

GUERRAS JURÍDICAS CONTRA LA DEMOCRACIA

EL lawfare en América Latina

Organizadores

Ernesto Samper • Larissa Ramina • Carol Proner

Volumen I

Colección América Latina Global

Coordinadores: Carol Proner y Pablo Gentili

GUERRAS JURÍDICAS CONTRA LA DEMOCRACIA El lawfare en América Latina | Volumen I

Buenos Aires, marzo de 2023

1ª Edición, Buenos Aires: Escuela de Estudios Latinoamericanos y Globales, ELAG / Instituto Joaquín Herrera Flores; 2023.

Autores:

Adoración Guamán, Clara López Obregón, Alejandro Medici, Juan Cruz Vallefin, Larissa Ramina, Lina María Mejía Torres, Mauricio Jaramillo Jassir, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Diogo Bacha y Silva, María José Fariñas Dulce, Pedro Serrano, Anderson Medeiros Bonfim, Silvina Romano, Baltasar Garzón Real, Juárez Tavares, Eugenio Raúl Zaffaroni, Carol Proner, Daniel Flores Cáceres, Eli Gómez Alcorta, Laura Gonzalez Carvajal, Virgilio Hernández Enríquez, Francisco José Infante

Organizadores: Ernesto Samper, Larissa Ramina, Carol Proner

ISBN: 978-65-00-65174-4

1. América Latina, 2. Estado y política, 3. lawfare, 4. democracia, 5. Política latinoamericana



La **Colección América Latina Global** es una iniciativa de la Escuela de Estudios Latinoamericanos y Globales, **ELAG**, una plataforma de debate, formación, análisis e investigación sobre los grandes asuntos de la agenda pública en América Latina y el mundo.

Consejo Académico de ELAG: Dilma Rousseff (presidenta), Elizabeth Gómez Alcorta, Pilar del Río, Celso Amorim, Guillaume Long, Álvaro García Linaera, Carol Proner y Pablo Gentili.

Coordinación ejecutiva: Cláudia Gonçalves de Lima

Coordinación de cursos y contenidos: Francisco J. Escobar García

Diseño gráfico: Natalia Viglianco, Marcelo Leybovich

www.americalatina.global

Esta obra ha sido publicada en coedición con el Instituto Joaquín Herrera Flores



El Instituto de Derechos Humanos Joaquín Herrera Flores, creado en el año 2014, tiene su sede en Sevilla y Río de Janeiro. Agrupa a un conjunto de especialistas en el ámbito de los derechos humanos, con una dilatada experiencia en diversas áreas temáticas y geográficas, tanto desde una perspectiva docente como investigadora.

<https://joaquinherreraflores.org>



GUERRAS JURÍDICAS CONTRA LA DEMOCRACIA

El lawfare en América Latina

Volumen I

Autores

**Adoración Guamán, Clara López Obregón, Alejandro Medici,
Juan Cruz Vallefin, Larissa Ramina, Lina María Mejía
Torres, Mauricio Jaramillo Jassir, Marcelo Andrade Cattoni
de Oliveira, Diogo Bacha y Silva, María José Fariñas Dulce,
Pedro Serrano, Anderson Medeiros Bonfim, Silvina Romano,
Baltasar Garzón Real, Juarez Tavares, Eugenio Raúl
Zaffaroni, Carol Proner, Daniel Flores Cáceres, Eli Gómez
Alcorta, Laura Gonzalez Carvajal, Virgilio Hernández
Enríquez, Francisco José Infante**

Coordinadores

Ernesto Samper, Larissa Ramina, Carol Proner

Índice

Prólogo

Ernesto Samper Pizano **5**

Presentación: Las guerras jurídicas en América Latina

Larissa Ramina y Carol Proner **10**

1 | Lawfare y Lex Mercatoria: el momento autoritario del neoliberalismo.

Adoración Guamán. **16**

2 | Colombia, precursor del lawfare en América Latina.

Clara López Obregón. **42**

3 | Nuevas dimensiones del derecho a la verdad en tiempos de Lawfare.

Alejandro Medici; Juan Cruz Vallefin. **80**

4 | Lawfare y contexto histórico: EE. UU. y la construcción paulatina del marco normativo e institucional para la lucha contra la corrupción.

Larissa Ramina. **110**

5 | Lawfare, judicialización de la política y corrupción transnacional. La nueva dinámica en la democratización incompleta de América Latina.

Lina María Mejía Torres; Mauricio Jaramillo Jassir. **175**

6 | Lawfare v Evo Morales: El caso Boliviano.

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira; Diogo Bacha y Silva. **225**

7 | Guerra Híbrida, Lawfare y WhattsApperización de la Política.

María José Fariñas Dulce. **257**

8 | Autoritarismo líquido y Lawfare.

Pedro Serrano; Anderson Medeiros Bonfim. 272

9 | Estados Unidos y el lawfare en América Latina.

Silvina Romano. 303

**10 | Interpretación, independencia judicial y lawfare.
El papel del derecho en la defensa de la democracia.**

Baltasar Garzón Real. 336

11 | La relación entre la ley y el Estado de excepción.

Juarez Tavares. 352

12 | Penas ilícitas: un desafío a la dogmática penal.

