámbito de la lucha por el derecho a la comunicación, y sus aportes la comunicación popular.

Para quienes deseen profundizar sobre la identidad, producciones, realizaciones, recursos y las actividades de la Facultad, invitamos a visitar nuestra página web www.perio.unlp.edu.ar

Esta apretada síntesis del quehacer de la Facultad de Periodismo y Comunicación Social de la UNLP tiene especial relevancia puesto que en este trabajo nos centramos en las producciones, aportes y realizaciones académicas de lo/as docentes investigadores de la misma, con el fin de reconstruir la historicidad del campo de la comunicación en clave epistemológica y la convicción de que no existe construcción de un campo disciplinar deslindado de los procesos sociales, políticos y culturales que le dan sentido a las diversas coyunturas epocales.

La concentración mediática como vía de censura

El *Lawfare* y los discursos del odio se ven facilitados por la existencia de la concentración mediática, sobre la que es necesario remarcar, en primer lugar, que constituye una vía de censura prohibida por el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos

Humanos o Pacto de San José de Costa Rica. Asimismo, y en consonancia con tal previsión del sistema interamericano de derechos humanos, la Declaración de Principios para la Libertad de Expresión aprobada por la CIDH en el año 2000, estableció que los monopolios y los oligopolios conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y la diversidad y, por tanto deben estar regulados por leyes antimonopolio.

En 2005, un informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión realizado por el entonces Relator para la Libertad de Expresión Eduardo Bertoni afirmó que “la concentración es concebida entonces como la negación de la pluralidad, marca distintiva de la libertad de expresión en este ámbito”. Dentro de este marco, se ha señalado que “sin pluralidad de voces y opiniones, los medios de comunicación masiva no pueden desarrollar un papel positivo dentro de una democracia”, dado que “el pluralismo es una regla fundamental dentro de las políticas [...] vinculadas a los medios de comunicación social” (Lanza, 2017:58).

La Declaración Conjunta de los Relatores para la Libertad de Expresión del año 2007 sobre Diversidad en la Radiodifusión también llamó a la comunidad internacional a ser conscientes de “que la concentración indebida de la propiedad de los medios de comunicación, directa o indirecta, así como el control gubernamental sobre los mismos constituyen una amenaza a la diversidad de los medios, a la vez que generan otros riesgos, tales como la concentración del poder político en manos de los propietarios o de elites gobernantes” (CIDH, 2007).

En Argentina, sin dudas, la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual (Ley N° 26.522) vino a cumplir esos estándares interamericanos. Su nacimiento fue concebido en 2009 con un proceso de elaboración participativa de normas inaudito en el país, con un amplísimo apoyo colectivo y gozando de plena legitimidad. Vino a redistribuir y a democratizar la palabra, lo que por cierto generó resistencias en quienes la monopolizaban.

Por ello, ni bien comenzó a dar sus primeros pasos, la norma fue judicializada por el Grupo Clarín, y aunque llevó su tiempo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación terminó el 29 de octubre de 2013 reconociendo la plena constitucionalidad de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual.

En la sentencia de la Corte, el voto mayoritario destacó la existencia de las dimensiones individual y social o colectiva simultáneas del derecho a la libertad de expresión como derecho humano y sostuvo la necesidad de la intervención del Estado en la dimensión social. Así, en el considerando 24 la Corte interpretó “que a diferencia de lo que sucede con la libertad de expresión en su dimensión individual donde la actividad regulatoria del Estado es mínima, **la faz colectiva exige una participación activa por parte del Estado**, por lo que su intervención aquí se intensifica. (El resaltado pertenece a la sentencia).

En la exposición de su voto en particular, en la mencionada causa, el Dr. Zaffaroni desarrolló en extenso las particularidades de los medios audiovisuales por su dimensión cultural, constitutiva de la identidad: “Nadie puede poner en duda que los medios audiovisuales son formadores de cultura”. Y, en tal sentido, subrayó que “ningún Estado responsable puede permitir que la configuración cultural de su pueblo quede en manos de monopolios u oligopolios. [...] La homogeneización de nuestra cultura a través de la monopolización de los medios audiovisuales sería la destrucción de nuestro pluralismo, como lo es cualquier uniformización, por definición antípoda de la igualdad republicana y democrática”. Por todo ello, renunciar a una regulación razonable, que no descarta que sea discutible o perfectible, sería simple y sencillamente “un suicidio cultural” (Consid. 21 Voto Dr. Zaffaroni en Causa “Clarín”).

Este fallo fue el corolario de una necesidad normativa histórica: la redistribución de la palabra que conlleva la redistribución de la riqueza y la pluralidad de voces. Y marcó también la defunción del decreto ley de radiodifusión de la dictadura cívico militar remozada con recetas noventistas, hechas a medida del monopolio.

Sostuvo también la Corte: “La ley, al limitar la cantidad de licencias y registros persigue el enriquecimiento del debate democrático y, en definitiva, el fortalecimiento de la libertad de expresión y del derecho a la información de todos los individuos. En otras palabras, la regulación en examen apunta a favorecer políticas competitivas y antimonopólicas para preservar un derecho fundamental para la vida de una democracia como lo es la libertad de expresión y de información” (del Cons. 44).

Pese a la clara prescripción normativa y jurisprudencial en cuanto a que la concentración mediática afecta gravemente al derecho humano a la comunicación, a la democracia y a la pluralidad informativa, los procesos de concentración se profundizaron durante el gobierno de Mauricio Macri (2015-2019), pues con la excusa de la “convergencia” pasó a propiciar la propiedad cruzada de las telecomunicaciones y los servicios de comunicación a la vez que derogar todo vestigio posible que facilitara la democratización de la comunicación y dismantelar toda política pública que tendiera a la universalización del derecho a la comunicación. Medidas hechas a la medida de los conglomerados hegemónicos de la información, Macri materializó sus pedidos de espaldas al Parlamento, mediante los Decretos N° 267/15 (B.O. 4/01/2016) y N° 1340/16 (B.O.: 30/12/2016) (Eliades, 2021).

Concentración mediática, derecho a la comunicación y democracia

En esta línea de análisis, se hace necesario abordar el vínculo entre los medios concentrados de comunicación y el derecho a la información de toda sociedad democrática, en el marco de golpes de Estado, rupturas del orden institucional, entre los que se encuentran los actualmente denominados “golpes blandos”. Por supuesto, para que

ello también se diera no se puede omitir la participación de cierta parte del Poder Judicial actuando acompasadamente con el poder mediático.

Ya a fines del siglo XX, Ramonet (1998) advertía que los grandes grupos de comunicación ya no se proponen, como objetivo cívico, ser un «cuarto poder» ni denunciar los abusos contra el derecho, o corregir las disfunciones de la democracia para perfeccionar el sistema político. Si no que, sus objetivos se centran en la búsqueda de influencia y un mayor desarrollo de sus estructuras de propiedad.

Desde esta lógica de análisis, el periodista español observó una modificación de los poderes tradicionales, señalando como principal poder al económico. Mientras el “mercado financiero dicta y determina la actuación de los políticos”, los dispositivos mediáticos, que antes ocupaban el cuarto lugar, actualmente aparecen en el segundo, actuando a partir de la “influencia global y general sobre el funcionamiento de las sociedades”. Ambos son árbitros del poder político (Ramonet, 1998:58).

Por su parte, Pasquali advirtió tempranamente sobre las consecuencias de la reconfiguración del orden informacional y comunicacional, afectado bajo la “máscara de la pluralidad”, con la existencia de procesos de desregulación en términos de políticas comunicacionales, que lejos de generar mayores condiciones de acceso y participación, reconcentraban el sistema de producción cultural y comunicacional desmantelando los servicios públicos radiotelevisivos (Pasquali, 1998:20).

Señala Florencia Saintout, Doctora en Ciencias Sociales por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), docente e investigadora de nuestra Facultad de Periodismo y Comunicación Social, quien también se desempeñara como Decana de nuestra institución académica: “La llegada al gobierno de las derechas y las elites latinoamericanas marca un alarmante retroceso en materia de derechos humanos y del derecho a la comunicación en toda nuestra región”.

Las derechas regionales, en colaboración con los poderes económicos globales, han articulado tres estructuras que actúan como bloque hegemónico: el sistema financiero, el poder judicial y los medios de comunicación. Fruto de esta alianza se han gestado los llamados “golpes blandos”, esto es, procesos destituyentes que se inscriben en el sistema institucional democrático.

En esa alianza, las corporaciones mediáticas en toda la región operan mediante la estigmatización de dirigentes populares, la deslegitimación de la política y el vaciamiento de la palabra pública, a la vez que con el desarrollo de unas pedagogías del miedo al otro y de la vergüenza a lo propio. Con ello, hoy están en juego nuestras democracias, derechos y prácticas ciudadanas.

Los procesos políticos que promovieron la democratización de la comunicación han constituido una clara amenaza para aquellos que pretenden monopolizar la palabra,

coadyuvando a la instauración de regímenes conservadores, los cuales se afirman mediante el avasallamiento de derechos sociales y la censura y tergiversación de voces, reclamos y expresiones del campo popular.

En clara consonancia con estos gobiernos, los medios corporativos han invocado a la “libertad de expresión” para clausurar todo tipo de cuestionamientos en torno a qué informaciones se divulgan y cómo hacerlo. El resultado no es solamente la reducción de la comunicación a una lógica mercantil, sino la reproducción de prácticas que flagelan los derechos de la ciudadanía. De esta forma, los medios hegemónicos desinforman, ocultan, tergiversan e incluso mienten, vulnerando el derecho de recibir información veraz, imparcial y contextualizada.

Dentro de las prácticas mediáticas que vulneran el derecho a la comunicación, debemos distinguir aquellas que, por un lado, pueden adjudicarse a la falta de responsabilidad o compromiso, para las cuales hace falta un debate sobre ética periodística y rigurosidad profesional; y, por otro lado, las operaciones que deliberadamente buscan manipular a los públicos, es decir, campañas a través de las cuales los medios hegemónicos utilizan su posición dominante para instalar opiniones o informaciones falsas” (Saintout, 2018: 13).

En este sentido debemos señalar también los modos en que en los últimos años esos procesos se fueron sofisticando a partir del uso de fake news como método planificado con la finalidad de generar un daño a un otro individual o colectivo. Pero además es un método sistemático en el que las fake news es solo uno de los elementos, también debemos exponer a los discursos de odios replicados al infinito en redes sociales desde granjas de trolls y utilización de bots (Aruguete, Calvo, 2020).

También es fundamental señalar que el mundo contemporáneo tiene como telón de fondo el paradigma de la posverdad, en el cual la realidad se construye en base a la interpelación de lo emocional, y no desde la lógica de la razón.

En Argentina, la polarización política encuentra su metáfora en lo que desde los medios se denominó “la grieta”, que no es más ni menos que el desacuerdo ideológico que existe en toda sociedad y que también da pie a identidades políticas.

Esta polarización se fortalece, entre otras cuestiones, por las redes sociales que construyen círculos de pertenencias, burbujas ideológicas y la ilusión de mayorías ancladas en esa virtualidad, donde quien disiente se transforma en un enemigo.

En este contexto, el discurso del odio reafirma las contradicciones de los fenómenos sociales y comunicativos. Se genera un espacio en el que el debate y el consenso se construyen mediante informaciones interesadas, verdades a medias, mentiras y manipulación de la información. Las dinámicas que se registran alrededor de estos discursos están basadas en una fábrica de mentiras, con lógicas manipuladoras, alimentada por desinformación, descontextualización e insinuación como sospecha.

La necesaria consideración contextual para entender al *lawfare*, los discursos de odio y a las operaciones de persecución a líderes políticos

Desde el sector académico del que provenimos, entendemos que el *Lawfare*, los discursos de odio y la desestabilización democrática deben ser ponderados teniendo en consideración el contexto político, económico, social y en la historicidad cultural en el que se inscriben. Lejos de ser casos aislados o puntuales, el *Lawfare* se ha extendido por toda América Latina y en particular en los países donde los movimientos populares y sus líderes tienen un protagonismo esencial. Pero no solo se configuran con la persecución a líderes de la talla de Cristina Fernández, Lula, Dilma Rousseff, Evo Morales, Rafael Correa o Milagro Sala sino que también se replica hasta llegar al nivel local con el silenciamiento de militantes y defensores de derechos humanos, de los pueblos originarios y a todo aquel o aquella que se visibilice en las luchas encarnadas por movimientos de conquista de derechos. Es decir, opera desde lo macro a lo micro.

En este sentido es necesario tener en cuenta el análisis de los mensajes vertidos por los comunicadores y los medios de comunicación, pero también es imprescindible tener en cuenta los contextos y tal como enseñara Héctor Schmucler es necesario “bucear en las condiciones de recepción de ese mensaje para obtener datos reales sobre su significación” (Schmucler, 1975).

Aquí, hacemos propio y consideramos pertinente traer el pensamiento y el relevamiento conceptual y bibliográfico realizado por la Dra. Florencia Saintout, al repasar los avances de las políticas comunicacionales implementadas por gobiernos populares y progresistas que coincidieron en América Latina desde el 2003 al 2015 y explicar cómo la restitución de derechos políticos, sociales, culturales e incluso sexuales es vista por los grandes monopolios mediáticos como una gran amenaza (Saintout, 2013).

El campo epistemológico de la comunicación

En el trabajo “La Epistemología del Barro”, publicado en la Revista “Oficios Terrestres”, Saintout y Varela (2014) repasan el devenir del campo epistemológico de la comunicación con el abordaje de los aportes de Schmucler, la obra de Jesús Martín Barbero, De Certeau, Eco, Adorno y Horkheimer, Ford hasta llegar al contexto de rupturas con el modelo neoliberal.

Y nos convocan a “pensar en teorías que puedan dar cuenta de unos modos (en plural, en tensión) emancipadores de hablar de las sociedades que van a contrapelo de lo que parecía un destino para América Latina”.

“Autorizarnos con respecto al saber tiene que ver con el poder. Hemos trabajado teóricamente la crítica a la idea de que el saber es poder. Hemos dicho que el poder nos permite definir un saber. Tal vez se trate de darnos cuenta del poder que tenemos para autorizar nuestros saberes desde el sur.

Si creemos en el compromiso de los saberes para un mundo que se está transformando y se está moviendo, la teoría no puede simplemente describirlo. Ni siquiera interpretarlo. De lo que se trata, una vez más, es de cambiarlo” (Saintout y Varela, 2014).

Por un auténtico derecho a la información plural: condición imprescindible para el sistema democrático

Si unos pocos poseen la información quiere decir que muchxs son silenciados. Esta premisa básica para quienes trabajan en el campo de la comunicación se ve a diario hostigada por los grandes conglomerados mediáticos y telecomunicacionales que persisten en arrogarse la exclusividad de la titularidad de la libertad de expresión y que toda crítica a su quehacer y decir es considerada una “amenaza”.

Tal como lo ha expresado la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva 5/85, el derecho a la libertad de expresión tiene una doble dimensión: individual y social, que requiere por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su pensamiento, pero también implica un derecho colectivo a recibir información. Por ello, no sería admisible que (...) se constituyan monopolios públicos o privados sobre los medios de comunicación para intentar moldear la opinión pública según un solo punto de vista.

En contextos de violencia, como son los de intentos de golpes de Estado, manifestaciones populares masivas, desestabilización, crisis institucionales de envergadura, persecución a líderes populares, la ciudadanía tiene derecho a recibir información plural y responsable. El Estado de Derecho sólo es compatible con la pluralidad de voces y la concentración de la opinión pública en grupos privados o estatales deterioran la democracia.

Sólo hay democracia si hay pluralismo. El pluralismo se compone de voces disidentes. Los medios de comunicación concentrados ya no pueden pretender acaparar irresponsablemente la formación de opinión pública en cuestiones relacionadas a la “cosa pública”. Mayor aún debe ser la responsabilidad de los medios de comunicación en con-

textos de golpes de Estado, de desestabilización o en cuestiones de alto impacto en la salud pública como lo ha demostrado la pandemia mundial del COVID-19.

Es por ello que la configuración de la opinión pública no puede dejarse en manos del mercado, ni en los grupos concentrados de comunicación. En la sentencia del “Grupo Clarín S.A c. Poder Ejecutivo Nacional” de Argentina, respecto de la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual se debatió, entre otros aspectos, que lo estaba en juego era el fomento de una oferta plural y diversa, y fundamentalmente, evitar una formación homogeneizada de la opinión pública” y que “si la concentración de medios se produce en el “mercado de la información”, ella puede restringir la libertad de expresión y el derecho a la información de la sociedad” (2013, cita de la sentencia)

Tal como sostiene Amparo Marroquín Parducci, Doctora en Filosofía Iberoamericana, docente e investigadora de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas UCA de El Salvador, “consideramos la comunicación como parte de un proyecto y de una lucha política, del deseo de aprender, de construir redes, de visibilizarse, de colocar un discurso que se contrapone a los grandes discursos hegemónicos” (Marroquín Parducci, 2018:21). He aquí el más profundo sentido del derecho humano a comunicar, con la generosidad y amplitud que lo consagra la Convención Americana de Derechos Humanos y que de ningún modo puede quedar circunscripto a las enunciaciones de los medios de comunicación hegemónicos y tradicionales.

En su artículo “Cruce de matrices teóricas en las políticas de comunicación en Latinoamérica” (2018), Diego de Charras, actual Presidente de la Red de Carreras de Comunicación y Periodismo de Argentina (REDCOM) de la que nuestra Facultad forma parte, rescata los aportes de las diversas matrices teóricas de la comunicación como derecho y destaca el logro desde un anclaje fuerte en un principio de progresividad impulsado por el derecho internacional de derechos humanos de, un cruce entre perspectivas disímiles como eran la del más liberal derecho a la información y la del más socializante derecho a la comunicación. El ingreso de nuevos prestadores, como los comunitarios o sin fines de lucro, la preocupación por el derecho de los trabajadores, la centralidad de la consideración de los usuarios como ciudadanos y no como consumidores, la representación de la sociedad civil en los organismos de aplicación y el control ex ante de los oligopolios, son algunos de los factores que dan cuenta de dicha confluencia de matrices teóricas” (De Charras, 2018: 183). No obstante advierte que ese avance todavía tiene muchos desafíos por delante, fundamentalmente desde la mirada económica y de los grandes grupos que sigue arreciando.

Aquí es oportuno señalar que la economía política no se encuentra escindida del escenario político comunicacional. Todo lo contrario, se encuentran fuertemente imbricadas. En este sentido, los docentes investigadores Carlos del Valle Rojas, Luis Nitrihual-Vadenbenito y Alberto Javier Mayorga, de la Universidad de La Frontera de Temuco, Chile,

analizan las miradas y concepciones dadas por las grandes escuelas en la economía política de la comunicación, analizando el modelo norteamericano, el europeo y el del “Tercer Mundo” y el retorno a los fundamentos del análisis político y económico crítico de origen marxista. Sostienen que “uno de los aspectos que debemos profundizar en la actualidad, considerando las actuales características del mercado massmediático, junto con las lógicas macroeconómicas y macropolíticas (industrialización, propiedad, concentración y consumo), es el complejo proceso de transformación de la información, la comunicación, la cultura y el conocimiento, como forma de mercancía, la valorización de esta mercancía informativa-comunicativa-cultural-cognitiva, y el impacto de estos procesos en las lógicas de producción de trabajo, en las cuales intervienen las mediaciones y rutinas de los periodistas (trabajadores)” (del Valle Rojas et al, 2012: 96).

En su trabajo, los autores chilenos citados, luego de realizar un nos invitan a investigar el siguiente problema: “las transformaciones de las lógicas de trabajo en los procesos de producción de información, comunicación y cultura en el sistema de mercados”. Y nos formulan los siguientes interrogantes: ¿qué rol asumen los periodistas?, ¿en qué condiciones producen?, ¿qué valores producen?, etc. (del Valle Rojas et al, 2012: 99).

Las resistencias populares ante el *Lawfare*, los discursos de odio, la reducción de derechos sociales y la promoción de la antipolítica

La existencia y el concepto mismo de “*lawfare*” es relativizada o incluso negada por los medios concentrados de información y ciertos sectores del Poder Judicial, que lo denostan y lo consideran señalado por los discursos populares o como mecanismo o excusa defensiva de los y las perseguida/os por tales operaciones mediático-judiciales. Baste en este sentido señalar, que recientemente Ricardo Lorenzetti en una entrevista realizada por Luis Novaresio manifestó que la existencia del *lawfare* “son opiniones” que respeta pero en su caso: “No creo en el *lawfare*, tampoco debemos hacer eso” (Lorenzetti, testimonio en entrevista televisiva 29/09/2021).

Esa apreciación bien podemos contrastarla con una larga producción periodística y académica que da cuenta de la conceptualización, características y alcance del *Lawfare*. En este sentido, resaltamos especialmente la tesis doctoral realizada por la docente de nuestra Facultad, María Elisa Ghea, titulada “El método de *lawfare* para la persecución de Cristina. Alianzas, tácticas y estrategias de la guerra no convencional”, aprobada y defendida en noviembre de 2019 y disponible en el repositorio del SEDICI, en la que también brinda un extenso relevamiento bibliográfico, contribuye con su propio análisis a la vez que brinda y sistematiza numerosos testimonios mediante entrevistas concedidas a la investigadora por diversos expertos y referentes del campo de las ciencias sociales, jurídicas, el periodismo, la comunicación y la academia.

Desde otra enunciación, incluso el Papa Francisco, en el marco del Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Penal sostuvo: “Periódicamente se verifica que se recurre a acusaciones falsas contra líderes políticos, concertadas con los medios de comunicación, los opositores y los órganos judiciales colonizados. De esta manera, con los instrumentos propios del *lawfare*, se instrumentaliza la lucha, siempre necesaria, contra la corrupción con el fin de combatir a los gobiernos no deseados, reducir los derechos sociales y promover un sentimiento de antipolítica del que se benefician aquellos que aspiran a ejercer un poder autoritario” (Papa Francisco, 2019).

Creemos oportuno aquí recordar que la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 13.5, y en el marco de la consagración del derecho humano individual y social a la libertad de expresión establece la prohibición por la ley de toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.

Considerando este parámetro, proveniente de los estándares de nuestro sistema regional de protección de los derechos humanos, lejos de incentivar miradas punitivistas, creemos que la Convención nos dice claramente que el ejercicio de la libertad de expresión como derecho no es absoluto y nos incita a promover mecanismos para la construcción de una comunicación responsable: la educación en comunicación, la capacitación constante en una comunicación inclusiva son aspectos fundamentales para sembrar otros modos comprometidos y solidarios de ver la vida y el ser político para las infancias y juventudes con perspectiva de futuro.

Mención especial requiere el *lawfare* y los discursos del odio cuando las destinatarias son las mujeres y otras identidades no binarias. Es allí donde la violencia de género, la violencia simbólica, mediática y pública política adquieren especial dimensión, tanto que no debemos olvidar su definición normativa plasmada en la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y sus modificaciones (Ley N° 26.485 y legislación modificatoria y complementaria. B.O.: 14/04/2009).

Los antecedentes de “golpes mediáticos”, operaciones mediático-judiciales, destituciones, y persecuciones vividas en los últimos años en el contexto latinoamericano y local, nos advierten de la necesidad de asumir el desafío en comunicación de crear condiciones informativas que promuevan un sistema político que incluya, integre y que ofrezca un marco de convivencia democrático, donde la diferencia y el disenso sean posibles sin violencias. En este marco, entendemos que no puede haber impunidad en el ejercicio del derecho humano a comunicar, y menos aún distorsionarse y bastardearse a la libertad de expresión como escudo protector del “todo vale”, incluso atacando las bases mismas del sistema democrático y la identidad y dignidad de las personas y los pueblos. Es aquí

también que advertimos la apropiación indebida y la desnaturalización no sólo de la libertad de expresión convertida en bandera para manipular mensajes sino de términos tan caros como “república” en un país que se ha llevado a miles de vidas en las dictaduras cívico militares que hemos padecido. Será precisamente porque es al revés: son las derechas más conservadoras y la concentración mediática la que desprecian y atacan a la república, la diversidad, el derecho a la comunicación de los pueblos, la división de poderes, la independencia judicial... y el *Lawfare* es manifestación de ello.

En fin, esta perspectiva requiere un enfoque crítico, público y privado de la comunicación, que tome en cuenta la responsabilidad social de los medios y que conciba estrategias para el acceso ciudadano a una información de calidad, confiable y que permita ejercer una plena soberanía comunicacional libre de violencias. Los miles de medios comunitarios, los pueblos originarios, la juventud militante y comprometida, lo/as intelectuales y dirigentes comprometido/as, los movimientos de mujeres y LGTB +, ciertos sectores y ongs de derechos sociales, humanos y ambientales, el quehacer de los barrios populares y de las organizaciones sociales y libres del pueblo, que resisten, resistieron y siguen luchando nos demuestran que ese ejercicio soberano de la comunicación es posible. Y allí pertenecemos.

Referencias

- Calvo, Ernesto, Aruguete Natalia Aruguete.** Fake news, trolls y otros encantos. Cómo funcionan (para bien y para mal) las redes sociales, Buenos Aires: Siglo XXI Editores. 2020.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH, Declaración Conjunta sobre Diversidad en la Radiodifusión. 12 de diciembre de 2007. <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=719&IID=2>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva 5/85: “La Colegiación Obligatoria de Periodistas”. 13/11/1985. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) «Grupo Clarín SA y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/acción meramente declarativa” (Expte. G. 439. XLIX. REX), del 29 de octubre de 2013. Texto oficial disponible en la web del Centro de Información Judicial: <https://www.cij.gov.ar/nota-12394-La-Corte-Suprema-declar-la-constitucionalidad-de-la-Ley-de-Medios.html>
- De Charras, Diego.** “Cruce de matrices teóricas en las políticas de comunicación en Latinoamérica”, en “Avances y retrocesos en las políticas de comunicación en Argentina. Del consumo a los derechos y de los derechos a la incertidumbre”, Cremonte, Juan Pablo (Compilador). Instituto de Altos Estudios Nacionales-Ediciones UNGS – CLACSO. 2018. Pág. 179. Disponible en: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20210325065803/Avances-y-retrocesos.pdf> del Valle-Rojas, C., Nitrihual-Valdebenito, L., & Mayorga-Rojel, A. J. (2012). Elementos de economía

política de la comunicación y la cultura: hacia una definición y operacionalización del mercado de los medios. *Palabra Clave*, 15(1), 82–106. Recuperado a partir de <https://palabraclave.unisabana.edu.co/index.php/palabraclave/article/view/2091>

Eliades, Analía Graciela. "Acceso a TICs e Internet. Derecho Fundamental y Servicio Esencial", *Revista Iustitia*, Revista de la cultura jurídica de Italia y Argentina. Università degli Studi di Pavia | Universidad de Belgrano – IJ Editores Fondo Editorial, Número 9 - Mayo 2021. Cita: IJ-MLVIII-289

Ghea, María Elisa. Tesis doctoral: "El método de *lawfare* para la persecución de Cristina. Alianzas, tácticas y estrategias de la guerra no convencional", aprobada y defendida en noviembre de 2019. Disponible en: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/87981/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Lanza, Edison. "Los principios y el alcance de la libertad de expresión, establecidos en la Opinión Consultiva No. 5 desde los medios de comunicación tradicionales a Internet", en *Libertad de expresión: a 30 años de la Opinión Consultiva sobre la colegiación obligatoria de periodistas: Estudios sobre el derecho a la libertad de expresión en la doctrina del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* / [Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos]. (OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.D/XV.18), Bogotá, Colombia, noviembre de 2017.

Ley de Protección Integral a las Mujeres. Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia. Ley N° 26.485 y legislación modificatoria y complementaria. B.O.: 14/04/2009.

Lorenzetti, Ricardo. Entrevista realizada por Luis Novaresio en el Programa "Dicho Esto" A24.com 29/09/2021. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=WwoB2lzeAWw>

Marroquín Parducci, Amparo. "Pensar la comunicación, pensar las resistencias" en "Comunicación para la resistencia. Conceptos, tensiones y estrategias en el campo político de los medios", FES Comunicación, Ediciones EPC y CLACSO. 2018. Disponible en: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20181221054453/Comunicacion-para-la-resistencia.pdf>

Papa Francisco. "Discurso del Santo Padre Francisco a los participantes en el Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Penal", Sala Regia, Viernes, 15 de noviembre de 2019. Texto oficial disponible en: https://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2019/november/documents/papa-francesco_20191115_diritto-penale.html

Pasquali, Antonio. "Bienvenido Global Village", Venezuela, Monte Ávila Editores Latinoamericana.

Ramonet, Ignacio. "La tiranía de la comunicación". Editorial Debate, S.A., 1998, Madrid, España.

Saintout, Florencia (2013). "Medios y gobiernos populares en América Latina. Apuntes para una discusión", en *Los medios de comunicación como actores políticos: desafíos para el análisis actual en sociedades latinoamericanas*, CAICYT CONICET, Argentina (<http://cursos.caicyt.gov.ar/>).

Saintout, Florencia. "Medios hegemónicos en América Latina: cinco estrategias de disciplinamiento", en "Comunicación para la resistencia. Conceptos, tensiones y estrategias en el campo político de los medios", FES Comunicación, Ediciones EPC y CLACSO. 2018. Disponible en: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20181221054453/Comunicacion-para-la-resistencia.pdf>

Saintout Florencia y Varela Andrea. "La epistemología del barro. Los saberes académicos en contextos de compromisos". *Oficios Terrestres*, ISSN-e 1853-3248, Vol. 1, N°. 30, 2014 (Ejemplar dedicado a: Un proyecto de comunicación/cultura), págs. 109-117.

Schmucler, H. (1975). "La investigación en comunicación masiva", en *Comunicación y Cultura*, nº4, Buenos Aires.

GISELE RODRÍGUEZ* - EVA WETZEL**

***Lawfare*: la batalla contemporánea contra los populismos de izquierda**

Introducción

*“¡Luchen! porque vienen por sus sueños,
y por el futuro de la Patria”.*

Néstor Kirchner.

Los golpes militares de Estado a las democracias han pasado a formar parte de estrategias vetustas y arcaicas que no pueden mantenerse en el tiempo, que no logran obtener un sentido de legitimidad social en las naciones latinoamericanas, y que generan altísimas consecuencias contra sus perpetradores, como ha sucedido en el país vecino de Bolivia donde a partir del golpe de estado del 2019 se ha condenado a Jeanine Áñez por terrorismo, sedición y conspiración.

A raíz de esto, las coyunturas políticas y las estrategias neoliberales por la disputa del poder real se han renovado. Las guerras a sangre y fuego por los territorios se han convertido en batallas simbólicas que tensionan constantemente el sentido social de lo hegemónico; y su armamento, que ya no dispara con balas de plomo, ha creado herramientas como el *lawfare* capaces de generar acciones amparadas por un marco legal que cuenta con una amplia cobertura mediática.

Algunas batallas siguen siendo culturales, pero los territorios de disputa se han ido modificando hasta dar con una amalgama revolucionaria en materia de campos conceptuales. El *lawfare* se ha presentado en diversos países de Nuestramérica con el principal objetivo de batallar contra los populismos de izquierda en lo que sería una contemporaneidad del

(*) Docente de Comunicación Social.

(**) Lic. en Comunicación Social. Docente de la UNLP.

Plan Cóndor. Esta herramienta, usada por las fuerzas neoliberales, podría traducirse como judicialización de la política en connivencia con los medios de comunicación y se genera en contra de diferentes referentes sociales, dirigentes populares o funcionarios públicos.

Es en este sentido que resulta relevante desarrollar el concepto de antagonismo y hegemonía abordado por Ernesto Laclau a partir del análisis discursivo de la declaración de Cristina Fernández, en Marzo del año 2020 por la causa popularmente llamada Dólar Futuro, y en el marco del fenómeno judicial y mediático de *lawfare* para poder comprender a partir desde dónde y de qué manera se construyen los discursos de poder que se convierten en prácticas políticas de persecución contra los populismos de izquierda en toda Latinoamérica.

Esta ponencia tiene el propósito de desarrollar desde una mirada académica, las nuevas herramientas de disputas de poder y construcción de sentido para poder batallar, desde la praxis, con las renovaciones y sistematizaciones de las estrategias políticas de la derecha neoliberal en Latinoamérica.

¿Cómo entender el *lawfare* en nuestro país?

Cuando Chantal Mouffe escribe **En torno a lo político**, lo hace a partir del momento coyuntural de las democracias de Europa Occidental y si bien su trabajo parte de la conceptualización de la política, establece que es la no concepción de lo político, en su dimensión ontológica, lo que no permite que se pueda pensar de un modo político los problemas por los que pasan las sociedades, en la coyuntura que trasciende su escrito. De esta forma y a lo largo de este desarrollo, lo político es concebido como la dimensión antagonica que a su vez es constitutiva de las sociedades, mientras que la política es el conjunto de prácticas e instituciones a partir de las cuales se crea un orden y se organiza la existencia de las sociedades, en ésta coyuntura de conflicto derivada de la dimensión de lo político.

A partir de la concepción de lo político en las teorías liberales, se puede resignificar también los aportes de Schmitt quien establece los criterios de determinación de lo político a partir de la creación de un nosotros que solo puede existir a partir de la oposición a un ellos, del antagonismo de amigo/enemigo a partir del conflicto; y retomarlo a partir de la construcción de colectivos de identidad y de los vínculos antagonicos en la relación de amigo/enemigo dentro de lo político pero como consenso, como agonismo.

De esta manera, la dicotomía amigo/enemigo, empieza a transformarse en un nosotros/ellos cuya diferenciación radica en el antagonismo: Es decir, las relaciones dentro del campo político serán de nosotros/ellos hasta que se convierta en locus de un antagonismo, porque "el antagonismo es una posibilidad siempre presente"⁽¹⁾. (Mouffe p. 93)

(1) Mouffe Chantal "En torno a lo político".

De esta manera, Cristina Fernández en su rol de representante de un Estado nacional populista de izquierda, se construye como un nosotros opuesto a un ellos que es el Poder Judicial en connivencia con los medios de comunicación, a través del *lawfare*. Esta dinámica en donde estas instituciones son las encargadas de intentar establecer un orden social, puede ser tomada como ejemplo de la política. En tanto que lo político radica en la posibilidad del antagonismo, donde al ser representantes de poderes que a su vez representan una polarización de ideologías en nuestro contexto actual, implican una construcción de entramados, de lucha y de relaciones que giran en torno al poder y que tensionan constantemente. ¿Pero a raíz de qué? ¿Qué es lo que se encuentra en pugna constantemente en este nuevo trascender político?

Ernesto Laclau en **Hegemonía y estrategia socialista** desarrolla, tal y como establece el nombre de la obra, una superación del concepto gramsciano de hegemonía y representa el concepto de antagonismo como límite de lo social, debido a que es en esta misma relación que se muestran los límites de toda objetividad, del fracaso del orden social: De esta forma, la relación antagónica entre Cristina, representando un gobierno populista, y el Poder Judicial en asociación con los medios de comunicación, se da en todo momento porque en todo el corpus de análisis, se mantuvieron del otro lado de la frontera, por lo que la relación hegemónica siempre existió. Entonces, ¿cuáles son los alcances del *lawfare* y por qué es establecido como una estrategia prioritaria dentro de las batallas culturales entre las ideologías neoliberales y los populismos de izquierda? ¿Es el *lawfare* una estrategia de construcción de sentido común, de práctica hegemónica? Y en consecuencia ¿necesariamente todos los gobiernos populistas están obligados a generar prácticas contra hegemónicas para dar batalla?

María Elisa Ghea, Doctora en comunicación, define el fenómeno de *lawfare* como:

El uso indebido de instrumentos legales que tienen como fin la persecución política de una persona. Estos procesos jurídicos, normalmente se dan gracias a la relación existente principalmente entre parte del Poder Judicial y los medios de comunicación que ponen a disposición su aparato de prensa como dispositivo de presión⁽²⁾ (Ghea, 2019 p. 24).

A partir de un informe del Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica (Celag), "*Lawfare. La judicialización de la política en América Latina*", Camila Vollenweider y Silvana Romano sostienen que el *lawfare* puede proceder a partir de cuatro dinámicas:

- Timing político: Que desarrolla el caso judicial como un arma, en pos de hacerlo público en momentos de alto costo político para el funcionario desprestigiado.
- Reorganización del aparato judicial: Que coloca en espacios clave a abogados, jueces, fiscales vinculados al poder de turno, para atacar al adversario político y/o prevenir situaciones hostiles que puedan provenir de éste.

(2) http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/87981/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- El doble rasero de la ley: Que visibiliza ciertos casos de corrupción, e invisibiliza a otros.
- Medios de comunicación masivos y concentrados: Que operan como periodismo de guerra de modo transversal a estas dinámicas, manipulando la opinión pública (Vollenweider, 2016 p. 2-3)

De esta forma, el *lawfare* es indagado en incontables trabajos de investigación a partir de las Ciencias de la comunicación y las teorías en torno a las audiencias, de las Ciencias Políticas y de las Ciencias Jurídicas, a fin de otorgarle un marco conceptual de estudio a un fenómeno nuevo que atraviesa con éxito las construcciones de sentido que se dan a partir de lo social.

Al respecto, y en el marco de estas preguntas indagatorias en torno al *lawfare*, Chantal Mouffe dice:

Para mantener su hegemonía, el sistema neoliberal necesita movilizar de manera constante los deseos de las personas y moldear sus identidades. La construcción de un pueblo apto para crear una hegemonía diferente requiere promover una multiplicidad de prácticas discursivas/afectivas que debiliten los afectos comunes que sostienen la hegemonía neoliberal y generen las condiciones necesarias para la radicalización de la democracia (Mouffe, 2019 p. 103)⁽³⁾.

Es preciso entonces y bajo este marco de análisis generar las tensiones correspondientes para activar las prácticas contrahegemónicas en torno al *lawfare*, como lo es la mediatización del alegato de Cristina Fernández y la presencia indiscutida de la militancia política. En este sentido, ¿Por qué en Brasil el *lawfare* contra Lula da Silva llegó a encarcelarlo, el impeachment contra Dilma Rousseff generó su destitución, y en nuestro país -a pesar de la persecución a Cristina que data desde el 2016- no se logró siquiera una condena efectiva? Y es que históricamente el nivel de politización, partidización y compromiso con capacidad de movilización popular es sumamente diferente. Incluso en palabras de Jorge Huergo (2000) se establece que el problema de la hegemonía tiene que ser necesariamente concebido a través de las vinculaciones entre la cultura y lo político, que dista bastante en ambos países:

“La cultura misma, dice Martín-Barbero “es un espacio de hegemonía: la dominación, lejos de ser un proceso de imposición desde el “exterior” de lo social y de la cultura, es un proceso en el que una clase se hace hegemónica en la medida en que logra representar intereses diferentes de las clases populares y, además, en la medida en que los sectores populares se reconocen “dentro” del proceso hegemónico, lo asumen, lo hacen propio, son conformistas con él” (Huergo, 2000).

De esta forma, se construye el antagonístico a partir de la generación de estrategias para la construcción de hegemonía representando todas las individualidades que hablan

(3) Mouffe Chantal “Por un populismo de izquierda”.

desde el lugar de la democracia, pero sin someterse a una reforma de la Magistratura; desde el lugar de los datos objetivos, pero con el aval de las fake news; desde el lugar de la representación simbólica de la justicia, pero encarnando intereses políticos espurios. Es decir, desde un lugar netamente inconcluso y contingente como la sociedad misma que plantea Laclau, porque aquella completamente unificada sin grietas ni fracasos, ni tensiones en torno al poder, no existe.

En este sentido, la cadena equivalencial que representa el Poder Judicial es justamente la demanda de lucha contra la corrupción, la demanda de lucha contra las asociaciones ilícitas, la demanda de libertad, de poder comprar dólares, de poder terminar con la pandemia, que con el aporte de los medios de comunicación llenan de sentido el significativo vacío de Justicia. Y frente a esto, ¿la práctica contrahegemónica cuál es? ¿Hablar de Partido Judicial, intentando referenciar la cadena de equivalencias justamente contraria chocando discursos en una batalla discursiva?

Todo orden hegemónico tiene la posibilidad de ser desafiado a partir de prácticas contra hegemónicas que buscan instaurar un nuevo orden, otra hegemonía, donde la construcción de una voluntad colectiva mediante una cadena de equivalencias va a exigir la designación de un adversario. Esto es necesario para trazar la frontera política que separa el “nosotros” del “ellos”, lo cual resulta decisivo en la construcción de un “pueblo”: Los entramados del poder neoliberal lo tienen en claro, y tienen en claro también las alianzas y articulaciones para generar estrategias de batalla simbólica: así surge el *lawfare*.

Insoportablemente vivo

“Este tribunal seguramente tiene la condena escrita.

No me interesa. A mí me absolvió la historia”.

Cristina Fernández.

Maria Casullo se pregunta “¿Por qué está insoportablemente vivo el populismo?” entendiendo tal concepto como un fenómeno político en el cual confluyen tres características necesarias:

“Un líder con fuerte personalismo y centralidad política, que suscita el apoyo de un colectivo de individuos movilizados (la mayor parte de las veces activamente y en el ámbito público) detrás de un discurso antagonista que divide el campo político entre un “nosotros” popular y un “ellos” (la élite)” (Casullo, 2019 p.40).

Las experiencias nacional populares latinoamericanas han generado debates académicos de gran desarrollo teórico y práctico por parte de pensadores europeos como Chantal Mouffe e Iñigo Errejón que problematizan las victorias en materia de la política y las edificaciones simbólicas en materia de lo político.

Damian Selci va a desarrollar en su libro **Teoría de la Militancia** una problematización diferente, en torno a la derrota y a la crisis de los populismos latinoamericanos, proponiendo una relectura de Laclau en pos de generar respuestas combativas a las políticas neoliberales. Es así como desarrolla una noción de pueblo a partir de la articulación de demandas insatisfechas basadas en el tridente discurso-hegemonía-retórica (Celsi 2019 p.27) para poder construir un sujeto político que parta de un nosotros, y que acorde a estas experiencias nacional populares, se ha logrado finalmente establecer en torno a la figura del militante que lucha por la obtención de derechos, de demandas insatisfechas. En donde, finalmente, se abre el campo de batalla en una infinidad de cuerpos/territorios: Los propios, y por consecuencia en la necesidad de establecer una teoría que organiza conceptualmente a este sujeto político porque “con los gobiernos populistas no alcanza” (Celsi, 2019 p. 102).

¿Entonces qué sucede con los populismos de izquierda en Latinoamérica finalmente?
 ¿Son ejemplos de construcción política y de soberanía en materia de derechos, igualdad y justicia? ¿O están siendo duramente golpeados por nuevas y mejores armas estratégicas y silenciosas que se desarrollan en el orden del discurso?

Cristina Fernandez, en su alegato, va a desarrollar el concepto de *lawfare* como una corriente regional que a través de los poderes judiciales de los distintos países, estigmatiza y persigue a los movimientos populares y a los dirigentes, en reemplazo de los golpes de estado militares:

“Ya no es necesario desaparecer mediáticamente, materialmente a los dirigentes políticos sino que con lo mediático se lo suprime. ¿Y cómo se concatena esto? Bueno, el *lawfare* no es solamente la persecución desde el poder judicial. Es además la articulación con los medios de comunicación. ¿Por qué? ¿Cómo se hace esto? ¿Únicamente porque los medios de comunicación titulan: corrupción, aquél es un corrupto, aquella es una corrupta? No, no, no. Cuentan cosas que no existen en los expedientes. O sea: relatan, forman un relato que después no encuentran asidero en las pruebas y en los hechos concretos que tienen los expedientes judiciales que tramitan en el Poder Judicial. Pero claro, ya cuando se deciden las sentencias tienen que ver con lo que apareció publicado en los medios pero poco o nada absolutamente que ver con lo que aparece en el expediente.”⁽⁴⁾

De esta forma, deja por demás claro los mecanismos y las articulaciones que se desarrollan en el entramado de las nuevas herramientas de disputa de lo hegemónico y donde se juega también la identificación y la problematización del antagónico en el orden del discurso.