Eugenio Raúl Zaffaroni. 385

**13 | El Antijurídico, la desestabilización
y la desinstitucionalización en América Latina.**

Carol Proner. 427

**14 | El que nada hace, teme: El Lawfare contra
Marco Enríquez-Ominami, el caso chileno.**

Daniel Flores Cáceres. 471

**15 | De la judicialización de la política
a la politización de la justicia.**

Eli Gómez Alcorta y Laura Gonzalez Carvajal. 485

**16 | Lawfare recargado, reforma constitucional
y bloqueo político: el caso de la revolución ciudadana en Ecuador.**

Virgilio Hernández Enríquez. 505

**17 | El Lawfare del orden público:
una instrumentalización peligrosa y la prevalencia
de los Derechos Humanos.**

Francisco José Infante. 534

Prólogo

Ernesto Samper Pizano
Expresidente de Colombia y ex secretario general de UNASUR

Estas líneas fueron escritas por primera vez por mí, en 2018, a propósito de la Octava Conferencia Latinoamericana y Caribeña de Ciencias Sociales, Primer Foro Mundial de Pensamiento Crítico, organizado por CLACSO. En dicho escenario, me correspondió hacer una intervención magistral con más de mil jóvenes para explicar qué implicaciones han tenido las GUERRAS JURÍDICAS en las coyunturas políticas de los países de la región, la conferencia tenía por título: -Guerras jurídicas y estado de excepción en América Latina-, me acompañó la jurista Carol Proner, experta en el tema y amiga admirada por muchos de nosotros.

Hoy las vuelvo a presentar actualizadas con las noticias que demuestran que, lamentablemente, el lawfare no ha cesado, al contrario, continúa su quehacer tortuoso e injusto contra dirigentes progresistas de la región.

Al revisar los escritos que realizaron distintos juristas y pensadores para este libro, no pude dejar de pensar en las notas que preparé para aquella ocasión porque me sorprendía la vigencia de las mismas a pesar de que han pasado 4 años, por eso, les ofrezco estas reflexiones, traídas al día de hoy:

Las fuerzas progresistas latinoamericanas confrontamos importantes desafíos en la actual coyuntura. El principal de ellos tiene que ver con la aparición de unos poderes fácticos que están amenazando la supervivencia de los partidos políticos tradicionales, especialmente los identificados con la izquierda. Se trata de nuevos actores políticos que están haciendo política sin tener un mandato

democrático de representación, ni asumir ninguna responsabilidad por sus acciones. Son grupos comunicacionales vinculados con intereses económicos corporativos, redes sociales manipuladas para colocarlas al servicio de intereses políticos, organizaciones internacionales no gubernamentales, agencias calificadoras de riesgo y jueces y fiscales convertidos en protagonistas mediáticos de causas ilegítimas.

La crisis del sistema representativo que dió origen en el siglo XIX a los partidos políticos como intermediarios entre la sociedad civil y el interés público facilitó en América Latina la aparición de éstos poderes fácticos, asociados con proyectos ideológicos conservadores y/o de derecha. A esta situación contribuyeron los actores políticos tradicionales que empezaron a trasladar la solución de las diferencias que ventilaban en los escenarios democráticos tradicionales, como congresos, cabildos y asambleas a los estrados judiciales. Fue el comienzo de la judicialización de la política, del gobierno de los jueces convertidos en actores políticos y de la consiguiente politización de la justicia que ha sido el fenómeno más corrosivo de la sostenibilidad democrática en el presente siglo.

La judicialización de la política sirvió de escenario para el avance de las denominadas “guerras jurídicas” (lawfare) que reemplaza las guerras de las espadas y los argumentos por la guerra de las instancias judiciales. El gobierno de los jueces compromete dos cimientos de la arquitectura democrática republicana: la separación de poderes y el debido proceso.

La invasión por parte de la justicia de los ámbitos constitucionales de los poderes Legislativo y Ejecutivo rompe el equilibrio dinámico que resulta de que cada uno de los tres poderes sirva de límite al desarrollo de los otros (Montesquieu).

Así mismo, afecta el debido proceso, como un conjunto de normas y principios que garantizan al ciudadano un juicio a partir de ga-

rantías procesales como la presunción de inocencia, la libre controversia de la prueba, la protección de la intimidad de la defensa, la aplicación de normas preexistentes y el respeto de las segundas instancias.

Cuando los medios de comunicación y las redes sociales trasladaron los procesos judiciales a los escenarios de la opinión pública apareció la justicia mediática, aliada incondicional de la judicialización de la política. En este escenario, la justicia como derecho ciudadano es desbordada por la justicia política, como sucedía en los juicios albaneses cuando se acusaba y sentenciaba en los estadios en medio de gritos enardecidos que pedían sentencias de muerte.

El proceso de judicialización de la política encontró un eficaz aliado en el cambio de los sistemas latinoamericanos de investigación criminal. El paso del sistema inquisitivo que obligaba al juez - quien actuaba como -“boca de la ley”- a probar la culpabilidad de acusados amparados por la presunción de inocencia, fue reemplazado por el sistema acusatorio anglosajón, extraño a los ordenamientos positivistas latinoamericanos, que convierte el proceso investigativo en un peligroso juego de delaciones, testigos falsos, filtraciones y prevaricatos mediáticos que parten del supuesto de la culpabilidad del investigado y buscan que las condenas mediáticas anunciadas de manera anticipada sean después ratificadas por jueces constreñidos o atemorizados por los poderes fácticos.