El *nosotros* y el *ellos* se manifiesta a partir de la ruptura ideológica donde el nosotros se encarna en los gobiernos populares de izquierda y el ellos, los otros, son representados por el poder real que se rehúsa a disputar su *status quo*.

(4) <https://www.pagina12.com.ar/327484-el-alegato-completo-de-cristina-kirchner-en-la-causa-dolar-f>

El *lawfare* se manifestó en nuestro país a partir de todas sus dinámicas: Principalmente el timing político en donde al respecto Cristina Fernandez expresa:

“Se estableció que la fecha de mi participación y calculo que la del resto también iba a ser el 1 de marzo de este año. Así se me notificó. Ya ahí dije: bueno, evidentemente el *lawfare* sigue en su pleno apogeo. Me preocupa y no puedo no pensar que es *lawfare* porque si fue un error es más grave todavía. Me preocuparía sobremanera que el tribunal, sus secretarios, sus funcionarios ignoraran artículos de la Constitución Nacional que establecen que todos los primeros de marzo el Presidente tiene la obligación constitucional de ir a rendir cuentas sobre el estado de situación del Estado. Y obviamente está acompañado por la Vicepresidenta (...) que es la que preside la Asamblea Legislativa, tal cual lo marca también la Constitución”.⁽⁵⁾

También con la reorganización del aparato judicial en donde, una de las primeras medidas del gobierno de Mauricio Macri fue designar dos jueces de la Suprema Corte, por intermedio de un DNU; por el doble rasero de la ley, donde se ocultaron o se desestimaron causas judiciales que comprometían a dirigentes del Gobierno de Cambiemos; y también a partir de la utilización de los medios de comunicación como armas al intentar no dar el espacio de circulación de su mensaje:

“También insistí en la publicidad porque siempre se negó la presencia de los medios de comunicación que ingresarán a la sala, me pasó lo mismo en “Obra Pública”.⁽⁶⁾

Conclusión

*“¿Preguntas? Preguntas van a tener
que responder ustedes, no yo”.
Cristina Fernandez.*

Esta ponencia no es neutral. Está abordada, desarrollada y problematizada a partir de una convicción política insertada dentro del campo nacional y popular, atravesada por un eje analítico que aportaron las conceptualizaciones claves de Chantal Mouffe y Ernesto Laclau, y centrada en torno al fenómeno de *lawfare* en el que consideramos se desarrollan los nuevos golpes a las democracias latinoamericanas.

La identificación del antagonico a partir del orden discursivo del alegato de Cristina Fernández es claramente histórica, ideológica y política: No es la vicepresidenta contra el Poder Judicial, no es una mujer contra un bastión machista y vetusto. Es la historia de miles y miles de sujetos políticos que se significaron como sujetos políticos, que entendieron que la organización militante hacía la diferencia, porque la política era y sigue siendo la herramienta de transformación de las desigualdades de nuestro tiempo. Es la

(5) <https://www.pagina12.com.ar/327484-el-alegato-completo-de-cristina-kirchner-en-la-causa-dolar-f>

(6) <https://www.pagina12.com.ar/327484-el-alegato-completo-de-cristina-kirchner-en-la-causa-dolar-f>

construcción de un nuevo orden social, de un nuevo contrato social que levanta las banderas de la justicia, el amor y la igualdad; que concibe a un otro no como un enemigo, sino como un compañero para construir una Patria justa, libre y soberana.

Del otro lado, no se encuentra el Poder Judicial, sino la representación del poder real en Argentina, que no se ve pero que controla y defiende a regañadientes sus lugares de privilegio. Son los que creen en la teoría del derrame, del orden del liberalismo económico y político.

En el medio surge una grieta, que es concebida como grieta porque opone dos posturas históricamente irreconciliables: La del pueblo y la de la oligarquía.

Las construcciones de sentido social y de lo político que se generan a partir del fenómeno de *lawfare*, no sólo invitan a pensar y reflexionar sobre el fenómeno en sí, sino que también nos inducen a planificar propuestas comunicacionales que generen una práctica contra *lawfare* a partir de una tríada que necesariamente tiene que englobar una propuesta activa, no reactiva, en torno a las fake news, al derecho a la comunicación y al tratamiento de los discursos de odio.

Las posturas irreconciliables no sólo sirven para problematizar la figura del antagónico y de las prácticas contrahegemónicas, sino también para promover desde lo político un nuevo accionar en el pensamiento de la comunicación latinoamericana.

Referencias

- Casullo, M.** (2019). *¿Por qué funciona el populismo?*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI Ediciones.
- Errejón, I. y Mouffe, C.** (2015). "Construir pueblo. Hegemonía y radicalización de la democracia". Icaria editorial. Barcelona, España.
- Huergo, J.** (2000). "Hegemonía: un concepto clave para entender la comunicación". La Plata: Ediciones de la Facultad de Periodismo y Comunicación Social.
- Martinuzzi, A.** (año). "Hegemonía, un enfoque teórico para pensar lógicas en corrientes de opinión". Facultad de Periodismo y Comunicación Social – UNLP. La Plata, Argentina
- Laclau, E.** (2009). Populismo: ¿qué nos dice el nombre? en "El populismo como espejo de la democracia".
- Laclau, E. y Mouffe, C.** (1985). "Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia". Fondo de Cultura Económica de Argentina. Buenos Aires, Argentina.
- Mouffe, C.** (2007). "En torno a lo político". Fondo de Cultura Económica de Argentina. Buenos Aires, Argentina.
- (2019). *Por un populismo de izquierda*. Siglo XXI editores. Buenos Aires, Argentina.

Retamozo, M. (2009). "Lo político y la política: los sujetos políticos, conformación y disputa por el orden social". Revista Mexicana de Ciencias Políticas. Distrito Federal, México.

Selci, D. (2018). Teoría de la militancia. Organización y poder popular. Cuarenta Ríos. Buenos Aires, Argentina

----- (2020). La organización permanente. Cuarenta Ríos. Buenos Aires, Argentina.

Sitios web

<https://www.pagina12.com.ar/327484-el-alegato-completo-de-cristina-kirchner-en-la-causa-dolar-f>

Mesa 29

Lex Mercatoria y *lawfare*: la estrategia para mantener en el poder a los gobiernos funcionales al autoritarismo de mercado

Andressa Oliveira Soares - Manoela Carneiro Roland
Manuel E. Gándara Carballido

ANDRESSA OLIVEIRA SOARES* - MANOELA CARNEIRO ROLAND**

La ideología desarrollista, la captura corporativa y la necesidad de un derecho internacional desde abajo

Derecho Internacional de Posguerra e Ideología del Desarrollo

El clima de posguerra posterior a mediados del siglo XX produjo cambios fundamentales en las estructuras del mundo conocido hasta entonces. El Derecho Internacional Clásico, hasta entonces vigente, entró en crisis. Diez de Velasco (1997) atribuye tres factores principales al cambio estructural en el sistema.

La primera de ellas sería la revolución soviética, que culminó con el surgimiento de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) y el bloque socialista, y creó un polo de poder capaz, en ese momento, de confrontar al capitalismo cristiano occidental y al liberalismo económico. . Por tanto, el movimiento de descolonización del “tercer mundo” que siguió a la Segunda Guerra Mundial, llamado la revolución colonial por Diez de Velasco (1997, p. 60), generó la expansión de la sociedad internacional, con el aumento de Estados y conflicto de intereses. entre las nuevas naciones, que aspiraban a alcanzar el patrón de desarrollo de los países industrializados, y los antiguos colonizadores.

La batalla por la soberanía de los estados, por sus recursos naturales y por el equilibrio de intereses y relaciones de los países exportadores de materias primas e importadores

(*) Doctorante en Derecho Internacional en la Universidad de São Paulo (USP). Máster en Derechos Humanos en la Universidad Federal de Juiz de Fora (UFJF). Coordinadora de Investigación de Homa – Centro de Derechos Humanos y Empresas. Correo Electrónico: andressaosoares7@gmail.com

(**) Doctora en Derecho Internacional por la Universidad del Estado de Rio de Janeiro (UERJ). Máster en Relaciones Internacionales por la Pontificia Universidad Católica de Rio de Janeiro (PUC-RIO). Profesora Asociada II de la Universidad Federal de Juiz de Fora (UFJF). Coordinadora General de Homa – Centro de Derechos Humanos y Empresas de la Universidad Federal de Juiz de Fora. E-mail: manoelaroland@gmail.com

de tecnología (en desarrollo) con los países desarrollados se intensificó por la explosión demográfica, la degradación ambiental y el riesgo de agotamiento de las fuentes de energía. La revolución técnica y científica, todavía en boga, representa el último factor modificador del orden internacional clásico (Diez De Velasco, 1997, p. 61).

Por supuesto, los cambios no fueron exclusivamente en el ámbito jurídico y político, sino que de hecho fueron motivados por cambios en el sistema económico y social. Especialmente a partir de los años 70, bajo el fenómeno conocido como globalización, uno de los principales cambios fue en las formas de producción, que comenzaron a buscar una mayor expansión y en las grandes empresas que cada vez buscaban más insumos en otros lugares (Rajagopal, 2005, p. 49-). 51).

Sin embargo, los mecanismos regulatorios de esta actividad empresarial no se han expandido de la misma manera (Aragão, Roland, 2017, p. 134). Desde mediados del siglo XX, la explotación desenfrenada de las corporaciones fue sentida por los países del "Tercer Mundo", el nombre de los países en desarrollo, que comenzaron a exigir el control de las acciones de las empresas en su territorio en ese momento. Después de todo, era un momento de descolonización en África y partes de América Latina y el miedo a una "recolonización" estaba muy presente (Aragão, 2017, p. 52).

Con la globalización antes mencionada y el auge del modelo productivo neoliberal a partir de los años 70, alcanzando su punto máximo en los 80/90, se consolida la expansión de estas grandes corporaciones (Zubizarreta, Ramiro, 2016). Las demandas de los países en desarrollo vieron mitigado su impacto y los nuevos actores tuvieron su lugar cada vez más establecido en el orden internacional.

La que podría ser una de las explicaciones de por qué los países en desarrollo aceptaron tanto la expansión a menudo insostenible de las actividades de las empresas extranjeras en su territorio, siendo cómplices o, en ocasiones, incapaces de afrontarla, es precisamente esto: el desarrollo. O, al menos, el discurso del desarrollo construido y considerado universalmente aceptado durante el último siglo.

El profesor Balakrishnan Rajagopal, del Instituto Tecnológico de Massachusetts (MIT), desde mayo de 2020 Relator Especial de la ONU sobre el derecho a una vivienda adecuada, tiene un trabajo muy consistente sobre las implicaciones del desarrollo y las relaciones entre los Estados y el Derecho Internacional, analizando el impacto que discursos como "desarrollo" y "globalización" tienen sobre la estratificación de las naciones (Garavito, 2005).

La "ideología del desarrollo", según el autor, tuvo tres momentos principales durante su construcción, que se situarían entre el deseo de avanzar de lo primitivo a lo civilizado de manera estrictamente cultural, y el intento de desarrollar lo atrasado a lo moderno. en términos de bienestar material, llamado por el autor del desarrollo (Rajagopal, 2005, p. 49).

El primer momento fue una división más teológica, entre “cristianos e infieles”. Esta sería la lógica detrás de la evolución de la teoría clásica de la soberanía, que se basa en los textos elaborados por Francisco de Vittoria, hasta hoy considerado como el “fundador” del Derecho Internacional. El derecho internacional contemporáneo todavía presenta los fundamentos de este pensamiento, por ejemplo, a la hora de justificar determinadas intervenciones humanitarias (Rajagopal, 2005, p. 49).

La segunda fase se construyó sobre una base más económica, en la que existía una división entre pueblos civilizados y no civilizados, que aún era premoderna, pero que ya era una clasificación atribuida a los pueblos comerciales y otros pueblos. Este momento es importante porque, según el autor (Rajagopal, 2005, p. 50), representó el establecimiento de un vínculo entre el estatus de civilización y el capitalismo, que luego representó un barniz de moralidad para la explotación de las colonias.

El tercer momento sería la construcción de un concepto de desarrollo para controlar las luchas anticoloniales que cobraron fuerza en los años 40 y 50 del siglo pasado. La posguerra también produjo un agotamiento de la idea de colonización y, por ello, los movimientos y las luchas por la independencia tuvieron éxito, lo que podría amenazar el statu quo. Lo que se percibe, entonces, es la sustitución de la lógica colonizadora - colonia por la lógica desarrollada - subdesarrollada, como una forma de demarcar la jerarquía entre estos dos tipos de países. La terminología del Primer, Segundo y Tercer Mundo deja muy clara esta estratificación (Rajagopal, 2005, p. 50).

La principal tesis que defiende el autor es que el discurso del desarrollo vende la idea de que existe incluso una intención humanitaria de los países ricos de promover el mejoramiento de los “pueblos atrasados” a través de técnicas, principalmente ciencia y tecnología, importadas del mundo occidental, independientemente de si fueron creados en contextos políticos específicos, o si representaron una forma de estado que fue seleccionada por pocos para ser un modelo de lo que debería lograrse.

Aquí se puede ver un interesante paralelo con Milton Santos (2004), un geógrafo brasileño que durante años estudió el proceso de globalización y presenta un entendimiento que concuerda con la idea presentada por Rajagopal cuando dice que hubo una “globalización de técnicas”. Esta denominación, de hecho, significó imponer la forma de investigar, desarrollar y producir a partir de lo que se hacía en los países ricos, sin dejar que otras naciones realmente desarrollaran sus propias técnicas o sin tener en cuenta las técnicas que ya utilizaban.

El autor sostiene que la globalización se nos vende como una gran fábula, basada en fantasías que no se sostienen en el mundo real, pero que, después de tanto repetirse, se vuelven creíbles e incluso defendidas en la sociedad. Esto se debe a que dicho discurso mantiene los engranajes del sistema funcionando sin mayores inconvenientes (Santos, 2004, p. 8).

Sin embargo, lo que se ve en la práctica es la globalización como una perversidad, porque cuanto más avances en términos tecnológicos y relacionales parecen ocurrir, menos parece mejorar la vida de la mayoría de las personas, especialmente en el Sur Global. El desempleo aumenta, el ingreso promedio tiende a disminuir, no hay mejoras significativas en la reducción de la mortalidad infantil y las enfermedades crónicas, por ejemplo (Santos, 2004, p. 9).

La globalización, entonces, presentaría beneficios limitados e inaccesibles para la mayoría de las comunidades en todo el mundo, que se encuentran rehenes del sistema sin disfrutarlo. Y lo que es peor, estos beneficios tienen costos significativos, que soportan aquellos que simplemente no acceden a los beneficios. Se puede concluir, entonces, que no hubo una ruptura con la lógica colonial, sino una cooptación de esta lógica.

Rajagopal (2005, p. 51) menciona cómo este “triumfo” del discurso del desarrollo no ha dejado al Derecho Internacional inmune. De hecho, a medida que el derecho internacional clásico fue debilitado y desacreditado en sus creencias más centrales por la tragedia presenciada por las dos grandes guerras y el fracaso de la Sociedad de Naciones, los internacionalistas se unieron en torno a la idea emancipadora de la modernidad presentada por el desarrollo, especialmente aquellos del “primer mundo”, para enfrentar críticas de excesivo realismo o utopía. El desarrollo ofreció un nuevo “énfasis” en el pragmatismo, institucionalismo y funcionalismo (Rajagopal, 2005, p. 55). Los juristas del “tercer mundo”, en cambio, también vieron en la idea desarrollista y en el surgimiento de nuevas instituciones en la DIP una oportunidad para consolidar el “proyecto de construcción nacional” de los nuevos Estados.

Es importante darse cuenta de cómo los internacionalistas de países en desarrollo y desarrollados, a pesar de los desacuerdos sobre el propósito del Estado en la Economía o qué grupo de derechos humanos (civiles y políticos o sociales, económicos y culturales) deben ser priorizados presentes durante las negociaciones de La Los pactos de 1966 y el trabajo de NOEI compartían una creencia central en las instituciones internacionales, el desarrollo y los derechos humanos.

En esta línea, las Instituciones de Bretton Woods (IBW), a saber, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, fueron relevantes en la consolidación de este discurso. Rajagopal (2005) sostiene que, además de las críticas neomarxistas de que estas instituciones representan un mecanismo de explotación de los países ricos, son complejas y han cambiado de rumbo a lo largo de las décadas, al interactuar con los movimientos sociales.

A pesar de comenzar con una postura puramente desarrollista, después de los movimientos de los 70, dieron un giro para observar las necesidades en las regiones más pobres del globo. Este cambio, sin embargo, dio lugar a la institucionalización de la pobreza ya la construcción de un “nuevo” discurso de desarrollo (Rajagopal, 2005, p. 140).

A continuación, el autor destaca la interconexión e interdependencia entre el Derecho Internacional (conjunto de doctrinas, normas, instituciones y prácticas) y el discurso del desarrollo, en el que el primero garantizó la transmisión, evolución y consolidación de la práctica del segundo, mientras que el segundo confirió a la primera, fuerza para su expansión y una nueva idea alrededor de la cual “reinventar”, entre comillas, ya que nunca ha habido una ruptura real con el poder etnocéntrico occidental (Rajagopal, 2005, p. 52).

Esta dialéctica problemática, ignorada por la mayoría de los internacionalistas, es el punto central de la investigación de Rajagopal, que concluye que la resistencia de los movimientos populares y colectivos contra la violencia del desarrollo que ha afectado a millones de personas, incluso a las que han tenido éxito, se hace completamente invisible. por el trabajo académico de Derecho Internacional y Derechos Humanos.

Resistencia de las bases y derechos humanos

El discurso de los Derechos Humanos surge en este mismo contexto y tiene como hito de su internacionalización la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en la que ratificaron instrumentos normativos internacionales de respeto a los derechos humanos, pero violaron muchos de estos derechos fuera de su territorio. Como una forma de ejemplificar el argumento, Rajagopal (2005, p. 51) menciona el caso del Reino Unido, que firmó la Carta de la ONU que establece el derecho a la autodeterminación de los pueblos, mientras reprime fuertemente la lucha anticolonial en Kenia.

Cabe señalar que, en este trabajo, se utiliza la perspectiva de la doctrina crítica de los Derechos Humanos, que tiene como adherentes, entre otros, al sociólogo portugués de la Universidad de Coimbra, Boaventura de Sousa Santos, al jurista griego, catedrático de la Universidad de Londres, Costas Douzinas, y el profesor de español Joaquín Herrera Flores.

Estos autores destacan cómo este conjunto de derechos, de matriz cristiana occidental y contruidos bajo esta perspectiva desarrollista, sirvió de discurso para una expansión del modelo productivo que se dio en el siglo XX, el mismo que trabajaron Rajagopal y Milton Santos.

Es interesante notar, al analizar el trabajo de todos los autores, cómo se dio una apropiación del contenido precisamente desde los Derechos Humanos dentro del discurso del desarrollo y los dos se volvieron casi complementarios. Rajagopal (2005, p. 53) advierte del peligro de esta relación, teniendo en cuenta que los Derechos Humanos previstos en los diplomas internacionales hoy justifican, junto con el desarrollo, muchas acciones de las naciones poderosas.

Boaventura de Sousa Santos (1997, p. 17) entiende que el proceso denominado globalización de la producción y su división internacional toma la forma de “localismos globalizados” (características culturales de los países desarrollados que se exportan como globales) y “globalismos localizados” (siendo este es el impacto de estas características que se asume que son globales en las sociedades locales de los países en desarrollo).

Se puede decir que la forma “clásica” de entender los Derechos Humanos los presenta como un rol positivo, cargado de ideología liberal, pero barnizado con un universalismo abstracto, que justificaría la expansión del modelo occidental de mercado y de vida, al menos por el momento. El verdadero contenido de los derechos humanos se vació de su origen de lucha y resistencia y su nómina específicamente seleccionada se convirtió en la única forma de resistencia autorizada (Rajagopal, 2003, p. 405).

Herrera Flores, en su reconocida obra “La reinención de los derechos humanos” (2007), sostiene que vivimos en un nuevo contexto en el siglo XXI, exacerbado principalmente tras la caída del Muro de Berlín en 1989. Los desacuerdos mencionados en el anterior El sector entre las naciones se suaviza gradualmente en el escenario económico por la expansión del neoliberalismo, que redujo la participación del Estado en las actividades de mercado (p. 24). Según Rajagopal (2005, p. 53), fue otro error de los entusiastas abogados del desarrollo creer que los derechos humanos serían el campo ideal para discutir sus desacuerdos sobre el papel del Estado en la Economía.

Poco a poco, se siguió la inversión de roles en los que el control lo ejercen las instituciones del mercado, como las instituciones de Bretton-Woods y, en la década de 1990, la Organización Mundial del Comercio. Se produjo entonces lo que el autor afirma ser una sustitución de los “derechos adquiridos” por las llamadas “libertades” (Herrera Flores, 2007, p. 25). Las consecuencias fueron de alto costo social, al punto que asistimos al modelo neoliberal ampliando el abismo de injusticias y desigualdades entre la cúspide y la base de la pirámide.

Por tanto, queda latente la necesidad de presentar una nueva perspectiva en relación a los derechos humanos, capaz de recuperar las prácticas emancipadoras como fuente de estos derechos. Después de todo, la perspectiva hegemónica, que aún hoy se mantiene fuerte, es “simplista” (como diría Herrera Flores) e incluso “ahistórica” (como define Rajagopal), que limita el contenido de los derechos humanos al “derecho a tener derechos”. Y lo que es peor, surge de una narrativa que se presenta como un liberal jurnaturalista y nos lleva a pensar que tenemos derechos incluso antes de poder ejercerlos (Herrera Flores, 2007, p. 27), pero que, de hecho, lleva consigo la consolidación. de intereses en una lógica aún imperialista (Rajagopal, 2005, p. 60).

Crear que la narrativa tradicional basada en esta doctrina puede ser suficiente para responder y mitigar las vulnerabilidades de los pueblos y comunidades es distanciarse

completamente de la realidad de los hechos. La respuesta, entonces, sería rescatar la historia de las masas, totalmente borrada a lo largo de los años, para entender qué son los derechos humanos al fin y al cabo y cómo se pueden proteger, convirtiéndolos en un medio eficaz de reivindicación popular.

El primer paso es cambiar la forma en que se narran los eventos. En la doctrina jurídica, se opta sistemáticamente por contabilizar las transformaciones históricas bajo el lente de las instituciones jurídicas, en episodios aparentemente aislados, como los marcos legales, los aportes de los tribunales y el papel de los juristas y practicantes del derecho. Este enfoque tradicional en Occidente tiene dos problemas principales, según Rajagopal (2003, p. 402), a saber, la fuente y el método.

En la fuente, la limitación está en la visión jurídica de los hechos, centrada en textos provenientes de instituciones formales, incluidas decisiones de tribunales internacionales, como la Corte Internacional de Justicia, y el mecanismo de solución de controversias de la OMC. Por tanto, no queda espacio para los textos de "resistencia", que serían actos de interpretación de grupos o individuos, con el alcance de confrontar la interpretación institucional del Derecho.

El problema del método se refiere a apuntar al análisis jurídico en busca de lagunas o fallas en los textos oficiales, para que la Ley se retroalimente y así permanezca estática. Por mucho que el relevamiento de fallas en la legislación y las decisiones cumpla un propósito importante, no es suficiente si no se relaciona con el origen del problema, que está en el contexto político y social. Si esto no se tiene en cuenta, no se pueden identificar las soluciones, solo las fallas (Rajagopal, 2003, p. 402).

Al analizar la investigación realizada en Derecho, podemos ver que la mayoría sigue exactamente este formato y recurre a sus propios textos para encontrar las respuestas. Lo mismo ocurre en la práctica de los tribunales, que se sumergen en su propia jurisprudencia o en la negociación de textos de tratados, que avanzan poco en relación a lo ya establecido en la doctrina jurídica. Es claro que los mecanismos judiciales deben tener límites más concretos, pero si la propia academia se niega a avanzar y atreverse en sus investigaciones, sirve de poco o de nada para sustentar los cambios sociales, ni ayuda a acelerar el cumplimiento de las demandas de las luchas desde la base.

Es por ello que este trabajo está dedicado a intentar ampliar lo argumentado y discutido en la negociación del Tratado Internacional de Derechos Humanos y Empresas (que se trabajará mejor en el próximo capítulo), bajo el riesgo de creencias contrapuestas consolidadas en el DIP. No se cree que haya investigación cuando no hay audacia ni innovación.

Rajagopal (2003, p. 405-407) enfatiza que los estudios del DIP deben estar abiertos tanto para abordar las dinámicas institucionales y extrainstitucionales como para observar

cómo el movimiento de masas define el fracaso o el éxito de las instituciones. A pesar del esfuerzo de algunos teóricos por sumar actores no estatales como actores del Derecho Internacional, ya no es suficiente, ya que gran parte de lo que ocurre en los espacios de movilización de la sociedad civil aún se pierde y que siguen existiendo brechas elitistas en el discurso de la sociedad civil. categorías legales como los derechos humanos (que pretenden hablar por los que sufren).

Sin embargo, es un desafío romper con la lógica clásica e intentar construir una teoría basada en la resistencia. La búsqueda del marco teórico de Rajagopal se da en este sentido, ya que el autor hace de este tema su principal estudio. El punto de vista de la autora coincide con el de Herrera Flores, quien entiende que hubo un cambio en el carácter de los movimientos sociales a partir de la década de 1970, a partir de nuevas formas de explotación y dominación, y también el desencanto con la violencia derivada de la búsqueda de desarrollo.

Es una ardua tarea caracterizar estos movimientos, por su pluralidad, la complejidad de la formación, el diferente nivel de éxito, las variadas motivaciones de las organizaciones para adherirse a la agenda y el entendimiento disconforme entre los investigadores sobre la noción de conflicto (Rajagopal, 2003, págs.408-411). Esta dificultad hizo que tanto la teoría liberal como la marxista fueran insuficientes para estudiar nuevas formas de resistencia.

En el caso de la teoría liberal, el primer problema radica en una división muy marcada entre el ámbito público y el privado, que generalmente delega la protección jurídica en el ámbito público. Existe una brecha, entonces, al analizar la dinámica de poder relacionada con las relaciones privadas a través de esta teoría. La segunda limitación del liberalismo es la creencia de que la política solo debe llevarse a cabo en ámbitos institucionales y "legítimos", como los partidos políticos. Esta tendencia a unificar el espacio político excluye la política que se lleva a cabo en otros ámbitos y promueve una versión corrupta del estatismo (Rajagopal, 2003, p. 411-412).

Además de intentar unificar el espacio político, el liberalismo intenta unificar a los actores sociales creando espacios en los que se supone que están representados. El problema radica en la probada heterogeneidad y pluralidad de la práctica de la movilización de masas, que este modelo no puede acomodar. Finalmente, a partir de la perspectiva weberiana de que el Estado resolvería con neutralidad A pesar de las contradicciones que surgieron de las instituciones de la sociedad civil, como la familia y el mercado, la teoría liberal parte de un punto de vista favorable y armonioso en relación al crecimiento económico, que resultó ser defectuoso cuando el Estado, de hecho, colonizó todos los espacios de la sociedad civil (Rajagopal, 2003, p. 411-412), incluso capturados por los intereses del mercado.

La teoría marxista, a su vez, brindó las herramientas para el análisis de los movimientos sociales durante mucho tiempo, pero se topó con las movilizaciones que surgieron como respuesta a su fracaso como discurso de liberación (Rajagopal, 2003, p. 413-415). El primer factor de este fracaso fue la rígida clasificación de la identidad de los agentes sociales en estructuras que privilegian a un grupo sobre otros (por ejemplo, los proletariados en la vanguardia de los campesinos). Las luchas que no tenían una base de clases bien definida, entonces, fueron excluidas dentro del marxismo (como la opresión de las mujeres, por ejemplo).

El segundo factor sería la no consideración de los aspectos culturales en las movilizaciones, que en el "Tercer Mundo" siguieron con fuerza los aspectos económicos. Otro punto sería la idea compartida con el liberalismo de un espacio político unificado y del Estado como principal agente de transformación económica y social. Finalmente, la teoría marxista no ha podido brindar las herramientas teóricas para comprender y responder a nuevos aspectos de la economía globalizada. Movimientos como los de pueblos indígenas, pescadores, campesinos, antiglobalización, serían el resultado del fracaso del marxismo como doctrina de izquierda plenamente coherente.

Los movimientos sociales se acercan y parten de distintos puntos tanto de las teorías como de sus derivadas, pues buscan preservar la autonomía implícita en el positivismo, pero abandonan la noción del Estado como colectividad capaz de garantizarlo. También comparten la sospecha con los naturalistas sobre el leviatán, pero creen en la multiplicidad de escenarios y colectividad como actores políticos más que como individuos. Rajagopal (2003, p. 415 - 418), entonces, entiende que las movilizaciones populares tienen una forma de política propia que él llamaría "política cultural". El propósito de esta definición no es, sin embargo, caer en la falsa dicotomía que se utilizó para separar los viejos movimientos (centrados en las luchas por los recursos) de los nuevos (centrados en las pautas de identidad), separación con la que no está de acuerdo. La idea es entender que los movimientos sociales de finales del siglo XX y que continúan en el siglo XXI tienen un fuerte contenido identitario dentro de la lucha por la supervivencia.

Partiendo de la idea de la colectividad como agente de cambio, el derecho realizado fuera de las instituciones formales, la importancia de mover las bases para la construcción de transformaciones sociales y jurídicas, el trabajo se centrará en la perspectiva construida por la sociedad civil para la negociación del Tratado Internacional.

La teoría aquí desarrollada entiende que los Derechos Humanos, mucho más que los integrados en los diplomas internacionales, es el conjunto de luchas provenientes de grupos marginados y oprimidos en la búsqueda de acceso a bienes materiales e inmateriales que garanticen la vida con dignidad, que, puede o puede no estar previstas en un sistema de garantías, deben estarlo (Herrera Flores, 2007, p. 32-34).

Referencias

- Aragão, D.** (2017). Controvérsias da Política Mundial em Direitos Humanos: o contexto em que se discute o Tratado sobre corporações transnacionais. (Homa Publica Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas, vol 1, n. 02, 49-63).
- Aragão, D. & Roland, M.** (2017). The Need for a Treaty: expectations on counter hegemony and the role of civil society. Deva, S. & Bilchitz, D. Building a Treaty on Human Rights: context and contour. (Cambridge: Cambridge University Press, 132-153).
- Herrera Flores, Joaquín** (2009). A reinvenção dos direitos humanos. (Florianópolis: Fundação Boiteux, 232 p).
- Rajagopal, Balakrishnan** (2005). El Derecho Internacional desde abajo: el desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del Tercer Mundo. (Bogotá: ILSA, 366 p).
- (2002). From Modernization to Democratization: the political economy of the "new" international law. In: FALK, Richard et al. Reframing the International: law, culture, politics. (New York: Routledge, Cap. 7. p. 136-162).
- (2000). From Resistance to Renewal: The third world, Social Movements and the expansion of International Institutions. In: Havard International Law Journal. (Cambridge: Havard, vol. 41, n. 2, p. 529-578)
- (1997). International Law and the Development Encounter: violence and resistance at the margins. Proceedings Of The 93Rd Annual Meeting On Violence, Money, Power And Culture: Reviewing the internationalist legacy, (Washington, Dc, v. 1, n. 1, p. 16-27).
- Santos, B. S.** (1997). Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. (Revista Crítica de Ciências Sociais, Coimbra, v. 1, n. 48, 11-32).
- Santos, Milton.** (2004). Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal. 11. ed, (Rio de Janeiro: Record).
- Zubizarreta, J.H. & Ramiro, P.** (2016). Against the 'Lex Mercatoria': proposals and alternatives for controlling transnational corporations. (Madrid: OMAL).

MANUEL E. GÁNDARA CARBALLIDO*

Guerras jurídicas (*lawfare*), contextos y pre-textos

Introducción

Las reflexiones que se presentan a continuación no tienen como objeto el núcleo duro del *lawfare*; tampoco la descripción del fenómeno o su caracterización en nuestro momento histórico. Nuestro propósito es más modesto; con un carácter complementario a los debates que sobre esta materia se vienen ofreciendo desde el ámbito jurídico. Nos anima compartir algunas ideas e inquietudes surgidas a partir de un pensar "impuro". Frente a la abstracción y descontextualización en que incurre la propuesta liberal del derecho, advertimos la necesidad de una filosofía impura capaz de reconocer y hacerse cargo de las condiciones concretas de la dinámica social de la que surge el derecho y a las cuales responde.⁽¹⁾

Por ello, queremos ofrecer algunas aproximaciones, referidas a lo que podríamos denominar el contexto y el pre-texto⁽²⁾ de las actuales guerras jurídicas. Estamos convencidos de la necesidad de conocimientos contextuales, para poder así dar cuenta de las "complejidades relacionales" de este fenómeno social.

(*) Doctor en Derechos Humanos; profesor del Programa Máster Oficial Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo - Universidad Pablo de Olavide; miembro del Instituto Joaquín Herrera Flores – América Latina. En este momento realiza una estancia como profesor visitante en el Programa de Postgrado en Derecho (PPGD) de la Universidad Federal de Río de Janeiro (UFRJ).

(1) Herrera Flores, Joaquín. La reinención de los derechos humanos. Colección Ensayando. Sevilla: Atrapasueños, 2008.

(2) Jugamos aquí con la idea de "pre-texto", para señalar no solo el campo de las intenciones y las motivaciones que subyacen a una determinada práctica, sino también para apuntar a presupuestos que están por detrás del mero texto de la norma.

En el desarrollo de esta propuesta, partimos de la siguiente premisa: las guerras jurídicas, y más concretamente el uso del derecho para fines políticos, no son una novedad. El *lawfare* no es un fenómeno totalmente nuevo, pero sí se configura, como todo fenómeno sociohistórico, de manera inédita, dadas las particularidades de nuestro tiempo, en función de la manera como las relaciones de poder se constituyen, a través de elementos tanto de carácter material como simbólico que hacen viable la producción, reproducción y legitimación de los distintos sistemas de opresión.

En la parte final del artículo, dada la oportunidad abierta por las actuales prácticas de *lawfare* para continuar con el debate crítico sobre las dinámicas de opresión que atraviesan a nuestras sociedades, ofreceremos algunas ideas a propósito de la función social del derecho; para ello nos valdremos, en gran medida, de las propuestas de Joaquín Herrera Flores, quien, si bien no habló de *lawfare*, no dejó nunca de advertir sobre la ambivalencia del derecho y las múltiples disputas que lo atraviesan en su construcción e implementación.

Contextos

Resulta de primera importancia lograr una aproximación que permita observar los fenómenos sociales desde visiones múltiples, al mismo tiempo que situadas y contextualizadas; aproximaciones que nos ayuden a conocer el marco concreto en que dichos fenómenos tienen lugar y sean capaces de colocar en debate aspectos comúnmente invisibilizados y sus interrelaciones. Si bien este tipo de análisis aumenta los niveles de complejidad, también permite establecer posibles estrategias de acción que atiendan a las causas de fondo y hagan viables alternativas transformadoras. Las historias de nuestros países dan cuenta de hasta qué punto propuestas de análisis que desconocen los contextos sociopolíticos, económicos y culturales, terminan siendo poco favorables a las luchas por transformación social.

Creemos importante, por tanto, comprender los procesos de guerra jurídica (*lawfare*) que se vienen desarrollando a partir del marco que subyace a dicha práctica; un marco que está compuesto por un determinado sistema de valores socialmente asumidos (siempre de carácter histórico y convencional) y por las distintas formas de división social, sexual, étnica o territorial del hacer humano que se han impuesto.⁽³⁾

Todo fenómeno acontece en una formación social determinada y ha de ser comprendido en el marco de los procesos sociales y económicos que predominen en su contexto espacio/temporal. Así, las prácticas del derecho solo pueden ser entendidas en el marco

(3) Herrera Flores, Joaquín. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. En: **El Vuelo de Anteo**. Colección Palimpsesto 9. Derechos Humanos y Desarrollo. Bilbao: Desclée De Brouwer, S.A., 2000.

de la conjunción de los procesos sociales y económicos que atraviesan a la formación social en que tienen lugar. Por ello, una aproximación crítica al derecho no puede ignorar las dinámicas de poder que atraviesan a la propia sociedad y que están presentes en la constitución de las distintas instituciones sociales y en el establecimiento de los medios de legitimación vigentes.

Pretendo, a partir de aquí, proponer algunos aspectos que considero pueden ayudar a comprender el fenómeno de la guerra jurídica, pues subyacen a su puesta en marcha. Valga decir que se trata de aspectos que de tan presentes es común el que sean olvidados en los análisis. Por otra parte, dichos aspectos ameritan ser estudiados a partir de las particularidades sociohistóricas de cada país, cosa que aquí no haremos por cuestión de espacio. Nuestro objetivo en este texto se limita a una breve consideración a propósito de la necesidad de incorporar los elementos que mencionaremos a los debates.

Nuestro momento histórico podría ser caracterizado a partir de la irrupción, consolidación y protagonismo de grupos que elaboran su comprensión de la realidad y su intervención en la sociedad orientados por el neoliberalismo como modelo económico y como forma de racionalidad, por el tradicionalismo (muchas veces mezclado con expresiones religiosas fundamentalistas) en el campo moral y por el autoritarismo en el campo político. Todas estas estructuras de poder, siempre articuladas a estrategias de saber, no se presentan de forma superpuesta, sino que se entrecruzan y refuerzan entre ellas, generando una trama que se manifiesta de diversas maneras según los contextos específicos y las particularidades sociohistóricas de cada territorio. Afortunadamente, también existen grupos que practican lógicas alternativas y horizontales que buscan irrumpir en el escenario buscando transformaciones sociales de amplio espectro en dirección progresista.

Las crisis de las democracias y los ataques a los presupuestos sobre los que se ha formulado el Estado de Derecho, siendo mundiales, se manifiestan de manera particular en economías dependientes, capitalismo periféricos, con modelos de desarrollo extractivista. Nuestra descripción del marco contextual debe hacerse cargo de la aguda crisis que atraviesa hoy la democracia liberal como modelo, y de las distintas instituciones que le dan vida. Esta crisis de la democracia liberal tiene particulares características en los estados latinoamericanos, cuya conformación e historia les distancia del ideal republicano bajo el que se pretenden legitimar. Pocas veces la historia de nuestros pueblos (no entro en el debate sobre otros contextos históricos) confirma la concepción del estado a partir del ideal del bien común o del bienestar general; con mucha mayor frecuencia, el estado en América Latina ha sido espacio de disputa entre las élites para lograr una forma legítima (legitimada por el propio poder) de apropiación de las riquezas del territorio y el sometimiento de sus gentes. No podemos obviar el lugar que ocupan nuestros países en el Sistema-Mundo moderno-capitalista-colonial-patriarcal.

Un orden social sostenido sobre la base de la acumulación de capital, que legitima, relaciones asimétricas en el acceso a la propiedad, en el manejo de la información, en la construcción de conocimiento y en el control de las condiciones necesarias para vivir dignamente, debe, con justa razón, calificarse como estructuralmente contrario a derechos humanos. Su lógica básica configura una sociedad de “vencedores y perdedores estructurales”, respectivamente justificados y culpabilizados gracias a su aparato ideológico. Resulta evidente el carácter profundamente antidemocrático de semejante forma de organización de la vida en sociedad; si optamos, como de hecho lo hacemos, por radicalizar la democracia en los diferentes órdenes de la vida, eso se debe traducir en la exigencia de democratizar el poder en los distintos ámbitos y transformar así las relaciones económicas, la configuración cultural y la organización política.

Esto que venimos denunciando como erosión de las democracias se expresa en distintos fenómenos, con una caracterización variable según los diversos contextos sociohistóricos, pero que en su conjunto demuestra un vaciamiento y/o manipulación de las instituciones, los mecanismos y los procedimientos que dan vida y viabilizan la experiencia democrática. Muestras de esta “crisis de las democracias” son el agotamiento de las formas clásicas de representación, el desencanto frente a los mecanismos de legitimación del poder, la crítica que se hace a la distribución de poderes, el notorio auge de la extrema derecha y de liderazgos autoritarios, la judicialización de la política, la crisis de las formas tradicionales de comunicación política, el recurso a *fake news* como estrategia de manipulación de la opinión pública, la represión a movimientos sociales, etc. Todos estos fenómenos, como decimos, se distribuyen de manera distinta en cada territorio, con distinta intensidad y configuración según las distintas trayectorias y configuraciones de poder, pero en su conjunto dan cuenta de una crisis de las democracias.

Este entramado tiene la particularidad, propia de nuestro tiempo, de ser “viabilizado”, cuando no claramente producido y/o reproducido, aprovechando las nuevas formas de tecnología digital que han impactado seriamente los ámbitos de la información y la comunicación de nuestras sociedades. El despliegue de la informática, el fenómeno del *big data*, la capacidad de monitoreo de las acciones de los usuarios, la robotización unida a la inteligencia artificial y el internet de las cosas, han abierto un campo de posibilidades y desafíos que ponen en juego no solo los sistemas democráticos, sino la propia libertad y autonomía de cada uno de nosotros en cuanto sujetos éticos y políticos.

Otro elemento de particular relevancia en nuestro contexto sociohistórico, al que es necesario atender a la hora de intentar comprender la particular vulnerabilidad de nuestros procesos de democratización ante ataques como los que en esta hora se experimentan, son las permanencias autoritarias instaladas en la cultura y las instituciones.

Estas permanencias ya se arrastraban como producto de una historia de clasificación racista de la población, de un arraigado patriarcado con formas de machismo particularmente agresivas, de estructuras sociales altamente jerarquizadas, pero se vieron exacerbadas bajo regímenes dictatoriales de los que solo se logró salir (en la mayoría de los casos) por procesos de transición pactada con los propios grupos de poder. De esta manera, nunca se hizo realmente efectivo del derecho a la verdad, la justicia y la memoria, que aseguraran la necesaria depuración de las instituciones que participaron de dichas dictaduras cívico-militares. Nuestros estados perviven configurados por lógicas autoritarias instaladas en sus instituciones.

En este marco, afirmamos que es necesario desnaturalizar las supuestas evidencias que el capitalismo ha logrado instalar como forma de pensamiento. Se requiere imaginar alternativas concretas que permitan anudar el lazo social sobre la base de otra dinámica histórica que no sea la propuesta por el capitalismo neoliberal. Tal tarea, para que sea real y efectiva, exige el diálogo permanente entre los actores sociales que han reconocido la necesidad de esta transformación, y asumen el compromiso de hacerla posible.

El giro neo-autoritario al que asistimos acontece de la mano del neoliberalismo. El capitalismo financiero ha asumido que puede prescindir de la democracia; incluso de la muy descafeinada democracia liberal, cuyas reglas decía haber aceptado. En realidad, aceptó el juego democrático mientras no afectó su lógica de acumulación, o mientras no pudo hacer otra cosa, dada la correlación de fuerzas. El capitalismo neoliberal asume que no necesita atender a las condiciones de legitimidad democrática; prescinde de ellas, como prescinde del muy restringido estado de derecho. El derecho, como aquel rey del cuento, está desnudo.