Esta forma particular de justicia ha facilitado la intromisión de autoridades extranjeras en procesos nacionales a través de agentes de inteligencia y fiscales que desorientan las investigaciones, manipulan testigos, direccionan jueces y fiscales, y, cuando se agotan los canales nacionales, solicitan extradiciones, deportaciones y asilos para proteger en el exterior testigos y procesar implicados.

El vía crucis judicial al que se sometió al ahora presidente Luiz Inácio Lula da Silva constituye un ejemplo emblemático de cómo opera

la judicialización de la política.

El primer paso del calvario de Lula fue el golpe de Estado no militar, orquestado por el Congreso de Brasil contra la Presidenta Dilma Rousseff. Sin mediar un juicio formal ni existir prueba alguna sobre conductas dolosas que implicaran la conducta de la Presidenta, fue destituida por unas supuestas faltas administrativas que crearon una ficción de legalidad para justificar internacionalmente su salida.

Entonces empezó la persecución judicial del presidente Lula. Sin que existiera una sola prueba que comprometiera su conducta personal en relación con la propiedad ilegal de un apartamento, fue vinculado, como “máximo responsable”, a procesos de corrupción que involucraban a algunos miembros de su Partido. Rompiendo la normatividad penal mundial sobre la responsabilidad individual criminal, Lula fue acusado de corrupción pasiva: de corrupción por omisión. El propósito final de la acusación, como se supo después, era el de meterlo y mantenerlo en la cárcel mientras se surtía el proceso electoral de 2018, cuyas encuestas mostraban un posible triunfo de Lula en primera vuelta.

El Juez Sergio Moro, actuando como autoridad acusatoria, utilizó los recursos procesales de las delaciones, los testigos falsos y los testimonios negociados y creó una legislación especial - un “estado de excepción judicial”, lo llamaron - para poder responsabilizar a Lula de crímenes cometidos por militantes de su Partido. Ni en el juzgamiento de las peores organizaciones criminales en el mundo, como el juicio al nazismo, se llegó a los extremos de señalamientos de culpabilidad objetiva como en el caso Lula. Hasta convertirlo en el preso político más importante del mundo (Chomsky, 2019).

Las voces de importantes organismos internacionales y juristas que abogaron por su derecho a presentarse a las elecciones porque no estaba en firme una segunda instancia que confirme su condena

de manera definitiva fueron desatendidas. El GOLPE de los poderes fácticos estaba en marcha, Lula quedó secuestrado judicialmente y confinado en una cárcel para que no pudiera tener contacto alguno con sus seguidores y las elecciones mismas. Quedó con el derecho a una hora de sol al día. La estrategia de sus perseguidores funcionó: sin Lula en la cancha, Bolsonaro, su rival, ganó unas elecciones que fueron legales pero no legítimas.

El sainete de la judicialización de la política en Brasil no terminaba aún. A pocos días de las elecciones, el Juez, el hasta entonces “impeccable” Juez Sergio Moro, cambió su camiseta de juez por la de Ministro de Justicia. Pocos días después, otro Juez aceptó una demanda para sacar al Partido de los Trabajadores del escenario político brasileño. Tal y como sucedió unos años atrás cuando la dictadura militar liquidó al Partido Comunista.

Si García Márquez viviera y lo hiciera en Brasil, seguramente se habría convertido en un escritor costumbrista al relatar esta historia del primer golpe de Estado democrático latinoamericano organizado por los poderes fácticos brasileños que CONSIGUIERON devolver medio siglo la historia del país que Lula pacificó, equilibró socialmente y convirtió en una potencia internacional respetable. Estoy seguro que ahora que nuevamente es presidente de Brasil, Lula va a devolver a su país al escenario de la lucha contra la desigualdad, a los programas sociales para que su población acceda a sus derechos y volveremos a ver en América Latina y el Caribe su fuerza integradora, que tanto nos hace falta para consolidarnos como bloque, ante los desafíos mundiales.

Lamentablemente, la estrategia siniestra de la derecha contra el progresismo latinoamericano utilizando la justicia como arma política, no ha cesado. Al contrario, ha seguido cobrando víctimas con el golpe de estado a Evo Morales en Bolivia, la persecución a Rafael Correa y los funcionarios de su gobierno en Ecuador, y, más recientemente, con el caso insólito que le han organizado a la vicepresidenta Cristi-

na Fernández de Kirchner, que ha llegado al extremo del intento de su eliminación física. Llego a esta conclusión escribiendo la presentación para este libro que es un recorrido por casos de guerras jurídicas en América Latina y reviso el texto sobre lawfare que desarrollé para el seminario de Clasco celebrado en Buenos Aires en el 2018.

El caso de Lula ES UN CAMPANAZO de alerta para entender lo que puede llegar a suceder con las fuerzas progresistas en América Latina por cuenta del peligroso avance de unos poderes fácticos que han encontrado en la politización de la justicia un arma más contundente que los golpes militares de antes, para sacar del escenario político a dirigentes progresistas y democráticos. El gobierno de los jueces al que lleva la judicialización de la política puede ser tan dañino para una democracia como una dictadura del ejecutivo o la extralimitación de las funciones legislativas de un Congreso.

Presentación: Las guerras jurídicas contra la democracia en América Latina

Larissa Ramina y Carol Proner

Esta obra en dos tomos es resultado de una inquietud que nos viene aquejando en los últimos años. En América Latina verificamos que sectores del Poder Judicial viene actuando de manera absolutamente desvirtuada de su función original, con la connivencia de los medios hegemónicos para socavar proyectos de poder alternativos al neoliberalismo, así como liderazgos progresistas. A este fenómeno se denomina convencionalmente “guerra judicial” o “lawfare”.

El lawfare es parte de la estrategia de la llamada “guerra híbrida”, de la cual la guerra judicial es una de sus modalidades. Comprender las guerras híbridas del siglo XXI requiere una profunda investigación histórica, que se remonta al menos al final de la guerra fría y al momento de la reformulación de las estrategias geopolíticas y geoeconómicas de EE. UU., cuando se consolidó una situación inédita de unipolaridad a favor de ese país y, con él, la idea de que los valores occidentales obtuvieron una aplastante victoria sobre el fascismo y el comunismo. Con la desintegración de la URSS a principios de los noventa, EE. UU. se configuró como el único líder económico y político de un sistema unipolar. Intelectuales optimistas como Francis Fukuyama presagiaron un futuro en el que la democracia liberal reinaría supremamente. En este sentido, el liberalismo económico fue presentado por los centros de poder mundial - EE. UU., instituciones económicas internacionales, grandes bancos, corporaciones transnacionales e inversionistas - como la solución a todos los males y vicios de los países exsocialistas y países en vías de desarrollo. Actuando

de manera concertada, los centros de poder recomendaron y condicionaron la ayuda financiera a la adopción de políticas económicas liberalizadoras. Esta articulación se conoció como el “Consenso de Washington”.

De hecho, a esta situación siguió, en América Latina, la implementación de los lineamientos neoliberales del Consenso de Washington, en los noventa, posibilitados por la ola de gobiernos neoliberales que sucedieron a las dictaduras militares en la región. Al mismo tiempo, asistimos a graves crisis en las principales economías de América Latina - Brasil, México y Argentina -, así como a la profundización de la desigualdad social que, a su vez, generó el ambiente propicio para el surgimiento de gobiernos progresistas que rechazaron los mandamientos neoliberales. El fracaso de las políticas neoliberales, por lo tanto, impulsó a la región a un giro político sin precedentes, con alrededor de una docena de países eligiendo gobiernos progresistas. No cabe duda de que la frustración con los resultados de las políticas neoliberales desplazó a la región hacia el progresismo, generando un mapa político sin precedentes en América Latina, y frustrando también las ambiciones del poder hegemónico y sus sectores.

A diferencia de los gobiernos neoliberales, los gobiernos progresistas enfatizan las políticas sociales y difieren en la decisión sobre cómo ingresar al mercado internacional, porque rechazan las políticas de libre comercio con los países hegemónicos y priorizan iniciativas encaminadas a la integración regional y subregional. Sin duda, hubo una tendencia al revisionismo crítico de los programas liberalizadores de mercado aplicados en los años ochenta y noventa.

América Latina, por tanto, ingresó al siglo XXI con un claro proyecto de integración regional y subregional, es decir, rechazando las políticas de libre comercio con los países hegemónicos y priorizando la cooperación Sur-Sur frente a los intereses estadounidenses, además de la tónica en políticas sociales. Es este contexto el que explica el fortalecimiento del Mercosur en ese período, la creación de

la Unión de Naciones Suramericanas - Unasur, de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños - Celac, y también un grandioso proyecto de cooperación Sur-Sur, que fue la articulación de los Brics - Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica. En la búsqueda por la emancipación política y el fortalecimiento de la soberanía, el progresismo latinoamericano provocó la furia y la resistencia de sectores hegemónicos de EE. UU. al reconocer tal proceso de progresiva emancipación democrática en la región que, recordemos, cuenta con más de la mitad de todos los recursos naturales en el planeta. En una mirada geoestratégica, ese progresismo corroboró una cierta pérdida de control de América Latina por parte de EE. UU. que, sin embargo, necesitaba mantener su “patio trasero”, su american backyard, su zona natural de influencia.

Esto explica los esfuerzos de los sectores hegemónicos por contener este giro progresista, con golpes de Estado tradicionales y de nuevo tipo en Venezuela en 2002, Honduras en 2009 y Ecuador en 2010, luego en Paraguay en 2012, en Brasil en 2016, en Argentina con la persecución judicial contra CFK a partir de 2015, y en tantos otros países, involucrando tantos liderazgos.

Tratase de una nueva estrategia internacional para expandir los intereses geopolíticos y geoeconómicos de EE. UU., a través de la lucha contra los llamados crímenes transnacionales, incluida la lucha contra la corrupción en verdaderas guerras judiciales, en el contexto de la estrategia de la nueva guerra híbrida. Desde hace un tiempo, se advierte que EE.UU. ha empezado a utilizar la guerra judicial como instrumento geopolítico, justificándola efectivamente en la lucha anticorrupción. Así, se construyen consensos en torno a la corrupción como el mayor de los males, el enemigo de la democracia, apuntando sistemáticamente a gobiernos progresistas.