El mercado, como sistema de competencia, genera unos modelos de relación social y una muy particular sensibilidad en los sujetos, y con ello define un horizonte de sentido, que no deciden únicamente sobre los productos y las formas de producción, sino también sobre los productores y su vida.⁽⁴⁾ Es por ello que el sociólogo Edgardo Lander afirma que las alternativas que se quieran generar al sistema capitalista requieren no sólo alternativas a los patrones de propiedad y de consumo de esta sociedad, sino igualmente alternativas a su cosmovisión, sus subjetividades, a sus modos de conocer y de producir.⁽⁵⁾

Nuestras sociedades de mercado están conformadas por sujetos aislados, que además se perciben entre sí como competidores que deben orientarse por el logro del máximo

(4) Hinkelammert, Franz. El mercado como sistema autoregulado y la crítica de Marx. En: **El sujeto y la ley. El retorno del sujeto reprimido**. Heredia: EUNA, 2003, p. 238.

(5) Lander, Edgardo. ¿Reinventar el socialismo? En: **Alternativas. Revista de análisis y reflexión teológica**. Año 19, N° 43, enero-junio 2012. Managua: Editorial Lascasiana, p. 38.

beneficio personal. En ellas, el consumo (o al menos la expectativa de consumo, cuando consumir no es posible) se convierte en “lugar estructural y autónomo de relaciones sociales, una forma nueva de poder, de derecho y de conocimiento.”⁽⁶⁾ En este “horizonte de sentido”, en el marco de este sistema societal, acontece el régimen civilizacional que Boaventura De Sousa Santos ha definido como fascismo social, caracterizado por diversas formas de marginación (apartheid social, fascismo de la inseguridad, fascismo paraestatal, fascismo financiero...) de extensas masas de población que quedan excluidas de toda forma de contrato social: jóvenes de guetos urbanos populares, campesinos, trabajadores del postfordismo, etc.⁽⁷⁾

Este contexto facilita, casi promueve, el que nuestros países sean sometidos al uso y abuso del derecho como herramienta de aniquilamiento político, donde el adversario es convertido en enemigo a ser anulado, con la activa participación de quienes, siendo actores políticos, actúan sin responsabilidad política: medios de comunicación, líderes religiosos, miembros del Poder Judicial, etc. Unos construyen el escenario, formulan las narrativas, dan forma al imaginario; otros actúan sin control democrático, al amparo de una supuesta neutralidad que nunca es tal.

En relación con el Poder Judicial, vale la pena recordar que, al fin y al cabo, es el menos democrático de los poderes en nuestros estados; es el ámbito de decisión al que los grupos de poder nunca renunciaron, para así controlar el proceso de democratización que, a duras penas, nuestros pueblos han venido construyendo. Se hace necesario, por tanto, superar las representaciones mitificadas con las que este Poder aún hoy se inviste. También es necesario dejar atrás la falacia de su independencia. En el mejor de los casos, el Poder Judicial podrá ser independiente de los otros poderes del Estado, pero no lo es de los grupos que ejercen poder “de facto”. No lo es tampoco del poder de seducción que ejerce la solidaridad de clase (y de raza, y de género).

El capital financiero ha logrado poner a su servicio la fuerza normativa del marco legal. ¿Cómo ello ha sido posible? Un aspecto que será necesario investigar es la influencia de las instituciones financieras en los sistemas de justicia, siempre en nombre de la necesaria “modernización”.

Pero, ha de quedar claro, hablar de un uso del derecho que poco tiene que ver con la justicia, no es algo nuevo para la inmensa mayoría de la gente, contra quienes el estado y el derecho siempre han actuado de manera autoritaria. Hoy el estado de excepción permanente en que han vivido indígenas, afrodescendientes, población LGBTI,

(6) Santos, Boaventura. *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2003, p. 315.

(7) Santos, Boaventura. *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Trotta-ILSA, Madrid-Bogotá, 2009, pp. 560 y ss. También Santos, B. *La caída del Angelus Novus: Ensayos para una nueva teoría social*. Colección En Clave de Sur. 1ª ed. Bogotá: ILSA, 2003, p. 83.

aumenta el rango de las víctimas de su selectividad, dando paso a la criminalización de sectores que hasta ahora habían ejercido su derecho a disputar proyectos alternativos de sociedad. Efectivamente, esta criminalización viene siendo usada en el marco de la disputa política, pero ello acontece en ese contexto más amplio que venimos describiendo; contexto que posibilita y que se sirve del *lawfare*.

Y pre-textos (de vuelta con el pensamiento jurídico crítico)

A partir de lo hasta ahora planteado, en esta segunda parte de nuestro texto queremos dejarnos provocar por la forma que van tomando las guerras jurídicas en nuestro tiempo y nuestros territorios, para, a partir de ahí, seguir pensando el derecho, su función social, la manera en que se inscribe en la construcción de las condiciones de vida de nuestros pueblos. Creemos que el *lawfare* es una nueva oportunidad para visibilizar, desestabilizar y transformar el derecho realmente existente; en esa tarea, el aporte del pensamiento crítico es fundamental. Al fin y al cabo, la inscripción del derecho en el conjunto de las prácticas sociales y su relación con el campo político han sido un elemento central de la crítica jurídica.

Una teoría crítica del derecho no puede ignorar las dinámicas de poder en la construcción social de la realidad, ni en la configuración, uso y formas de legitimación de los marcos normativos.⁽⁸⁾ En este sentido, Herrera Flores, siguiendo la línea de otros pensadores críticos, reconoce que al hablar de derecho no se está frente a una herramienta neutral, antes bien, *“en primer lugar, el derecho es una técnica de dominio social particular que aborda los conflictos neutralizándolos desde la perspectiva del orden dominante.”*⁽⁹⁾ Es por ello que plantea, para lograr una reapropiación del derecho en favor de los logros de los procesos de lucha popular, la necesidad de “huir” de los límites y restricciones que impone la forma tradicional en que es concebida la tarea jurídica.⁽¹⁰⁾ En este marco, cobra pleno sentido su siguiente afirmación:

Las normas jurídicas establecen una forma precisa a partir de la cual se satisfará, o se obstaculizará, la satisfacción de los bienes exigibles para poder luchar plural y diferenciadamente por la dignidad. Por tanto, es importante generar concepciones y prácticas que trabajen política, económica, cultural y “jurídicamente” para transformar esos

(8) Herrera Flores, Joaquín. Hacia una visión compleja de los derechos humanos. En: **El Vuelo de Anteo. Derechos Humanos y Crítica de la razón Liberal**. Colección Palimpsesto 9. Derechos Humanos y Desarrollo. Bilbao: Desclée De Brouwer, S.A., 2000, pp. 62-63.

(9) Herrera Flores, Joaquín. **Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto**. Madrid: Catarata, 2005, p. 201.

(10) Herrera Flores, Joaquín. **La reinención de los derechos humanos**. Colección Ensayando. Sevilla: Atrapasueños, 2008, p. 54.

contextos que condicionan la satisfacción de las necesidades humanas en aras de un acceso más igualitario y generalizado a los bienes sociales.⁽¹¹⁾

Queda claro, entonces, que una posición crítica frente al derecho no ha de interpretarse como desprecio de éste en su conjunto, ni desconocimiento de su valor como instrumento en la lucha a favor de condiciones de vida digna. Si, por una parte, se denuncia lo muy funcional que ha sido la práctica imperante del derecho, ello no implica dejar de lado las distintas garantías jurídicas que se han conquistado y que ofrecen una mayor posibilidad de respeto a los logros obtenidos en las luchas sociales.⁽¹²⁾

Los conjuntos de valores que legitiman este o aquel conjunto normativo no surgen de la nada, sino que son la expresión de la dialéctica entre conjuntos de intereses concretos que intentan generalizarse como principios rectores de la acción social. De este modo, los valores que legitiman un proceso de división del trabajo basado en los privilegios de unos y en la subordinación de otros, darán lugar a normas jurídicas y a subjetividades políticas que lo legitimen. Por el contrario, los valores que se opongan a tal proceso de división del hacer humano desigual en aras de una mayor igualdad en el acceso a los bienes darán lugar a normas jurídicas y subjetividades antagonistas y rebeldes. La cuestión no reside, pues, en si el derecho sirve o no sirve para la transformación social. La cuestión reside en si como actores y actrices sociales generamos disposiciones alternativas a los valores y a las posiciones hegemónicas que hacen de la mayoría de las normas jurídicas algo funcional a los intereses de los privilegiados.⁽¹³⁾

De igual manera, una teoría crítica del derecho se opondrá a todo uso ideológico que pretenda la naturalización de las normas o la atribución de su legitimidad a partir de fundamentos absolutos o trascendentales. La historia de la dominación y de la sumisión de los pueblos está lamentablemente plagada de semejante práctica en contra de la vida por parte de los sectores dominantes de la sociedad.

Una norma *"no es más que un medio, un instrumento a partir del cual se establecen cauces, procedimientos y tiempos para satisfacer, de un modo 'normativo', las necesidades y demandas de la sociedad."*⁽¹⁴⁾ De tal manera, las normas dependen del sistema de valores sociales vigente en la sociedad. Es de ese sistema de valores, junto con los procesos de división del hacer humano, de donde surgen los criterios y pautas que dan origen

(11) Herrera Flores, Joaquín. **La reinención de los derechos humanos**. Colección Ensayando. Sevilla: Atrapasueños, 2008, p. 54.

(12) Herrera Flores, Joaquín. **La reinención de los derechos humanos**. Colección Ensayando. Sevilla: Atrapasueños, 2008, p. 123.

(13) Herrera Flores, Joaquín. 16 premisas para una teoría crítica del derecho y de los derechos humanos. En **Teoría crítica dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

(14) Herrera Flores, Joaquín. **La reinención de los derechos humanos**. Colección Ensayando. Ed. Atrapasueños, 2008, p. 35.

a las normas y que aseguran su justificación, interpretación, legitimación y aplicación frente a los ciudadanos.⁽¹⁵⁾ Dice Herrera Flores:

El derecho, sea nacional o internacional, no es más que una técnica procedimental que establece formas para acceder a los bienes por parte de la sociedad. Por supuesto, que estas formas no son neutrales ni asépticas. Los sistemas de valores dominantes y los procesos de división del hacer humano (que colocan a individuos y grupos en situaciones de desigualdad en relación con dicho acceso) imponen “condiciones” a las normas jurídicas sacralizando o deslegitimando las posiciones que unos y otros ocupan en los sistemas sociales. El derecho no es por consiguiente una técnica neutral que funciona por sí misma. Como tampoco es el único instrumento o medio que puede usarse para la legitimación o transformación de las relaciones sociales dominantes.⁽¹⁶⁾

Queda claro, por tanto, que el derecho no dice lo que una sociedad es, ni consagra ningún orden ontológico preestablecido, ni encarna ningún sistema divino o trascendente, ni traduce ningún orden previo a la propia práctica social. El derecho, partiendo de los anhelos y valores, de los conflictos e intereses que atraviesan a una sociedad determinada, eleva dichos anhelos y valores a una determinada forma de relación social, planteando cómo esa sociedad debe ser regulada.⁽¹⁷⁾

Los valores, constituyendo el conjunto de preferencias sociales generalizables, ofrecen un sentido a la acción tanto individual como colectiva, siendo capaces de orientar las elecciones y comportamientos.⁽¹⁸⁾ Ahora bien, contra lo expuesto por algunas corrientes de pensamiento a lo largo de la historia, los valores no han de entenderse como entidades trascendentes o metafísicas. Antes bien, éstos se fraguan en el proceso social e histórico, por lo que son reflejo de los conflictos y tensiones propios de dicho proceso.

Cuando hablamos de “valores” lo estamos haciendo de “preferencias sociales que se generalizan en un entorno determinado de relaciones influyendo en el modo de acceso a los bienes necesarios para vivir dignamente”. Por estas razones... las normas jurídicas no pueden hacer nada por sí solas. Tales normas... están situadas en el marco de sistemas de valores, bien emancipadores, bien reaccionarios (dependiendo de la variable tan mencionada ya en estas páginas: el acceso igualitario o desigual a los bienes materiales

(15) Herrera Flores, Joaquín. **La reinención de los derechos humanos**. Colección Ensayando. Sevilla: Atrapasueños, 2008, p. 35.

(16) Herrera Flores, Joaquín. **La reinención de los derechos humanos**. Colección Ensayando. Sevilla: Atrapasueños, 2008, p. 12.

(17) Herrera Flores, Joaquín. **La reinención de los derechos humanos**. Colección Ensayando. Sevilla: Atrapasueños, 2008, p. 101.

(18) Herrera Flores, Joaquín. **Hacia una visión compleja de los derechos humanos**. En: **El Vuelo de Anteo. Derechos Humanos y Crítica de la razón Liberal**. Colección Palimpsesto 9. Derechos Humanos y Desarrollo. Bilbao: Desclée De Brouwer, S.A., 2000, p. 63.

e inmateriales). Las normas, sean nacionales o internacionales, no son más que instrumentos de dichos sistemas de valores.⁽¹⁹⁾

El derecho, pues, establece las distintas formas de satisfacción de las necesidades, a partir del sistema de valores sociales. El hecho de que formalicen las formas de satisfacción de las necesidades y no las necesidades en sí mismas, hace que el derecho tenga un marcado carácter abstracto, pues, necesariamente formalizar implica abstraer. El reto, desde una perspectiva del derecho orientada hacia la emancipación, estará en ser capaces de formalizar sin generar nuevas desigualdades o profundizar las ya existentes.⁽²⁰⁾ Si el derecho ha de abstraer para poder formalizar, no puede dejar de preguntarse qué se puede abstraer y qué no, de manera tal que no se invisibilicen las desigualdades, no se equiparen puntos de partida dramáticamente desiguales, no se desconozcan las inequidades sociales; en fin, que lo “formal” no oculte o mienta sobre lo “real”, como de hecho viene haciendo el derecho liberal.

Así, pues, las normas del derecho, reflejo de un sistema de valores, que bien puede ser emancipador o reaccionario, pueden favorecer un acceso que sea o no igualitario a los bienes, tanto materiales como inmateriales, necesarios para llevar adelante los diferenciados proyectos de vida digna. El derecho, por tanto, no es necesariamente reflejo del sistema de relaciones sociales y culturales dominantes; el derecho puede ser aprovechado con propósitos revolucionarios (o conservadores) para transformar dicha sociedad, incidiendo en distintos ámbitos de su subjetividad colectiva.⁽²¹⁾ De tal manera, desde la perspectiva de la teoría crítica de Joaquín Herrera Flores, el derecho, al trazar “*un círculo simbólico y discursivo alrededor de los sujetos reconocidos por él para evitar que las conquistas conseguidas en las luchas por la dignidad puedan ser desvirtuadas por los que tienen el poder militar, policial, judicial y/o político-legislativo*”,⁽²²⁾ puede ser un instrumento valioso que permita garantizar y consolidar los logros obtenidos en las luchas sociales por una vida digna.

Ni desprecio ni desconocimiento del derecho, ni una aceptación acrítica ni una valoración ingenua de éste como única forma de lucha necesaria en los procesos contra los distintos mecanismos de exclusión social, política, cultural o económica. Las luchas por lograr iguales condiciones de acceso a los bienes materiales e inmateriales necesarios para vivir con dignidad requieren una reapropiación del derecho, una labor crítica de su

(19) Herrera Flores, Joaquín. **La reinención de los derechos humanos**. Colección Ensayando. Sevilla: Atrapasueños, 2008, p. 130.

(20) Herrera Flores, Joaquín. **Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto**. Madrid: Catarata, 2005, p. 196.

(21) Herrera Flores, Joaquín. **Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto**. Madrid: Catarata, 2005, p. 201.

(22) Herrera Flores, Joaquín. **Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto**. Madrid: Catarata, 2005, p. 254.

ejercicio y función social, y su uso creativo y osado frente al sistema de poder hegemónico.

Cuando nos preguntamos acerca de las virtualidades emancipadoras del derecho, lo que nos estamos preguntando es si los fundamentos sobre los que se sostiene o para los que está construido el instrumento jurídico son relevantes para garantizar el resultado de las luchas sociales por un acceso igualitario a los bienes necesarios para una vida digna de ser vivida. Es decir, si las relaciones sociales y los productos culturales (teorías, ideologías, categorías) que las justifican, y para cuya efectividad se eleva el edificio jurídico, nos sirven para avanzar o para obstaculizar nuestros “caminos de dignidad”.

El derecho en sí no puede servir para emanciparnos del sistema de relaciones sociales que están en la base del propio corpus jurídico. Pero el derecho sí podrá utilizarse emancipadoramente si lo entendemos enmarcado en un conjunto más amplio de garantías de los resultados de las luchas sociales; es decir, en un sistema de garantías que incluya la capacidad humana de transformación de los modos dominantes de acceso a los bienes y se extienda, asimismo, al control de aquellos poderes que tradicionalmente han sido excluidos de los controles jurídicos, políticos, económicos, sociales y culturales: es decir, democráticos.⁽²³⁾

Una teoría crítica del derecho debe asumir un uso de éste que se proponga, al mismo tiempo, el reforzamiento de las garantías jurídicas ya reconocidas de manera tal que permitan avanzar en la consolidación de las luchas sociales, y, al mismo tiempo, el empoderamiento de los grupos más vulnerables, para avanzar así en la conquista (siempre provisoria) de nuevas formas de acceso a los bienes protegidos por el derecho, que sean cada vez más igualitarias y generalizadas.⁽²⁴⁾

Lo jurídico, lo ético y lo político están mutuamente implicados en esta propuesta de análisis; propuesta que, a su vez, tiene amplios aportes que ofrecer para comprender formas de lucha concreta. Una reflexión sobre las guerras jurídicas que no incorpore los cuestionamientos y aportes del pensamiento crítico, limitándose a describir los “usos y abusos” de la norma, ocultará buena parte de las implicaciones prácticas y teóricas que subyacen al *lawfare*.

Para concluir

Comprender el *lawfare* exige atender a lo que éste tiene de nuevo, sin dejar de observar las permanencias que atraviesan la historia. El derecho, como todo fenómeno social, se construye con los mimbres que el proceso histórico da de sí. El cuestionamiento de las democracias liberales, la crisis en las formas tradicionales de comunicación polí-

(23) Herrera Flores, Joaquín. **Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto**. Madrid: Catarata, 2005, pp. 256-257.

(24) Herrera Flores, Joaquín. **La reinención de los derechos humanos**. Colección Ensayando. Sevilla: Atrapasueños, 2008, p. 54.

tica, el fin de la inocencia sobre el supuesto respeto por las formas democráticas que guardarían los dueños del poder económico, son algunos de esos mimbres de esta nueva trama.

Que el derecho sea una herramienta en las disputas políticas no es ninguna novedad, pero es nuevo el contexto, y son nuevas las formas en que se entretujan las dinámicas de poder que configuran el derecho y a las que éste responde, y con las que contribuye. De todo ello hemos querido valernos para seguirnos preguntando por la función social del derecho, apostando a que, desde fuera y desde abajo, es mucho lo que se puede hacer, también en el campo jurídico.

Sin embargo, ante el escenario de extrema gravedad que hemos descrito surgen preguntas tremendas que queremos dejar planteadas para continuar el diálogo: ¿Ante el cierre de las vías que ofrece la institucionalidad democrática en la disputa entre proyectos de sociedad, qué alternativas de acción tienen quienes apuestan a formas de organización social y política distintas a aquellas que los grupos que detentan el poder han decidido que se establezcan? ¿Qué aprendizajes hemos de recuperar de la historia de resistencia de nuestros pueblos? ¿Qué papel debe jugar el derecho en este proceso de construcción de alternativas? ¿Cómo hemos de conjugar saber jurídico con movilización social? ¿Qué nuevas formas de organización y articulación serán necesarias?

Referencias

Herrera Flores, Joaquín. 16 premisas para una teoría crítica del derecho y de los derechos humanos. En *Teoría crítica dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

----- . Hacia una visión compleja de los derechos humanos. En: *El Vuelo de Anteo. Derechos Humanos y Crítica de la razón liberal*. Colección Palimpsesto 9. Derechos Humanos y Desarrollo. Bilbao: Desclée De Brouwer, S.A., 2000.

----- . La reinención de los derechos humanos. Colección Ensayando. Sevilla: Atrapasueños, 2008.

----- . Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto. Madrid: Catarata, 2005.

Hinkelammert, Franz. El mercado como sistema autoregulado y la crítica de Marx. En: *El sujeto y la ley. El retorno del sujeto reprimido*. Heredia: EUNA, 2003, p. 238.

Lander, Edgardo. ¿Reinventar el socialismo? En: *Alternativas. Revista de análisis y reflexión teológica*. Año 19, N° 43, enero-junio 2012. Managua: Editorial Lascasiana, p. 38.

Peralta, María Inés. Entrevista con Boaventura de Sousa Santos, No habrá liberación en tanto la dominación siga articulada y la resistencia fragmentada. En: ConCienciaSocial. Revista digital de Trabajo Social. Vol. 1 (2017) Nro. 1 - ISSN [en trámite]. Em <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/ConCienciaSocial/>

Santos, Boaventura. Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2003, p. 315.

----- . Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho. Trotta-ILSA, Madrid-Bogotá, 2009, pp. 560 y ss. También Santos, B. La caída del Angelus Novus: Ensayos para una nueva teoría social. Colección En Clave de Sur. 1ª ed. Bogotá: ILSA, 2003.