Muchos factores y muchas variables contribuyeron a que las intervenciones militares en el formato de las que se dieron en la segunda mitad del siglo XX, es decir, los golpes militares tradicionales que

apoyaron dictaduras bajo la bandera de la lucha contra el comunismo, compartieran espacio con guerras de un nuevo tipo. El siglo XXI inaugura factores que tienen un fuerte impacto en el declive de la hegemonía estadounidense, incluido el ascenso económico de China, el renacimiento geoestratégico de Rusia y la alianza geopolítica ruso-china. Esto hace que el equilibrio de poder regional en Eurasia sea decisivo para la correlación de fuerzas a nivel global. Y quizás aquí esté la clave para analizar las llamadas “revoluciones de colores” que tuvieron lugar en esa región o en sus alrededores. Este escenario de multipolaridad a nivel internacional impone límites al enfrentamiento directo entre las grandes potencias, además del delicado tema de las armas de destrucción masiva. Si bien EE. UU. aún mantiene el liderazgo militar en la actualidad, la paridad nuclear con Rusia impone límites a la guerra tradicional.

Es en esta escena que la guerra fuera del ámbito militar cobra importancia, más allá de tener varias ventajas, entre ellas la versatilidad. Puede asumir diversas formas, estas formas pueden adquirir nuevos contornos en cualquier momento e implicar el reemplazo de las fuerzas armadas tradicionales y la injerencia en los asuntos internos, incluso el cambio de régimen político, es decir, el derrocamiento de gobiernos. Este es el tradicional regime change, es decir, el cambio de un proyecto de gobierno por un proyecto de oposición, normalmente rechazado en las urnas. Como explica Andrew Korybko, la guerra híbrida, entendida como una mezcla de revoluciones de colores y guerras no convencionales, es más barata que la guerra militar y su coste, incluido el político, es muy inferior al coste que suponen los tanques en las calles y los aviones que caen bombas sobre civiles. Por eso, es común comparar el funcionamiento actual de sectores del Poder Judicial con la injerencia de las Fuerzas Armadas en la política durante el siglo XX.

Lo que ha quedado en evidencia es que el lawfare impone la culpabilidad como punto de partida. Primero se decide la condena y luego se pone en escena un supuesto proceso judicial para justificarla. De

ese modo, se destruye el principio de inocencia, la defensa en juicio y se cae en la aberración jurídica de la condena previa por la cual el acusado debe probar su inocencia en lugar de ser el sistema judicial quien deba probarle su culpabilidad.

Sin embargo, una de las características más importantes del lawfare es su multidimensionalidad. Como fenómeno multidimensional, está claro que el público en general no percibe todas sus dimensiones. El lawfare implica dimensiones nacionales, en plural porque involucra la dimensión nacional del país blanco o de destino, pero también la dimensión nacional de EE. UU., además de involucrar la dimensión internacional. Por otro lado, es claro que los casos de persecución política a través de los tribunales se han expandido por toda América Latina, y siempre persiguiendo el mismo objetivo, esto es, la obstrucción de cualquier proceso alternativo real al neoliberalismo. No hay duda de que se trata de un fenómeno complejo que contribuye de manera definitiva al debilitamiento de las democracias latinoamericanas, ya que es capaz de socavar tanto el principio de mayoría como el propio estado de derecho. En general, la persecución jurídico-mediática es orquestada contra gobiernos que han alcanzado el poder estatal a través de un proceso electoral legítimo, por una oposición derrotada en las urnas, por lo que el lawfare también puede ser visto como una forma de golpe de Estado blando. Entender y desentrañar los engranajes de esta estrategia es, por tanto, una tarea fundamental para el futuro de las democracias latinoamericanas, y es a este propósito que se destina esa obra.

1.

Lawfare y Lex Mercatoria: el momento autoritario del neoliberalismo (y el caso de Ecuador como ejemplo)

Adoración Guamán *

* Universidad de Valencia. Politóloga y jurista. Profesora titular de derecho del trabajo en la Universitat de València. Doctora en Derecho por la Universidad de Paris X-Nanterre y por la Universidad de Valencia. Investigadora asociada del centro HOMA (derechos humanos y empresas) de Brasil y al Instituto de Derechos Humanos Joaquín Herrera Flores. Coordina junto con Carol Proner el Grupo de Trabajo de CLACSO titulado “Lex Mercatoria, Derechos Humanos y Democracia”. Es autora de numerosos artículos y libros sobre derechos humanos y empresas, Lex Mercatoria y derecho laboral internacional.

1 Introducción

El Derecho tiene una relación ambivalente con la producción y el mantenimiento de las desigualdades. Por un lado, es evidente que los marcos normativos pasados y presentes coadyuvan, acentúan y permiten el aumento de las desigualdades sociales, al actuar como palanca para permitir y para legitimar la reproducción de las relaciones de dominación económico-sociales. Por otro lado, los elementos jurídicos de garantía de los derechos humanos y de la naturaleza pueden ser instrumentos fundamentales para la lucha contra estas desigualdades y para la transformación en pro de la justicia social y ambiental. Despojo e instrumentos para proteger y garantizar los derechos humanos son por tanto las dos caras del Derecho que, en los momentos de hegemonía neoliberal, entran claramente en conflicto.

Si esto ocurre en todos los ámbitos del ordenamiento, o en todas las ramas del Derecho, es posible detectar un escenario especialmente apropiado para la construcción de marcos de dominación y este es el ámbito del comercio internacional y la protección de los intereses del capital transnacionalizado a través de las Instituciones Financieras Internacionales, cuya regulación expansiva (basada en la acentuación de las desigualdades materiales) choca frontalmente con la protección y las garantías jurídicas de los derechos humanos y de la naturaleza, pero también con el propio funcionamiento de la democracia liberal y del Estado de Derecho.

De hecho, si en los últimos años ha cobrado importancia como marco para el análisis de nuestra realidad la expresión “autoritarismo de mercado”, no es un término nuevo, ya en el año 2003 Pastor lo definía como nuevo tipo de autoritarismo, implacable y difícil de aprehender, que podría ser entendido como la imposición de los dictados

de un soberano supraestatal difuso², capaz de imponer su voluntad mediante mecanismos jurídico/políticos creados a su medida. Los análisis de los distintos “consensos neoliberales” impulsados por las instituciones financieras, en concreto el de Washington³ y posteriormente el de Bruselas⁴, han puesto de manifiesto la existencia de mecanismos ajenos a las vías de decisión típicas de la democracia liberal que incidieron e inciden de manera dramática en los derechos humanos en general y en los sociales en particular.

El estudio del caso de Ecuador nos permite demostrar la imposibilidad de encubrir la democracia liberal y el respeto de los derechos humanos con la aplicación estricta de los postulados neoliberales. Los años de gobierno de Lenín Moreno (mayo 2017-mayo 2021) concitan la presencia de todos los elementos señalados: captura corporativa; aplicación tout court de los postulados fondomonetaristas, propios de los 90; utilización de la fuerza física y jurídica para acabar con la protesta y permitir la aplicación del ajuste y, por supuesto, lawfare.

2.

Lex Mercatoria y lawfare: una relación virtuosa para subvertir la democracia

El instrumento jurídico más relevante del autoritarismo de mercado es la Lex Mercatoria. Acogiendo la definición más extendida, es posible definir la Lex Mercatoria como un nuevo orden económico y jurídico global que se compone de un amplio conjunto de normas, tanto nacionales como supranacionales,⁵ que se pueden dividir en dos pilares fundamentales. Su primer pilar incluye el conjunto normativo emanado de las Instituciones Financieras Internacionales (IFI) y abarca las disposiciones, políticas de ajuste y préstamos condicionados que aprueba muy en particular el Fondo Monetario Internacional (FMI), incluidas sus normas estatales de desarrollo. Su segundo pilar

integra los acuerdos de comercio e inversión, así como las normas nacionales orientadas a la atracción de la inversión extranjera.

Ambos ejes del nuevo “Código del Capital”⁶ tienen una incidencia directa y creciente sobre los derechos humanos y la expansión del autoritarismo de mercado está provocando la ruptura entre los mecanismos de democracia representativa y la toma de decisiones políticas en materias socio-económica y ambiental. La expansión de este código global afecta directamente la capacidad de las instituciones para garantizar, promover y proteger los derechos humanos al tiempo que aboca a los Estados, cómplices o capturados⁷, a la terrible opción entre democracia o Lex Mercatoria y, más abiertamente, entre Derechos Humanos y aplicación de la agenda neoliberal.

Así, el poder de las instituciones financieras internacionales y la creciente autoridad de las Empresas Transnacionales (ETN), a través de la captura corporativa, permite explicar el aumento de decisiones normativas de carácter antipopular, antisocial y en muchos casos contrario a los principios democráticos, en términos ya no sólo de legitimidad, sino también procedimentales.

Frente a esta expansión de las desigualdades se alzaron los pueblos de América Latina en 2019 (Ecuador, Bolivia, Chile, Colombia). La relación entre reformas neoliberales y protestas evidenció una realidad innegable: el ajuste sólo es aplicable por la vía del autoritarismo y requiere la contención violenta de la voluntad popular evidenciada en las calles, con un costo dramático en el ámbito de los Derechos Humanos y el pluralismo político.

Así, que el “lawfare” se extiende por América Latina al compás de la expansión de la Lex Mercatoria: es una realidad innegable. En los últimos años, la “guerra jurídica” se ha intensificado cuantitativa y cualitativamente, convirtiéndose en una estrategia regional coordinada y articulada que ha utilizado la legitimidad del sistema

judicial y del aparato jurídico del Estado para perturbar, forzar o manipular los procesos democráticos de alternancia en el poder. Tal como advierten autoras como Proner y Fariñas, los conceptos bélicos se han instalado en el ámbito de la justicia con el objetivo de reducir el pluralismo político o, de manera más directa, perseguir, deslegitimar y anular a los adversarios políticos para destruir su imagen pública, impedir su participación en la contienda electoral y obstruir así el cambio en la representación política⁸. Al obstruir los mecanismos que permiten disputar democráticamente la representación popular, la estrategia del lawfare protege, en último término, la recomposición del capitalismo financiero global y el asentamiento de lo que denominamos “autoritarismo de mercado” y la extensión de su principal instrumento, la Lex Mercatoria. La persecución política es una herramienta fundamental que permite la expansión de los privilegios del capital transnacionalizado, al impedir o dificultar la alternancia política en las instituciones, eliminando u obstaculizando el derecho al sufragio pasivo y a la participación política de personas o movimientos que puedan llegar a modular o revertir el “código del capital”. En otras palabras, el lawfare es un instrumento de dominación que impulsa, protege y se enlaza con la Lex Mercatoria.