Mesa 30

**Guerras jurídicas
y regresividad
en materia de DESC
en América Latina**

Sonia Boueiri Bassil

Liliana Beatriz Costante

SONIA BOUEIRI BASSIL*

El deterioro de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) por aplicación de medidas coercitivas unilaterales contra Venezuela

A modo de introducción

Desde que inició la Revolución Bolivariana en 1999, Venezuela ha sufrido agresiones multiformes y multidimensionales enmarcadas dentro de lo que podría denominarse una Guerra integral, cuyo objetivo es buscar el cerco legítimo de nuestro país, su intervención por motivos no militares, la desestabilización caótica controlada, la neutralización del Estado para defenderse o desplegar un modelo de desarrollo distinto al imperial, el deterioro material y psicológico de la sociedad y el ataque legítimo para derrocar a su gobierno. Todas se complementan con la finalidad de provocar, gradualmente, el colapso generalizado; retrasando, al mismo tiempo, cualquier acción defensiva hasta que se logre una posición favorable, desde el punto de vista mediático o legal (Angiolillo y Sangronis, 2020: 41).

La ofensiva integral, gira en torno a la opinión pública, tanto mundial, como dentro del país atacado y, aunque combina las modalidades de guerra convencional y no

(*) Abogada por la Universidad de Los Andes de Mérida, Venezuela (ULA). Master en el International Institute for the Sociology of Law Oñati y Doctorado en Derecho por la Universidad del País Vasco, España. Postdoctorado en DDHH y Derecho Internacional Humanitario (IASEN, Caracas). Profesora titular en la Escuela de Criminología de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas ULA. Jefa del Dpto. de Control Social y de la Unidad de Estudios de Postgrado. Investigadora del CLACSO, en el Grupo de Trabajo "Crítica Jurídica y Conflictos Sociopolíticos". e-mail: soniabbasil@gmail.com

convencional, como en la categoría guerra híbrida, pensamos que abarca mucho más. De hecho:

“[...] El uso, aparentemente, indistinto de términos, como Guerra Híbrida, Asimétrica, No Convencional, Multiforme, Multidimensional, Irrestricada, entre otra variedad de conceptos, para dar cuenta del mismo fenómeno, con sus respectivas variantes de forma; evidencia una debilidad epistemológica [...]. Una muestra de dicha debilidad es la incapacidad para reconocer la guerra, es decir, no hay consenso o criterios definidos, claramente, en cuanto al inicio formal de la guerra o, incluso, saber si un país está en guerra o no” (Ibid: 8-9).

En todo caso, lo importante aquí es reconocer que la guerra ya no es sólo la continuación de la política, sino la política misma. Especialmente, los países como EEUU, inciden notablemente en el diseño y control del marco jurídico internacional, manipulando el uso de las leyes a su favor. Pero, más allá de ello, la ofensiva integral trabaja en función del control del sistema de legitimación que permite generar una legalidad paralela que, progresivamente, sustituya de facto al gobierno legítimo. “[...] Por medio de hechos concretos, con la negación de satisfactores materiales como alimentos y medicinas, se busca generar una serie de emociones, todas negativas, para inducir estados de ánimo o sentimientos que influyan en la conducta de la población.” (Ibid: 44).

El desarrollo significativo de los DESC durante la Revolución Bolivariana ha sido reconocido y difundido por diversos organismos internacionales. A nivel interno logró, no sólo la satisfacción de necesidades fundamentales postergadas por décadas, sino potenciar las posibilidades del proyecto sociopolítico que comenzaba a servir de vitrina al mundo. Su rápido y progresivo deterioro a partir de la aplicación de Medidas Coercitivas Unilaterales (MCU), se refleja en buena parte de los indicadores económicos y sociales. Esto da cuenta de la eficacia de estos instrumentos utilizados como arma de guerra para forzar “un cambio de régimen” y el debilitamiento del Estado-nación, al mismo tiempo que se despoja al país de ingentes recursos materiales. Intentaremos a continuación comprender mejor cómo se implementan este tipo de agresiones, la dimensión del daño que generan, y sus dinámicas desplegadas en distintos campos de batalla, incluyendo el jurídico.

Los avances en los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) durante la Revolución Bolivariana

Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) se encuentran reconocidos en el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por los Estados parte del Sistema Universal de Derechos Humanos en el año 1966, en vigor a partir de 1976, y ratificado por Venezuela en 1978.

Pese a que Venezuela fue desde 1925 hasta 1970 el principal surtidor de petróleo a nivel mundial, y actualmente posee las reservas más grandes del mundo, según cifras oficia-

les del Instituto Nacional de Estadística, para 1996 la pobreza general había alcanzado el 61,37% y 1999 cerraría con 42%. Se puede afirmar que, en nuestro caso, prevaleció una “pobreza de Estado y pobreza de los habitantes” más que un Estado de bienestar, aunque se haya proclamado en las distintas Constituciones (Boueiri, 2012: 66-67).

Llegado el siglo XXI, aproximadamente la mitad de la población vivía en aglomeraciones de ranchos ubicadas en los terrenos menos aventajados, equivalentes a las favelas o villas miserias en América Latina, y una quinta parte no gozaba de documento de identidad personal (Cédula o DNI), evidencia de la absoluta desprotección ciudadana por parte del Estado.

Tras el triunfo del presidente Hugo Chávez y la aprobación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 (CRBV), la nación se proponía ejecutar un proyecto radical a largo plazo: hacer una profunda transformación estructural de la economía venezolana, fortaleciendo la autodeterminación de Venezuela y el desarrollo de su soberanía, la integración latinoamericana y la promoción de un nuevo orden económico internacional, buscando una relación pluripolar dentro del proceso de globalización.

Con la Revolución Bolivariana ciertamente las cosas comenzaron a cambiar. Desde 1999 y hasta 2013 el PIB en Venezuela aumentó 57%, siendo el más alto en dos siglos, y la pobreza extrema disminuyó 47%. Las muertes de niños por desnutrición bajaron 80% (Curcio, 2019). Alcanzamos prematuramente los objetivos de desarrollo del milenio, y antes del 2010 erradicamos el analfabetismo (Fuente: ONU, FAO, UNESCO). Venezuela creció durante 22 trimestres consecutivos entre 2003 y 2013 (Banco Central de Venezuela). El triunfo bolivariano le devuelve al pueblo venezolano una vía de gobernabilidad protagónica, y el anhelo de trascender el modelo fallido del capitalismo, puesto en escena por Chávez a partir de 2005, a través de una alternativa denominada *Socialismo del siglo XXI*.

Ya para el 2012, se decide a fortalecer una nueva geopolítica internacional en la cual tomara cuerpo un mundo multicéntrico y pluripolar. Ya se había logrado concretar Petrocaribe, la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA), la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) y la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC). Chávez pretendía seguir sumando esfuerzos para eliminar o reducir a niveles no vitales el relacionamiento con los centros dominantes en lo económico y tecnológico, especialmente en sectores estratégicos para la soberanía nacional. Se proponía conformar una red de relaciones políticas con los polos de poder emergentes (China, Rusia, India, entre otros). En lo económico, fomentar medios de pagos alternativos que modificaran la influencia del dólar estadounidense como patrón referencial en el comercio internacional. Todas estas iniciativas contrahegemónicas intensificaron la frecuencia y gravedad de las agresiones de la que, históricamente, habíamos sido objeto.

Las MCU en el marco de la *guerra integral* contra Venezuela y del Derecho Internacional Público (DIP)

Las agresiones padecidas por Venezuela, por su ubicación geoestratégica y enormes recursos naturales, son de vieja data. Desde la muerte del dictador Gómez hasta 1961, la democracia, podría decirse, era breve pausa entre dos golpes de Estado, especialmente cuando los intereses petroleros norteamericanos chocaban con posiciones de defensa nacionalista de nuestros recursos. Los gobiernos “democráticos” venezolanos, aprenderían la lección sobre cómo permanecer en el poder (Boueiri, 2012:66).

Efectivamente, en la década de los sesenta vendría la Democracia *puntofijista*.⁽¹⁾ Allí se acogerían los lineamientos de un Acuerdo Interamericano denominado “Alianza para el Progreso”, diseñado por EEUU, para contrarrestar la influencia de las corrientes revolucionarias que se expandían por la región. Esa concepción de “progreso” afianzaría no sólo nuestra condición de dependencia en todos los ámbitos (incluyendo el tecnológico), sino, también, en el político-ideológico.

La *Revolución Bolivariana*, por lo contrario, se propuso ser una respuesta alternativa al patrón globalizador neoliberal mundial. Para intentar cambiar la redistribución económica del país, el presidente Chávez aprobó por decretos-ley un conjunto de 49 leyes-habilitantes. Entre ellas estaba una nueva ley de hidrocarburos, más favorable a los intereses nacionales; una ley de pesca que prohibía el método de arrastre, y la ley de tierras, que afectaba a grandes terratenientes. El 11 de abril de 2002 se produce un golpe de Estado, considerado como el primer golpe mediático del siglo XXI (por el papel activo que jugaron los medios de comunicación). Este fue revertido con la unión cívico-militar en menos de 48 horas. Pero en diciembre de 2002 se dio un “paro petrolero” que se escenificó más como un sabotaje a las instalaciones de la principal empresa estatal petrolera, Petróleos de Venezuela (PDVSA). En todas estas criminales agresiones, participaron gobiernos y corporaciones extranjeras, en estrecha articulación con la oposición política-económica interna. Produjeron cuantiosas pérdidas materiales y humanas, con prolongadas afectaciones económicas al país.

A partir de 2012, comienza una baja brusca en los ingresos debido al descenso de los precios petroleros (atribuido principalmente al aumento de la producción mundial por el método *fracking* impulsado por EEUU), pasando de 100 dólares, que se pagaba por barril, hasta llegar en 2016 a un promedio de 34,02, según la OPEP. Esta debilidad característica de una economía con alta dependencia de la renta petrolera, y la muerte del presidente Chávez en 2013, parecieran haber sido aprovechada intencionalmente para agravar muchas de las vulnerabilidades de la industria petrolera, atribuibles a sus propias fallas e incapacidades.

(1) Derivada del “Pacto de Punto Fijo”, inicialmente denominado Pacto de Nueva York.

Las agresiones sufridas presentan una fuerte escalada a partir de 2014⁽²⁾. El Gobierno denunció el llamado *golpe blando* para derrocarlo mediante una guerra sistemática, mediática y económica, que intentaba mermar su legitimidad a través del caos, la angustia, la desmoralización y el posicionamiento del odio político (MINCI, 2014). A nivel internacional, Venezuela es perseguida en Mercosur, OEA y en general, suceden diversas formas de confrontar o atacar lo que otros gobiernos en torno a EEUU consideran, abiertamente, un mal e ilegítimo gobierno.

El 13 de abril de 2014 se presentó ante el Congreso de EEUU una legislación especial que autorizaría al presidente Obama para firmar una Orden Ejecutiva en la que se señalaba al país como *amenaza inusual y extraordinaria para la seguridad nacional y la política exterior de los Estados Unidos*. Dicha ley: *Venezuela Defense of Human Rights and Civil Society*, fue aprobada el 8 de diciembre de 2014, dando lugar a una orden ejecutiva el 18 de diciembre de 2014 que permitió el dictado de un conjunto de MCU que han ido profundizándose y extendiéndose, afectando diversas esferas del desempeño soberano de Venezuela y los derechos de su población. La Unión Europea también siguió en parte estos pasos, sugiriendo a los Estados miembros el dictado de algunas otras medidas en 2017. Canadá también hizo lo propio y otros países como Colombia han aplicado medidas sin cumplir los parámetros dentro de su legislación nacional. Reino Unido y algunos Estados latinoamericanos han establecido restricciones que son sustancialmente MCU.

Una agresión de gran magnitud ocurrió en agosto de 2017. Donald Trump amenazó con intervenir militarmente a Venezuela, y el 24 de ese mes firmó la Orden Ejecutiva 13808 imponiendo ‘sanciones’ por primera vez de tipo financieras, tales como prohibirle a la estatal PDVSA, las negociaciones sobre nuevas emisiones de deuda y de bonos, así como el pago de dividendos. Paradójicamente, en lo político, el chavismo recuperó fuerza luego de haber perdido la Asamblea Nacional en el 2015. Según cifras oficiales, en las elecciones a gobernadores realizadas el 15 de octubre de 2017, las fuerzas de izquierda del país ganaron 19 de las 23 gobernaciones, con un porcentaje de participación superior al 61%, y en las elecciones de alcaldes del 10 de diciembre de 2017, obtuvieron el 92% de las alcaldías a escala nacional.

Pero, ¿qué son las MCU y por qué son tan peligrosas? Se consideran, en principio, medidas que cada Estado podría dictar soberanamente conforme a su Derecho interno, en consonancia con el DIP, de modo que sean necesarias, justificadas, proporcionales, oportunas, haberse advertido y no afectar los derechos humanos. Cuando no se cumplen estos supuestos, las MCU se consideran *ilegales*.

Estas prácticas violatorias de los principios del DIP, aplicadas como ‘reacción defensiva’ ante el “mal comportamiento de un Estado”, pretende infligir una sanción (de manera

(2) Para comprender el tema de las gúarimbas (o guerra de guerrillas urbanas) sugerimos Boueiri, 2014; y para el tema de la Guerra Económica puede leerse Boueiri, 2019.

unilateral) ante una supuesta acción reprochable para compelerlo, es decir, obligarlo a hacer lo que no quiere voluntariamente a través de la fuerza o una autoridad. Suelen llamarlas sanciones, aunque el único órgano internacional autorizado para imponerlas por la Carta es el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (como producto de un procedimiento jurídico formal), por lo que el término apropiado sería Medidas Coercitivas Unilaterales ilegales.

Las MCU se aplican en combinación con una variedad de agresiones especialmente dirigidas desde fuera, con énfasis en la persecución y bloqueos de tipo financiero y comercial. Aterrorizar, generar desconfianza, paralizar nuestra industria y negocios, apropiarse de nuestras reservas en el exterior, generar rumores y miedos, caotizar para hacer ingobernable la situación y achacárselo al gobierno. Todo esto se va conjugando con la prohibición de efectuar transacciones en nuestra criptomoneda *petro*; publicar listas de personas y empresas ‘sancionadas’ (incluyendo al presidente Maduro y altos funcionarios del Estado), cierre unilateral de cuentas bancarias y de corresponsalías en moneda extranjera, bloqueos financieros para pagos por compra de vacunas y otros insumos médicos como, por ejemplo, para la diálisis, y para adquirir alimentos del Programa de los CLAP. Los activos y bienes de la República, como la empresa CITGO, se confiscan y/o embargan, se detienen y sancionan los barcos que traen insumos.

Hoy en día, la mayoría de las MCU en el mundo toma la forma de “sanciones bilaterales” por parte de EEUU, aunque es cierto que el número de sanciones de la ONU ha aumentado y las agrupaciones regionales de Estados también han recurrido con frecuencia a estos mecanismos. En el caso, por ejemplo, de las agresiones de EEUU contra Cuba, suele utilizarse la expresión falaz de “embargo”, como simulando que la Isla incumplió con ciertos contratos que ameritan resarcirse legítimamente.

Estas medidas utilizadas por EEUU contra muchos países no son novedosas, pero han venido escalando en número y magnitud, hasta atreverse a ‘sancionar’ a los jueces de la Corte Penal Internacional (CPI) por investigar a las tropas estadounidenses por delitos de guerra y de lesa humanidad. Al respecto, podemos señalar una larga lista de países (a la que también se suma Venezuela), que han sido objeto de este tipo de medidas: Afganistán, Birmania, Bielorrusia, Corea del Norte, Costa de Marfil, Cuba, Chile, China, Guatemala, Irak, Irán, Líbano, Libia, Nicaragua, Palestina, República Democrática del Congo, Rusia, Sudán del Sur, Siria, Somalia, Sudan, Ucrania, Vietnam, Yemen, Yugoslavia, Zimbabue, entre otros.

Sus repercusiones son tan negativas para los DDHH, que en la 80ª sesión plenaria de las NU del 17 de diciembre de 2015, se reafirmaron los principios y disposiciones contenidos en la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, ratificando que ninguno podrá emplear medidas económicas, políticas o de ninguna otra índole, ni fomentar su empleo, con objeto de coaccionar a otro Estado para obtener de él la

subordinación del ejercicio de sus derechos soberanos. Se destaca, igualmente, que las MCU son contrarias al derecho internacional, el derecho internacional humanitario, la Carta de las NU y las normas y principios que rigen las relaciones pacíficas entre los Estados (Naciones Unidas, 2015).

En dicha Sesión, se condenó con firmeza el hecho de que algunas potencias las apliquen, rechazándolas con todos sus efectos extraterritoriales por considerarlas un instrumento de presión política o económica, especialmente contra países en desarrollo. También se condenó la práctica de inclusión de algunos Estados en listas unilaterales bajo falsos pretextos como patrocinio del terrorismo. Consideró la Asamblea que las medidas crean obstáculos para el goce pleno de los DDHH, incluidos el derecho de toda persona a un nivel de vida que asegure su salud y bienestar, y el derecho a la alimentación, la atención médica, la educación y los servicios sociales necesarios, con consecuencias especialmente graves para las mujeres y los niños, incluidos los adolescentes, los ancianos y las personas con discapacidad.

Se reiteró, además, que en ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia, ni utilizarse los alimentos y los medicamentos como instrumentos de presión política, ni adoptar medidas que obstaculicen el libre comercio entre los Estados, reconociendo así que el Derecho al desarrollo social y económico son parte esencial de los DDHH, reafirmando que estos últimos poseen carácter universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado.

El 23 de marzo de 2018, el Consejo de Derechos Humanos de las NU, también condenó las MCU, “[...] por haberse demostrado que las sanciones económicas causan muertes, agravan las crisis económicas [...] constituyen un factor que impulsa la emigración” (Naciones Unidas, 2018: 13-14). En la misma línea, agrega el experto Alfred de Zayas, en este informe que elaboró con motivo de su visita a Venezuela en el año 2017, que las sanciones, pueden constituir crímenes de lesa humanidad, según lo dispuesto en el artículo 7 del Estatuto de Roma. Textualmente expresa el Relator:

“[...] En los últimos 60 años se han librado guerras económicas no convencionales contra Cuba, Chile, Nicaragua, la República Árabe Siria y la República Bolivariana de Venezuela con el fin de hacer fracasar sus economías, facilitar el cambio de régimen e imponer un modelo socioeconómico neoliberal. Para desacreditar a determinados gobiernos se aumentan exponencialmente los fallos en el ámbito de los DDHH para que un derrocamiento violento luzca más aceptable. Los DDHH se usan como armas en contra de los rivales. Sin embargo, son patrimonio de todos los seres humanos y no deben ser nunca instrumentalizados como armas de demonización” (Ibid: 11).

Las MCU violan no sólo la Carta de las NU, la Asamblea General ha presentado más de 30 resoluciones expresamente referidas a ellas; también el Consejo de DDHH que, conjuntamente con su ente predecesor (la Comisión de DDHH), ha emitido no menos de 20 resoluciones expresamente referidas a la ilegalidad de las MCU.

El 22 de septiembre de 2021, en el evento virtual celebrado en el marco del 48° periodo de sesiones del Consejo de DDHH titulado: “El impacto negativo de las MCU en la realización del Derecho al Desarrollo”, se ratificó que las medidas, mal llamadas sanciones, son ilegales, inhumanas, no éticas, inmorales y van contra el orden internacional, crean crisis de DDHH a gran escala, lo cual se agrava ante la actual pandemia del Covid 19. Las MCU violan principios internacionales, tales como el derecho al desarrollo, la no injerencia, la libre determinación de los pueblos, libertad de comercio y navegación. No hay duda que constituyen crímenes de lesa humanidad y, ante ello, tanto la Corte Internacional de Justicia (CIJ) como la Corte Penal Internacional (CPI) deben pronunciarse (Cancillería, 2021).

La batalla legal: nuevas formas jurídicas de destrucción y de despojo

Tal como lo señala el Profesor Carlos Rivera Lugo, no es nada nuevo que la realización de la *guerra*, particularmente la guerra o lucha de clases, grupos, naciones o pueblos, se realice por medio de la forma jurídica. “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. Todo derecho existe, por lo tanto, en un contexto social y estratégico, caracterizado por unas relaciones sociales y de poder específicas” (Rivera, 2021: 25).

En el caso venezolano, la Procuraduría General de la República (PGR) es quien tiene, como misión fundamental, la representación y defensa judicial y extrajudicial de los intereses patrimoniales de la República, tanto a nivel nacional como internacional. La PGR es, pues, el abogado general del Estado, y su más alto representante entre el cuerpo de abogados que lo integran.

Según el Procurador General, la batalla política que hemos enfrentado en Venezuela en los últimos años, ha experimentado lo que podría identificarse como un cambio de teatro de operaciones: “Pasamos de un teatro de operaciones político y diplomático a un teatro de operaciones jurídico. Las mayores y más efectivas agresiones contra el país se produjeron a partir de acciones hostiles disfrazadas de leyes, de órdenes ejecutivas, de decisiones judiciales, de la judicialización de causas imaginarias y de la imputación de crímenes sin ningún respeto a los principios fundamentales del debido proceso y el derecho a la defensa” (Muñoz, 2021a).

Afirma que, para comprender la dimensión de los efectos del daño de las MCU contra Venezuela, es necesario advertir la conformación sistémica de varias categorías de medidas, de acciones u omisiones que se dirigen de manera consciente e intencional para causar sufrimiento a un pueblo. En nuestro caso podemos identificar claramente estas categorías:

1. Las MCU convencionales dictadas por Estados, como una medida hostil, contra otro Estado a través de un entramado de derecho positivo y que guardan la apariencia de

legitimidad, atendiendo al derecho interno del Estado que impone la sanción y mediante actuaciones formales tales como leyes, decretos, órdenes ejecutivas, etc. “Así, por ejemplo, en 2014, EEUU dicta la Ley que sirve de base al sistema de sanciones que se aplicaría contra Venezuela para luego dictar, a partir de allí, una serie de decretos ejecutivos que fueron posteriormente objeto de regulación a través de licencias y, finalmente, de implementación a través de designaciones directas en determinados casos o de instrucciones directas que son giradas a los países, a las corporaciones, a los sectores y a los gremios” (Idem).

2. Pero estas MCU, especialmente las de corte financiero y/o comerciales, en ocasiones, vienen acompañadas por *Medidas Restrictivas y/o Punitivas* las cuales no son formalmente MCU (jurídicamente hablando, aunque son medidas impuestas unilaterales), pero no cumplen con algunas formalidades, o esa formalidad es distinta a un acto de un gobierno en donde el ejecutivo de un país, por ejemplo, impone una sanción a otro. Es así como podemos encontrar *Medidas Restrictivas* (MR) que pueden ser acciones u omisiones de estos Estados, de individuos, de las corporaciones, y que pueden estar relacionados o no con las MCU, pero que en todo caso se ejecutan para restringir el libre ejercicio de determinados derechos por parte del Estado sancionado y sus ciudadanos, entre ellas están el *overcompliance* [sobrecumplimiento] bancario, el bloqueo comercial, la intimidación mediática (Muñoz, 2021b). Agrega el Procurador que luego de un proceso de escalada, la MR más fuerte o atómica fue el desconocimiento que hiciera EEUU al propio gobierno venezolano en 2018.

Efectivamente, luego de todos los fracasos para tomar el poder político (pero no así de la afectación de la vida cotidiana del pueblo y del saqueo y/o destrucción del país), el 23 enero de 2019 se da otra vuelta de tuerca, pero esta vez con un hecho que podría catalogarse como una simulación o fraude que encajaría perfectamente dentro de un “realismo mágico jurídico-político”. El presidente de la AN de ese año, Juan Guaidó, se va a una plaza pública y se autoproclama como Presidente de la República ante un supuesto “vacío de poder” en la Presidencia. Levanta la mano y dice: “[...] juro asumir formalmente las competencias del Ejecutivo Nacional como presidente encargado de Venezuela para lograr el cese de la usurpación, un gobierno de transición y elecciones libres” (BBC, 2019).

Inmediatamente EEUU lo reconoce como el “legítimo presidente de Venezuela”, arrastrando en esta farsa a una cuarta parte de los países miembros de la Comunidad Internacional, dándole el control de bienes, activos y propiedades del gobierno venezolano en cuentas bancarias en la Reserva Federal de EEUU. Esta supuesta “facultad presidencial”, traería nefastas consecuencias para el país, en cuanto a la continuidad de su saqueo y destrucción.

Para darle la “fachada legal” al supuesto Gobierno de Transición de Guaidó, en febrero de 2019 los diputados de la oposición aprobaron un vergonzoso adefesio jurídico: el “Estatuto que rige la transición a la democracia para restablecer la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”. La Sala Constitucional del TSJ declaró su

nulidad absoluta y carencia de efectos jurídicos, aunque la batalla jurídica, económica y diplomática se libraría en esta etapa, mucho más que antes, en instancias fuera del alcance y control del Estado venezolano.

La estrategia fundamental para concretar esta nueva agresión consistía en anular la defensa judicial de nuestra República para poder apoderarse de sus activos ubicados en el extranjero. Por ello el “gobierno paralelo” nombró a un “procurador especial”, y orientó toda su artillería política hacia la anulación de las facultades de representación y defensa que corresponden a nuestra PGR. Esto, por supuesto vendría sumado a la acción especial dirigida a la anulación de la persona del propio Procurador General, para su actuación internacional, mediante de la aplicación de las *sanciones inteligentes directas*. Habría que añadirle a esta dificultad de actuación internacional, la prohibición de realizar pagos de gastos y honorarios de defensa, por bloqueos bancarios y congelación de cuentas, entre otros.

Ante las constantes emisiones de MCU⁽³⁾, Venezuela tomó acciones legales en el ámbito internacional. Basados en el artículo 14 del Estatuto de Roma, el 12 de febrero de 2020, se entregó a la Fiscal de la Corte Penal Internacional (CPI) una remisión por crímenes de Lesa Humanidad contra funcionarios de EEUU, por considerar que las MCU constituyen un ataque generalizado, masivo y sistemático contra el pueblo de Venezuela (ICC, 2020). La misma fue complementada con mayor documentación el 23 de junio de 2020, en la que se expuso el alcance de las MCU en medio del COVID- 19.

Pero la política de agresión por parte de EEUU para un “cambio de régimen” en Venezuela fue escalando y combinándose con otras estrategias jurídicas, políticas, económicas y militares.⁽⁴⁾ El 26 de marzo de 2020 (en plena pandemia), el Procurador General de EEUU anunció la presentación de cargos formales contra Nicolás Maduro, y un grupo de altas autoridades de su gobierno, poniendo precio a sus cabezas atribuyéndose una extravagante aplicación extraterritorial de su sistema de justicia, utilizando ahora como pretexto los delitos de ‘terrorismo y narcotráfico’ que les afectan.

El 3 de mayo de 2020 vendría una incursión militar vía marítima desde Colombia, cuyo objetivo era tomar aeropuertos, asesinar a miembros del Gobierno venezolano y concretar un golpe de Estado. Los mercenarios, entre los cuales se encontraban dos estadounidenses exoficiales de las Fuerzas de Operaciones Especiales, contratados por la empresa de seguridad SilverCorp USA, fueron apresados con apoyo popular. Su dueño, Jordan Goudreau (exguardaespalda personal de Donald Trump), involucró al “presidente interino” Juan Guaidó en el contrato por 212 millones de dólares para esta operación. Este método permitiría a EEUU derrocar al Presidente Maduro sin el requisito legal del consentimiento del Congreso norteamericano.

(3) Una revisión histórica en torno a las MCU puede consultarse en Boueiri (2021).

(4) Para una ampliación, puede consultarse Boueiri (2020).

En octubre 2020, la Asamblea Nacional Constituyente (también en vía de concluir sus funciones) aprobó una *Ley antibloqueo para el desarrollo nacional y la garantía de los derechos humanos*, con miras a proveer a la República de herramientas jurídicas que le permitan mitigar las afectaciones por MCU. En ella las declaran írritas y antijurídicas, se crea Centro Internacional de Inversión Productiva, que se encargará del registro, estudio y seguimiento de las MCU, así como la promoción de los proyectos productivos derivados de la aplicación de esta Ley Constitucional. Este, a su vez, contará con el Observatorio Nacional sobre las MCU y otras medidas, el cual está destinado al estudio académico de los procesos de implementación y de sus resultados, para ponerlo a disposición del Poder Público (ANC, 2020).

Con esta Ley se le otorga mayor discrecionalidad al Ejecutivo para efectuar operaciones financieras y comerciales, alegando el interés de proteger la identidad de nuestros socios para así evitar que EEUU los sancione o sabotee dichas operaciones.

El 5 de enero de 2021 se instalaría la nueva AN con mayoría absoluta del chavismo, por elección popular, y el 20 se juramentaría el nuevo Presidente de EEUU, país que, junto a sus “aliados”, había logrado ya imponernos MCU (a partir del año 2014), contabilizadas en más de 300 medidas administrativas y cientos de medidas restrictivas y/o punitivas, a través de 2 leyes de su Congreso y 7 Decretos Ejecutivos.

El 23 de agosto de 2021, Venezuela volvió a dirigir carta al nuevo Fiscal de la CPI, demostrando que el impacto negativo del bloqueo criminal, ha tenido como ejes el campo de la salud, la alimentación y la atención a la pandemia de la COVID- 19.

A pesar de que Juan Guaidó ya había perdido su condición de Diputado (y de Presidente de la AN), por haberse vencido su período y no haber participado en las elecciones de diciembre de 2020, condición que fue utilizada en su retorcida teoría (in)constitucional para su interinato como Presidente de la República, algunos países lo volverían a ratificar como lo hizo Reino Unido el 18 de julio de 2021. Pero ello no resulta tan curioso si tomamos en consideración que el prestigioso Banco de Londres sigue negándose a devolvernos las más de 31 toneladas de oro que tiene en custodia (de la reserva venezolana), hasta que se aclare “tan confusa situación” sobre quien es, en definitiva, el legítimo presidente de Venezuela. Es por ello que nuestro país tomó la decisión de interponer formal demanda contra ese Banco, la cual está en curso.

Impactos criminales de las MCU en el pueblo venezolano

El 12 de febrero de 2021, la actual Relatora Especial de la ONU sobre el impacto negativo de las MCU en el disfrute de los DDHH, Alena Douhan, concluyó en su visita al país que:

“ [...] las sanciones impuestas contra Venezuela, sus ciudadanos y empresas afectan a las personas de Venezuela y de fuera de su territorio, tanto en el sector público como

en el privado; a los nacionales de terceros países y a los empleados de empresas de terceros países afectados por las sanciones secundarias o por el temor a las mismas; a los donantes y a las ONG humanitarias internacionales; a los beneficiarios de la asistencia de las organizaciones internacionales tradicionalmente financiadas por Venezuela; **mientras que las personas de bajos ingresos, las mujeres, los niños y las personas con necesidades especiales o con enfermedades crónicas o graves son los más afectados con respecto a todo el ámbito de los derechos humanos, incluidos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y el derecho al desarrollo** (Naciones Unidas, 2021: 14-15, resaltado nuestro).

Estas afectaciones se han logrado, principalmente, atacando la industria petrolera, la cual generaba el 95% de las divisas que ingresaban por concepto de exportaciones. Veamos:

“Desde el año 2020, Estados Unidos cesó de adquirir petróleo a Venezuela, decretando un embargo comercial en el sector hidrocarburos. En 2019 EEUU tomó control de todos los activos de la empresa Citgo Petroleum, propiedad de Venezuela, y demás activos venezolanos en territorio estadounidense, valorados en 30 mil millones de USD. Venezuela fue excluida del sistema de mensajería interbancaria swift, no ha podido acceder a sus fondos (DEG) en organismos como el Fondo Monetario Internacional (FMI) y ha sido apartada de la representación en instituciones multilaterales como el Banco Interamericano de Desarrollo (BID). En abril de 2020, EEUU incautó 342 millones de USD del Banco Central de Venezuela destinadas a atender la pandemia, y los trasladó a una cuenta del Departamento del Tesoro para financiar los gastos del supuesto ‘gobierno interino’ de Juan Guaidó” (Observatorio Nacional MCU, 2021: 4-5).

Sólo entre 2016 y 2020 (5 años), las pérdidas económicas totales sumaron US\$ 258.095 millones, lo que equivale a 60 años de importación de alimentos y medicinas, o a 2 veces nuestra deuda externa (Curcio, 2021). En consecuencia, la mortalidad materno infantil y la desnutrición crónica aumentaron, rebrotaron enfermedades superadas y la calidad de todos los servicios básicos se ha deteriorado.

Paralelamente, se intensifica el ataque feroz a nuestra moneda: el bolívar, y con ella la inflación inducida. En efecto, desde el 2013 hasta hoy, la depreciación del bolívar ha alcanzado 5.178.365.937.759% (Curcio, 2021). Al respecto Richard Black, senador del partido republicano de EEUU confesó en 2017: “[...] a través del sistema bancario internacional, hicimos que la moneda venezolana careciera de valor y luego vamos y decimos: ‘Miren lo malo que es este Gobierno, su moneda no vale nada’. Bueno, no fueron ellos, fuimos nosotros quienes hicimos inútil su moneda” (Boueiri, 2020: 77). Consecuencia de este brutal ataque al bolívar, el poder adquisitivo de la clase obrera ha caído en niveles alarmantes.

En cuanto a la caída en la producción de medicamentos, la Vicepresidenta Ejecutiva de la República afirmó en una declaración pública, que más de la mitad de las trasnacionales productoras de medicamentos en el país se fueron a consecuencia de los bloqueos

convirtiendo a Venezuela en el quinto país del mundo con más sanciones, las cuales han impactado todos los programas sociales. Tenemos recursos congelados a nivel internacional para vacunas tales como: la pentavalente, anti neumococo, valente. Develó también una comunicación remitida a la entidad financiera de Portugal, Novo Banco, a través de la cual se solicita que transfiera para pago de vacunas a la OPS y la respuesta es que esto está *congelado* (Rodríguez, 2021).

En materia de agua potable, explicó la Vicepresidenta, que todas las empresas proveedoras de equipos de bombas, de equipos de energía para estas bombas, afirman que no pueden suministrarlas sencillamente porque están bloqueadas. Se les ha prohibido comercializar por las sanciones impuestas, tanto por los EEUU como por la UE. Tampoco hay posibilidad de que barcos transporten estos insumos hacia Venezuela.

En cuanto a la caída de importación total de alimentos, recordó que a partir de las órdenes ejecutivas de 2014 se sancionó al programa CLAP (Comités Locales de Abastecimiento y Producción). Esto produjo, la caída en disponibilidad de proteínas para el pueblo. Rodríguez especificó que todas las órdenes ejecutivas emanadas desde EEUU están dirigidas a asfixiar a la economía venezolana, además de causar la caída drástica de nuestros ingresos en divisas.

A modo de cierre

Venezuela posee inmensos recursos naturales, tanto renovables como no renovables, lo que la convierte en un blanco de interés estratégico permanente en un tablero geopolítico en disputa entre las antiguas potencias y las emergentes. Posee, por ejemplo, la reserva petrolera probada más grande del mundo cuantificada en 300 mil millones de barriles, 202 billones de pies cúbicos en reservas probadas de gas, está en segundo lugar en reservas probadas en hierro y oro, quinto en reservas de Torio y sexta en diamantes, y posee un total de más de 45 tipos de reservas minerales de alto valor industrial (MPPD, 2020:28). Venezuela, además, ha manifestado (y demostrado) su férreo interés de defenderlos dentro de un esquema de desarrollo contrahegemónico.

Por su parte, EEUU, reconoce que las sanciones pueden ser tan buenas como la estrategia subyacente que se persigue. Por ello recomienda como una buena práctica el “[...] Monitorear la ejecución de la estrategia y recalibrar continuamente sus supuestos iniciales de resolución del Estado objetivo, la eficacia del dolor aplicado para romper esa resolución y la mejor manera de mejorar la estrategia” (Nephew, 2020). A esto se le denomina el principio de la *plasticidad*, que está presente en toda guerra integral, el cual consiste en la capacidad de aprendizaje y adaptación del gobierno intervencionista, con respecto al país agredido (Angiolillo y Sangronis, 2020:16). Pero no olvidemos que el país agredido también posee capacidad de aprender y responder, y Venezuela lo ha hecho de múltiples formas.

En efecto, hasta ahora nuestro país ha podido sortear la agresión integral, aunque a un costo muy elevado; ha logrado identificarla y contraatacarla con mayor precisión a medida que va entendiendo algunas de sus lógicas y principios. A lo interno, podríamos afirmar que ha hecho un uso estratégico del Derecho, en combinación con diversas maniobras y un fuerte respaldo del poder popular. En este sentido, se ha fortalecido la Unión Cívico-Militar en todos los frentes, incluyendo el de la defensa de la soberanía de la República ante un eventual ataque militar. Por ello cuenta con más de 4 millones de milicianos incorporados como combatientes regulares, con entrenamiento y armas que se encuentran bajo custodia de la República.

En lo internacional, Venezuela ha denunciado la agresión de la que es objeto en múltiples escenarios. Es claro que toda la legislación que prohíbe las MCU es parte del Derecho Internacional (*Ius cogens*),⁽⁵⁾ por lo que existe la obligación jurídica de reparar daños causados por *hechos internacionalmente ilícitos*. En vista de que las sanciones son impuestas precisamente para desestabilizar a los Estados y causar caos, es evidente que caen bajo el ámbito del artículo 39 de la Carta de las NU, el cual estipula que el Consejo de Seguridad (CS) determinará la existencia de cualquier amenaza a la paz. Desde luego, los EEUU tienen el veto, y pueden bloquear cualquier resolución del CS. Pero la Corte Internacional de Justicia sí tiene competencia de declarar que las sanciones son contrarias al DI y al *Ius cogens* (De Zayas, 2021).

Pero plantear el problema sólo como un tema jurídico sería un grave error al darle una cualidad autónoma al Derecho que no tiene, especialmente en el ámbito internacional. En mi opinión, la Revolución Bolivariana ha entendido eso muy bien desde el comienzo. El problema es fundamentalmente político y económico. El Derecho es pues un instrumento en la batalla por el poder y el caso venezolano demuestra que la izquierda también lo ha sabido usar. De hecho, no es casualidad que, del total de leyes promulgadas durante 149 años de historia legislativa venezolana, el 75% haya sido aprobado en el período que va desde 1999 hasta agosto de 2021.⁽⁶⁾

Pero la Revolución no fue especialmente atacada por su actividad legislativa de manera genérica o simbólica. Esto pese a que a través de ella logró cambiar las estructuras del Estado (los clásicos tres poderes públicos por cinco, planteó la democracia participativa y protagónica en todos los ámbitos, y hasta le cambió el nombre al país convirtiéndola en *República Bolivariana de Venezuela*). No, no fue esto lo que ocasionó los ataques más feroces; ellos vinieron cuando la Revolución comenzó a demostrar que el Derecho podía servir para algo importante, es decir, cuando comenzó a producir leyes económicas de significativo impacto en la redistribución de la riqueza (Ley de tierras, de pesca, de hidrocarburos, entre otras).

(5) Las normas del *Ius cogens* o derecho imperativo internacional protegen valores esenciales compartidos por la comunidad internacional, no pueden ser derogadas, salvo por otra norma del mismo rango.

(6) Según el Índice Legislativo de Venezuela aprobado por la Asamblea Nacional, en agosto de 2021.

Para finalizar, podríamos afirmar que, pese al deterioro significativo de los DESC, especialmente del pueblo más humilde, este ha decidido librar esta dura batalla posponiendo incluso el supuesto bienestar inmediato que traería su eventual claudicación. Sabe que, a pesar de sus propias vulnerabilidades internas se enfrenta, sin duda, a una *guerra de otro modo*, de largo alcance y duración. Una guerra encubierta, difusa, indirecta, asimétrica y criminal. Sabiamente se ha enfrentado a ella con el arma más poderosa que, pese a las provocaciones, nunca ha abandonado; esa que causa terror al enemigo: el mantenimiento de la paz interna. Una paz activa envuelta en razones y esperanzas, defendida tenazmente con la Constitución y el aguante, con la conciencia y la movilización, con el voto y el trabajo.

Pero, lo anterior no es suficiente si no rescatamos nuestras fortalezas como bloque regional. El ataque a la República Bolivariana de Venezuela es, sin duda, una agresión a la integración latinoamericana, es decir, al más puro ideal de Bolívar opuesto a la Doctrina Monroe, de la que ninguna nación está librada ni vencerá en solitario.

Referencias

- Angiolillo, Pascualino y Sangronis, Astolfo.** (2020). *Intervencionismo y Guerra Integral*. (Buenos Aires: Acercádonos Ediciones).
- ANC-Asamblea Nacional Constituyente.** (2020). *Ley Antibloqueo para el desarrollo nacional y la garantía de los derechos humanos*. Ley Constitucional aprobada el 12 de octubre en Gaceta Oficial No. 6.583 Extraordinario.
- BBC.** (2019). "Juan Guaidó, presidente de la Asamblea Nacional de Venezuela, se juramenta como 'presidente encargado' del país". Disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-46979533>
- Boueiri, Sonia.** (2021). "Las medidas coercitivas unilaterales (sanciones) en el devenir histórico venezolano" en *Ruptura*. Grupo de análisis y creación para la transformación social/Institut Sobiranes. Momentos pospandemia. Nuevos poderes, nuevas resistencias. (Barcelona, España: Edición de Ruptura).
- (2020). "Las cruciales elecciones parlamentarias 2020 en Venezuela" en *Crítica jurídica y política en Nuestra América* (Buenos Aires), N° 5.
- (2019). "La guerra económica en Venezuela" en Benente, Mauro y Nava, Marco (comps.), *Derecho, conflicto social y emancipación. Entre la depresión y la esperanza*. (Buenos Aires: Clacso/Ilsa/Universidad de Nariño).
- (2014). "¿Y cuando la protesta es criminal? Un análisis de las gürimbas venezolanas del 2014", *Conflictividad en Latinoamérica; nuevos desafíos jurídicos y sociales para la región*. XV Congreso Nacional y V Latinoamericano de Sociología Jurídica (Buenos Aires: Sasju).
- (2012). "Historia crítica del acceso a la justicia en Venezuela" en *Revista Derecho y Ciencias Sociales* (La Plata), N° 6.