El procesamiento o encarcelamiento de líderes políticos ha sido la punta del iceberg del lawfare, pero la estrategia va mucho más allá. La acción de los medios de comunicación para aniquilar la imagen de líderes políticos; la utilización del aparato administrativo sancionatorio para perseguir a la militancia de la oposición; la vulneración de la independencia y la imparcialidad judicial mediante los cambios en los mecanismos de nombramiento y destitución de jueces; la injerencia en los procesos electorales para dificultar o impedir el sufragio pasivo o el ataque a la institucionalidad electoral para sembrar la duda sobre la credibilidad de los procesos⁹, son ejemplos claros que han marcado el escenario político en Argentina, Brasil y Ecuador y son sintomatologías de la metástasis que sufre una parte de la región latinoamericana aquejada de una subversión

democrática profunda.

El poder judicial se convierte así en un instrumento de intervención política al servicio de los intereses de los gobiernos de turno, apoyados en alianzas con los grandes medios de comunicación que difunden determinadas acusaciones a los políticos de oposición para justificar la ofensiva judicial. El éxito del mecanismo radica en su capacidad para utilizar la legitimidad del sistema de justicia y un discurso apuntalado por los medios de comunicación, que justifica la aniquilación jurídica de aquellos ya condenados mediáticamente.

La conjunción de todos estos elementos es precisamente la novedad que permite caracterizar estas dinámicas bajo el término de *lawfare* como estrategia compleja y que se plasman de manera clara en el escenario político en Argentina, Brasil y, como alumno ahora aventajado, Ecuador. Es necesario entender¹⁰ que se trata de una estrategia regional, uno de los instrumentos orientados a un proyecto ideológico, político y corporativo que es orquestado por las doctrinas ultraconservadoras del neoliberalismo global.

Se trata así de un proyecto que en sus objetivos no dista de aquel bosquejo, de hace décadas, en la región mediante golpes de Estado militares y que permitió la implantación del neoliberalismo y que hoy persigue reforzar la acumulación por despojo neoliberal. Evidentemente, la estrategia se ha refinado (el lavado de imagen era necesario) y los instrumentos ahora son más sutiles (el *lawfare* y la *Lex Mercatoria*) pero los objetivos de dominación, expansión del neoliberalismo y protección de los intereses del capital (ahora transnacionalizado) siguen siendo similares.

En este sentido y siguiendo los interesantes análisis de Alejandro Medici¹¹, debemos subrayar que la guerra jurídica que se está utilizando para deslegitimar y proscribir la oposición popular eficaz a los regímenes neoliberales va mucho más allá de una ofensiva contra los líderes de las izquierdas latinoamericanas.

y del aparato jurídico del Estado para perturbar, forzar o manipular los procesos democráticos de alternancia en el poder. Tal como advierten autoras como Proner y Fariñas, los conceptos bélicos se han instalado en el ámbito de la justicia con el objetivo de reducir el pluralismo político o, de manera más directa, perseguir, deslegitimar y anular a los adversarios políticos para destruir su imagen pública, impedir su participación en la contienda electoral y obstruir así el cambio en la representación política⁸. Al obstruir los mecanismos que permiten disputar democráticamente la representación popular, la estrategia del lawfare protege, en último término, la recomposición del capitalismo financiero global y el asentamiento de lo que denominamos “autoritarismo de mercado” y la extensión de su principal instrumento, la Lex Mercatoria. La persecución política es una herramienta fundamental que permite la expansión de los privilegios del capital transnacionalizado, al impedir o dificultar la alternancia política en las instituciones, eliminando u obstaculizando el derecho al sufragio pasivo y a la participación política de personas o movimientos que puedan llegar a modular o revertir el “código del capital”. En otras palabras, el lawfare es un instrumento de dominación que impulsa, protege y se enlaza con la Lex Mercatoria.

El procesamiento o encarcelamiento de líderes políticos ha sido la punta del iceberg del lawfare, pero la estrategia va mucho más allá. La acción de los medios de comunicación para aniquilar la imagen de líderes políticos; la utilización del aparato administrativo sancionatorio para perseguir a la militancia de la oposición; la vulneración de la independencia y la imparcialidad judicial mediante los cambios en los mecanismos de nombramiento y destitución de jueces; la injerencia en los procesos electorales para dificultar o impedir el sufragio pasivo o el ataque a la institucionalidad electoral para sembrar la duda sobre la credibilidad de los procesos⁹, son ejemplos claros que han marcado el escenario político en Argentina, Brasil y Ecuador y son sintomatologías de la metástasis que sufre una parte de la región latinoamericana aquejada de una subversión democrática profunda.

El poder judicial se convierte así en un instrumento de intervención política al servicio de los intereses de los gobiernos de turno, apoyados en alianzas con los grandes medios de comunicación que difunden determinadas acusaciones a los políticos de oposición para justificar la ofensiva judicial. El éxito del mecanismo radica en su capacidad para utilizar la legitimidad del sistema de justicia y un discurso apuntalado por los medios de comunicación, que justifica la aniquilación jurídica de aquellos ya condenados mediáticamente.