- Cancillería de la República Bolivariana de Venezuela.** (2021). "El impacto negativo de las medidas coercitivas unilaterales en la realización del derecho al desarrollo", Evento virtual realizado el 22 de septiembre. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=0c29SJtq4qU>
- Curcio, Pasqualina.** (2019). "El modelo socialista fracasado" en Red Angostura (Caracas), 9 de septiembre. Consultado en <http://redangostura.org.ve/?p=2493>
- (2021). "Impacto de la guerra económica en Venezuela" en Últimas noticias (Caracas), 8 de noviembre. Consultado en <https://ultimasnoticias.com.ve/noticias/opinion/impacto-economico-de-la-guerra-en-venezuela/>
- De Zayas, Alfred.** (2021). "Las MCU violan la soberanía del Estado y la libre determinación de los pueblos", Foro Académico Medidas coercitivas unilaterales: irrespeto del derecho internacional y graves consecuencias humanas, Ginebra, 9 y 10 de junio. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=ZVp5p9jpA>
- ICC.** (2020). Remisión conforme al artículo 14 del Estatuto de Roma a la Fiscal de la Corte Penal Internacional por parte de la República Bolivariana de Venezuela con respecto a la Medidas Coercitivas Unilaterales. Annex II Public ICC-01/20-4-AnxII 04-03-2020 1/66 NM PT.
- MINCI-Ministerio del Poder Popular para la Comunicación e Información.** (2014). Venezuela se respeta. (Caracas: MINCI).
- Muñoz, Reynaldo.** (2021a). "Discurso ante la Asamblea Nacional". Caracas, 04 de febrero (Transcripción propia). Disponible en https://www.youtube.com/watch?v=_EF17w-DbQM&t=1932s
- (2021b) "Conferencia Pillaje y despojo: Las 'sanciones' como arma de guerra". Caracas, 12 de febrero (Transcripción propia). Disponible en https://www.youtube.com/watch?v=ak_bTvkEcw
- Naciones Unidas.** (2021). Informe de la Relatora Especial de la ONU sobre el impacto negativo de las medidas coercitivas unilaterales en el disfrute de los derechos humanos. (Caracas: UN).
- (2018). Informe del Relator Especial sobre las repercusiones negativas de las medidas coercitivas unilaterales en el disfrute de los derechos humanos A/HRC/39/54. Consejo de Derechos Humanos 39º período de sesiones 10 a 28 de septiembre.
- (2015). Derechos humanos y medidas coercitivas unilaterales. Resolución A/RES/70/15, aprobada por la Asamblea General el 17 de diciembre.
- Nephew, Richard.** (2020). Evaluación del enfoque de la administración Trump sobre las sanciones: Venezuela. Centro de Política Energética Global en la Universidad de Columbia SIPA. Disponible en <https://www.energypolicy.columbia.edu/research/commentary/evaluating-trump-administration-s-approach-sanctions-venezuela> Consultado el 22 de mayo de 2021.
- Observatorio Nacional de Medidas Coercitivas Unilaterales.** (2021). "Datos económicos del bloqueo a Venezuela" en Boletín antibloqueo (Caracas), N° 4. Disponible en https://observatorio.gob.ve/wp-content/uploads/2021/08/Boletin_Antibloqueo_N3VF.pdf
- Rivera, Carlos.** (2021). "La guerra jurídica. A propósito de eso que llaman *lawfare*" en Crítica jurídica y política en Nuestra América (Buenos Aires), N° 7.
- Rodríguez, Delcy.** (2021). "Venezuela completa ciclo jurídico ante la CPI en defensa del pueblo" (Caracas) Disponible en <http://www.mppre.gob.ve/2021/08/24/venezuela-completa-ciclo-juridico-cpi/> Consultado el 25/08/2021.

LILIANA BEATRIZ COSTANTE*

Salud pública y pandemia en los límites de acción del Estado

Un ejemplo desde Argentina

Resulta más que oportuna la propuesta de tratar la guerra judicial –como así se menciona al *lawfare* en Colombia– de cuya aplicación en Nuestra América se exhiben claros ejemplos: contra el presidente Lugo, Lula, Dilma Rousseff y contra Correa. Tales ejemplos muestran el uso de la ley y de su órgano estatal para la jurisdicción, como un arma para lograr objetivos militares en función al interés de manipulación del mapa geopolítico. Argentina también viene siendo territorio de aplicación del *lawfare* particularmente en temas con amplias implicancias en la política internacional –como fuera, la causa del Memorandum de Entendimiento con Irán–.

El presente trabajo aborda una cuestión novedosa no sólo por el derecho humano en juego –la salud del cuerpo social– sino por la oportunidad elegida por lxs operadores políticxs contrarios al gobierno nacional para hacer uso del *lawfare* -el primer año de la pandemia por Covid- 19–.

Origen y función de la guerra jurídica o judicial

No es un dato menor que el concepto “*Lawfare*” fue originariamente formulado en el tratado “Guerra sin restricciones” (escrito en 1999 por dos oficiales del Ejército de Liberación Popular de la República Popular de China) en el contexto de disputas como las del Mar de China. En dicho tratado eran definidos métodos y estrategias no convencionales –lo que

(*) La autora es abogada. Miembro del GT CLACSO “Crítica Jurídica y conflictos sociopolíticos”. Participa en FISyP (Fundación de Investigaciones Sociales y Políticas) y en organismos vinculados con la lucha por los DDHH (AABA, APDH, ATTAC Arg., AAJ).

quedará integrado en la denominada “guerra asimétrica”–, especificando tres escenarios simultáneos: la guerra psicológica; la guerra de opinión pública; la guerra legal o *lawfare*.

Al ser traducido en EEUU, el título mutó a “Guerra irrestricta: Plan Maestro Chino para Destruir América” y, en poco tiempo, el coronel de la aviación norteamericana Charles Dunlap pasa a ser considerado como “padre de la criatura” al asociar el concepto de *lawfare* a la defensa nacional con un marco teórico desplegado especialmente hacia dentro de la cúpula de la Fuerza Aérea de EEUU y queda explicitado que lo jurídico pertenece al imperativo estratégico militar de EEUU. Lo dicho no empuja a que, abriendo la mirada de la investigación, podamos rastrear los orígenes y función política del *lawfare* en los 11 principios acuñados por Goebbels.

El *lawfare* es una técnica de decapitación sustitutiva de medios militares (tradicionales) para detener un liderazgo o proyecto que afecte el interés de EEUU y de las grandes corporaciones a nivel mundial. Es una guerra política por la vía judicial. Se usan herramientas jurídicas de manera abusiva para perseguir a un enemigo político individual o grupal en el marco de las llamadas “Guerras híbridas”, o “Guerras de 4ta o 5ta generación”, para generar inestabilidad política en contextos de disputas de proyectos en América Latina. En esto vemos la experiencia conosureña y del Caribe como parte de esta estrategia regional para la cual, el uso de la ley y la violencia inherente en la ley, está direccionada hacia fines políticos.

La supremacía y abuso del aparato judicial, articulada con la manipulación de la opinión pública operada por los medios de comunicación para deslegitimar proyectos políticos y a sus líderes o grupos de afinidad con el objetivo inmediato de restaurar el orden neoliberal capitalista, son algunas de las características de esta nueva forma de guerra. Tal articulación implica una red de estrechas relaciones entre jueces, fiscales, abogados, peritos y actores sociales relevantes, en enlace con determinado periodismo en un circuito de comunicación “por fuera de” y “en contra de” los derechos y garantías constitucionales y convencionales. En lo dicho cuenta además, con peso específico, la crisis de los poderes del Estado, en cuanto amplía el proceso de destinación de la política hacia el Judicial con el activismo mediático corporativo que pasa a ser una especie de contenedor e intérprete de los conflictos sociales. Los medios reciben la información de Fiscalías y tribunales, y actúan concomitantemente para generar pruebas y direccionar “el sentido común”. Las redes sociales funcionan como disparadores emotivos y motivacionales en línea con lo que venimos señalando.

Frente a esto, no podemos ni imaginar el “solicitar” a los medios –a los masivos de comunicación como a los de producción– que funcionen como otra cosa que no son. La propiedad privada de aquéllos responde en coherente consonancia con el principio de la lógica: si A es A, no es B. Marx la expande en la comprensión del Capital como relación social.

Según los arquetipos de democracia liberal burguesa nustramericana, el único posicionamiento ético es el emancipatorio de los seres humanos y de los no-humanos de la explotación y alienación. En esa línea es que trabajamos la concreción de los DDHH. Su avance en el plano de la literalidad normativa queda fragmentado, diluido o fantasmagorizado en el marco de la lógica por la que se sostiene a la propiedad privada con carácter de cláusula pétrea constitucional y al Mercado como Dios primordial a cuya "racionalidad" se ven sometidos los ciudadanos-siervos a beneficio de los sectores hegemónicos. Racionalidad puesta entre comillas a tenor de que, en tal sometimiento, vastos sectores sociales ya empobrecidos y vulnerados, quedan debatiéndose entre la vida como supervivencia rastrera y la muerte en vida –a más de la muerte en sí–, donde la libertad es la libertad burguesa, una libertad que queda restringida a lo permitido bajo la tiranía de las fuerzas dominantes del mercado. Ese no es el producto no deseado del Estado burgués. Ese es el producto de la civilización del capital que hoy sume al planeta en una crisis civilizatoria en la que los poderosos continúan luchando entre sí y haciendo alianzas entre sí para ver quiénes logran apoderarse de las balsas tiradas al mar desde el Titanic. Por eso no corresponde "pedirle" a los medios que hagan otra cosa que la que hacen.

Los límites de acción del Estado no son otros que los devenidos de la matriz productiva de bienes y sentidos. Esto implica una toma de conciencia y posicionamiento respecto a las partes en lucha y, respecto al *lawfare*, que estamos frente a la intervención no armada en el patio trasero como táctica de guerra en cualquier territorio donde haya movimientos populares que puedan expresarse.

Además, lo descrito previamente no hace más que continuar confirmando lo dicho por Ferdinand Lasalle cuando describía las dos Constituciones de país –la real y efectiva formada por la suma de factores reales y efectivos que rigen la sociedad, y la escrita a la que el autor denomina "hoja de papel"–, Lasalle decía y cito: "Allí donde la Constitución escrita no corresponde a la real, estalla inevitablemente un conflicto que no hay manera de eludir y en el que alarga, tarde o temprano, la Constitución escrita, la hoja de papel, tiene necesariamente que sucumbir ante el empuje de la Constitución real, de las verdaderas fuerzas vigentes en el país."

La aplicación del *lawfare* –tanto en su génesis como en el ulterior desarrollo que ha tenido– permite señalar críticamente por lo menos 2 puntos: 1) la función legitimadora que ocupa el sistema jurídico respecto al sistema socio-económico; 2) el *Lawfare* como arma propia –no impropia– de ataque a un líder o lideresa o grupo político, a fin de desestabilizar su liderazgo o gobierno, e -incluso- para socavar su imagen con anterioridad a su postulación, enmarcándose en los "nuevos" fenómenos de intervención no armada en la institucionalidad de un territorio o Estado. De allí que se le atribuya pertenencia a la categoría de "guerras de bajo impacto". Me pregunto: de bajo impacto ¿para quién o quiénes?

La judicialización de la política es una estrategia bien conocida por venir siendo aplicada por lxs operadores retardatarios y refractarios a la concreción de DDHH. La dinámica de tal operatoria que se concentra en los territorios nacionales, funciona en representación o afinidad de objetivos a los de los espacios internacionales de poder en el capitalismo globalizado. En el sentido expuesto, el mecanismo opera con tres frentes sistemáticamente articulados entre sí: jueces/medios de comunicación/grupos económicos. En tales frentes se integran operadores académicos y avezados conocedores de nuevas tecnologías publicitarias y de comunicación de masas para la más efectiva manipulación social. El tándem se sostiene en un soporte ya legitimado en cuanto a la función del Estado, a la libertad individual y a la propiedad privada por encima y en contra de los avances logrados para incorporar, por lo menos en el sistema jurídico, normativas progresivas. Por eso, abordar la guerra jurídica y judicial y DDHH desde la mirada puesta en la construcción de un sistema democrático de base igualitaria en el acceso al producto social, implica abordar el conflicto estructural de base.

**De la aplicación de la guerra jurídica en Argentina en pandemia.
Un caso paradigmático: el uso de la guerra jurídica poniendo
en riesgo la salud pública**

En Argentina, el embate apeló al mecanismo que nos ocupa direccionando su fuerza para lograr convicción contra la cuarentena iniciada el 20/03/2020 y sus subsiguientes fases decididas por el gobierno nacional, Para el caso, el soporte epistémico del fenómeno “anticuarentena” y, a posteriori aunque concomitante a aquél, el de la postura “antivacuna”, se entramó entre dos líneas argumentales desembozadamente de derecha: 1) la de la necesidad de proteger al mercado; 2) la de que las restricciones de la libertad ambulatoria individual atentaba contra la libertad individual -una libertad ambulatoria y decisional individual como derecho absoluto, privado, irrestricto e irrestrictible. Esa posición irresponsable frente a la salud del cuerpo social –en particular, la de aquellos sectores de mayor vulnerabilidad de posibilidades socio-económicas, psico-físicas, etarias, de género o todas ellas juntas– se basa en una premisa además de falsa, profundamente deshumanizada y deshumanizante. Esta lógica tan cara al desarrollo del capitalismo a través de los siglos, se ancla en la tesis contractualista lockeana que universaliza los derechos burgueses a partir del siguiente razonamiento: “La razón por la que los hombres entran en sociedad es la preservación de su propiedad.” (Locke, 1990:212).

Veamos dos ejemplos de *lawfare* en pandemia: a) La decisión del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires de judicializar el decreto presidencial que suspendió las clases presenciales en el AMBA en el marco de la cuarentena como gestión primaria de la pandemia; b) la denuncia judicial contra el Presidente de la Nación y contra el entonces Ministro de Salud Ginés García, por envenenamiento y adulteración de aguas medicinales, incumplimiento y violación de deberes del funcionario público (art. 249 CP).

Se usó la guerra judicial como herramienta política en un contexto socioeconómico de profundo agravamiento de las condiciones de vida de los sectores sociales más vulnerables y vulnerados y de extrema sensibilidad social por las incertidumbres que nos atravesaban como cuerpo social frente al Covid- 19 a partir de las experiencias previas respecto a otras pandemias como la del ébola o del Sars. La muerte de lxs infectadxs sacudía sin respiro.

La pugna por la compra de vacunas contra el virus Covid- 19 desarrolladas por laboratorios extranjeros que ofertaron sus productos en el mercado internacional, mostró los intereses económicos y políticos en disputa. Los primeros acopios de la preciada “mercancía” –las vacunas– la llevaron a cabo Estados “fuertes” como EEUU, Alemania o Israel, para lo cual desembolsaron miles de millones de dólares para asegurarse la provisión en cantidades más que necesarias para el número de habitantes a vacunar. Tomaron esa decisión y la concretaron no sólo porque tenían la disponibilidad de recursos financieros para hacerlo. También como exhibición de fuerza de esa misma capacidad de acción que, como lógica consecuencia, dejaba sin stock suficiente para la población de otras partes del mundo. Esas poblaciones quedaron relegadas a la espera del buen fruto de las negociaciones que se comenzaron a desarrollar entre los privados y cada Estado.

La curva de datos sobre cantidad de infectados y de muertos a causa del COVID- 19 fue en ascenso mientras comenzaba a manifestarse un creciente malestar social por el impacto del cierre de la actividad empresarial, productiva y del comercio minorista y mayorista. En ese marco se inscriben los casos de guerra judicial que he planteado, de los que, por su relevancia tomaré el de la denuncia por envenenamiento contra el Poder Ejecutivo Nacional.

Teoría y práctica de la guerra judicial en un caso que se torna paradigmático

El 23/12/2020, registrada bajo el expediente CFP 9924/2020, quedó radicada en el Juzgado Federal en lo Criminal y Correccional N°12 de la Capital Federal –a cargo del juez Sebastián Casanello–, la denuncia que radicó la ex legisladora Elisa María Carrió con las firmas de lxs diputadxs Juan Manuel López, Mariana Stilman y Mónica Edith Frade contra el presidente de la Nación Alberto Fernández y el entonces ministro de Salud de la Nación, Dr. Ginés González García, “por envenenamiento o adulteración de aguas medicinales o alimenticias; defraudación a la Administración pública, incumplimiento de autoridad y violación de los deberes de funcionario público (Art. 249)”. La denuncia también abarcaba a “cualquier otro funcionario que hubiera participado en gestiones, contratación y firma de contratos con el gobierno de Rusia, para la reserva, adquisición y comercialización de la vacuna Sputnik V”, arreciando contra los denunciados por la falta

de información vinculada a la adquisición de la vacuna Sputnik 5 de origen ruso y a los datos científicos fidedignos sobre lo que se le iba a inocular a la población.

En el texto de la denuncia, los firmantes -pertenecientes a la alianza política Juntos por el Cambio que gobierna CABA en abierta oposición al gobierno nacional desde un posicionamiento de derecha-, objetaron que “la información sobre reserva y adquisición” de las vacunas al gobierno ruso “se mantiene absolutamente blindada por parte del gobierno argentino”, planteando asimismo que “pese a los numerosos pedidos de Acceso a la Información Pública, los legisladores nacionales no hemos podido acceder al conocimiento de cuáles son las razones por las cuales el Poder Ejecutivo redireccionó –casi en exclusividad– todo su esfuerzo para la adquisición de la vacuna Sputnik V, soslayando otras opciones de vacunas, ya avanzadas en el conocimiento de su posible eficacia”. Los denunciantes resaltaron que esta operación comercial “sin precedentes” involucra a “un oferente cuyo producto no sabemos si será apto para humanos de entre 18 a 60 años, pero que sí sabemos no lo será para cumplir –de momento– la finalidad de proteger a los adultos mayores”. Esto mientras la firmante Mónica Frade tenía como antecedente el haber propuesto en una sesión de la Cámara de Diputados que integra, el tomar “dióxido de cloro” para hacerle frente al virus –hecho que el diputado Pablo Yedlin, Pte. de la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados, le fuera recordó por Twitter en un rápido duelo por esa red–.

Todo esto ocurría además del bombardeo mediático y en redes con el discurso de que el gobierno nacional estaría incurso en la comisión del delito de “puesta en riesgo” que el Código Penal califica respecto del “conductor que creare una situación de peligro para la vida o la integridad de las personas” (art. 193 bis). TODO UN DESATINO, TODA UNA MAQUINARIA PUESTA AL SERVICIO DEL APROVECHAMIENTO MEZQUINO DE UNA SITUACIÓN DE CATÁSTROFE.

El fiscal Guillermo Maríjuan solicitó que se desestimara la denuncia por falta de sustento acusatorio. El gobierno ruso confirmó que la Sputnik V también es apta para el segmento de adultos mayores. Y el pormenorizado informe sobre dicha vacuna publicado en la revista de divulgación científica “The Lancet” no dejó duda alguna en cuanto a la efectividad de la Sputnik V certificada en un 91,6%.

Hay que tomar en cuenta que, así como el llamado forum shopping implicaba llevar la causa a esx juez/a cuya tendencia ideológica convenía en el caso, lo que permitía inferir el curso que tomaría la investigación o el desarrollo del expediente incluso la sentencia, el *lawfare* no busca elegir un/a juez/a. La maniobra hace uso del Poder judicial, de los tribunales, de la jurisdicción y, por ende, de los dispositivos procedimentales que el propio Estado pone como garantía del proceso. Así, distorcionadas las garantías incluso liberales- el artefacto bélico-político detona las reglas del Estado que le da cabida mientras se acentúa la estrategia con el discurso mediático en una encendida diatriba en favor de la libertad individual –la ambulatoria, la de expresión y la de prensa-empresa y academia-empresa–.

Pasado el tiempo, la causa se cerró. El daño ya estaba hecho.

Como nota de color del republicanismo kantiano: Elisa Carrió se vacunó y afirmó que no se inmunizó con la “vacuna de un laboratorio de Rusia” -en referencia a la Sputnik V- en razón a que el presidente de ese país –Vladimir Putin– “es un dictador”.

Corolario

La interacción de ambos aparatos –el jurídico-judicial y el mediática en sí– es un dispositivo en uso particularmente por los grupos de presión de derecha así como quienes, desde sus funciones públicas, los sostienen o secundan. Esto así, en tanto los medios monopólicos crean una realidad atrayente y expansiva, económicamente rentable para sus operadores, aún cuando el resultado social del dispositivo en cuestión pueda tener contenido tanático.

Es nuestro deseo que el camino de la izquierda eluda la aplicación de estos mecanismos –como el *lawfare*, el uso abusivo e ilegítimo de la prisión preventiva, la inversión de la carga de la prueba, las fakenews, los trolls, los drones para espionaje ilegal y el espionaje ilegal en sí mismo– que exhiben impudicamente la lógica de valoración propias del mercado capitalista e inherentes a la institución de la propiedad privada. Encuentros como estos permiten abordar cada nueva herramienta-arma de la derecha cuyo fin es el de consolidar su posición hegemónica en cuanto a que la “democracia” –como idea o como sí– se mantenga reducida o circunscripta a “democracia como no-dictadura” mutando de la Seguridad Nacional a la que apelaba la dictadura cívico-militar-financiera y eclesiástica hacia una “democracia de seguridad mercantil”.

No basta enojarnos con lo que hacen los medios y el poder judicial entrelazados si ocultamos o eludimos ver que eso es una nueva cabeza de la hydra -aquella del relato mítico a la que le salían dos cabezas cada vez que Hércules le cortaba una de las que el monstruo tenía. Hasta que Hércules y su pequeño compañero se dieron cuenta que, para vencer al monstruo, no bastaba con cortar de a una cada cabeza.

Los casos traídos a estas Jornadas a través del ejemplo de uso del *lawfare* contra la Salud Pública en plena pandemia, me indujeron a no escamotear la realidad del dispositivo en estudio, a fin de que este trabajo sea un aporte en dirección a lo que dicen que dijo Bertolt Brecht: “No acepten lo habitual como cosa natural, pues en tiempos de confusión generalizada, de arbitrariedad consciente, de humanidad deshumanizada, nada debe parecer imposible de cambiar”.

Muchas gracias.

Referencias

Acosta, Yamandú. (2005). Sujeto y democratización en el contexto de la globalización. Perspectivas críticas desde América Latina (Montevideo: Nordan Comunidad).

- Bidart Campos, Germán.** (1997). Casos de derechos humanos (Buenos Aires: Ediar) Capella, Juan Ramón 1993 Los ciudadanos siervos (Madrid: Trotta).
- CLACSO, GT** "Crítica Jurídica y conflictos sociopolíticos" https://www.clacso.org/wp-content/uploads/2021/04/V1_Critica-juridica-y-politica_N7.pdf
- Espinal Arias, Rigoberto.** (1993). Los jueces y su responsabilidad para la vigencia de un Estado de Derecho, (San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos).
- González, Horacio Ricardo.** (2007). Estado de no derecho - Emergencia y derechos constitucionales (Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto, Colección Tesis Doctorales)
- Hinkelammert, Franz.** (2007). Crítica a la razón mítica, Laberintos de la modernidad (San José, Costa Rica: Arlequín).
- Lasalle, Ferdinand** 2002. (1931). ¿Qué es una Constitución? (Barcelona: Ariel Derecho).
- Locke, John** 1990. (1690). Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, (Madrid: Alianza Editorial). Rajland, Beatriz y Campione, Daniel Estado, Política e Ideología 1995 (Buenos Aires: Letra Buena).