La conjunción de todos estos elementos es precisamente la novedad que permite caracterizar estas dinámicas bajo el término de lawfare como estrategia compleja y que se plasman de manera clara en el escenario político en Argentina, Brasil y, como alumno ahora aventajado, Ecuador. Es necesario entender¹⁰ que se trata de una estrategia regional, uno de los instrumentos orientados a un proyecto ideológico, político y corporativo que es orquestado por las doctrinas ultraconservadoras del neoliberalismo global.

Se trata así de un proyecto que en sus objetivos no dista de aquel bosquejo, de hace décadas, en la región mediante golpes de Estado militares y que permitió la implantación del neoliberalismo y que hoy persigue reforzar la acumulación por despojo neoliberal. Evidentemente, la estrategia se ha refinado (el lavado de imagen era necesario) y los instrumentos ahora son más sutiles (el lawfare y la Lex Mercatoria) pero los objetivos de dominación, expansión del neoliberalismo y protección de los intereses del capital (ahora transnacionalizado) siguen siendo similares.

En este sentido y siguiendo los interesantes análisis de Alejandro Medici¹¹, debemos subrayar que la guerra jurídica que se está utilizando para deslegitimar y proscribir la oposición popular eficaz a los regímenes neoliberales va mucho más allá de una ofensiva contra los líderes de las izquierdas latinoamericanas.

En octubre de 2019, tras el levantamiento popular y la brutal represión policial y militar, la utilización de la vía penal dio un giro cualitativo importante. Merece la pena atender a lo que sucedió en octubre de 2019 para evidenciar el giro catastrófico del objeto del lawfare en Ecuador.

3.1.

Revueeltas populares contra la Lex Mercatoria, represión y lawfare

El primero de octubre de 2019, el presidente de la República de Ecuador, Lenín Moreno, anunció en cadena nacional las medidas económicas y laborales que pensaba hacer en el marco del cumplimiento del acuerdo entre Ecuador y el Fondo Monetario Internacional (FMI). Estas consistían en políticas de ajuste económico, social y de flexibilización como la eliminación del subsidio a los combustibles, vigente en el país desde hace 40 años y que se adoptó de manera instantánea mediante el Decreto Ejecutivo 883 y otra serie de reformas orientadas a rebajar la carga tributaria a los grandes grupos económicos para liberar el comercio (retirar o reducir de aranceles), reducir el impuesto de salida de divisas sobre las materias primas, precarizar las condiciones laborales en los sectores público y privado así como acometer una serie de privatizaciones¹³.

Con la eliminación del subsidio, los precios del Diesel se duplicaron, la gasolina normal se elevó en 25 % y el transporte aumentó en 40 %. Las protestas contra las reformas anunciadas, con un enfoque claro de rechazo al acuerdo con el FMI se desataron desde el día siguiente y fueron contestadas por el Ejecutivo de inmediato. El 3 de octubre de 2019 el gremio de transportadores paralizó las actividades como forma de protesta contra el aumento del precio del combustible y demandó el alza de la tarifa del pasaje. Aun cuando el gremio levantó la movilización, varias organizaciones sociales anunciaron que se convocaban en paro nacional de actividades: estudiantes, gremios

de trabajadores, empleados públicos, artistas, indígenas, entre otros. Antes de que las movilizaciones fueran masivas, el presidente adoptó el Decreto Ejecutivo 884 de 3 de octubre de 2019, declarando el estado de excepción en todo el territorio nacional, medida que significó la suspensión y/o restricción del ejercicio del derecho a la libertad de asociación y reunión, la limitación del derecho a la libertad de tránsito, la ejecución de requisiciones y el establecimiento como zona de seguridad a todo el territorio nacional. En el Decreto se movilizó en todo el territorio nacional ante las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Posteriormente se decretó la limitación de la libertad de tránsito y movilidad.

La movilización y la convocatoria ciudadana fueron de enormes proporciones, protagonizadas por el movimiento indígena, pero con presencia de distintos movimientos y sectores de la sociedad civil (estudiantes, universidades, asociaciones de mujeres, entre otros). El nivel de los enfrentamientos fue creciendo hasta que se convocó un diálogo público y televisado entre el Gobierno y la dirigencia indígena, donde se llegó al acuerdo de finalizar el paro nacional, lo que dejó sin efecto el Decreto Ejecutivo 883.

La adopción del decreto de Estado de Excepción y la actuación desproporcionada de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado convirtieron el Paro Nacional en una protesta reprimida duramente que se saldó con 249 presuntas violaciones de Derechos Humanos, incluidas seis ejecuciones extrajudiciales, 22 atentados contra el derecho a la vida, tres casos de violencia sexual y 20 lesiones oculares¹⁴.

Estos hechos fueron denunciados por organismos regionales e internacionales de derechos humanos¹⁵. En concreto, el Comité DESC señaló que: “El Comité está preocupado por las modalidades de implementación del estado de emergencia, declarado el 3 de octubre de 2019, frente a las protestas contra la adopción de algunas medidas de austeridad, en particular en lo que pueda afectar a la suspen

sión de la libertad de asociación. Al Comité también le preocupa la situación de violencia en el contexto de la protesta social en oposición a las medidas de austeridad, en ocasiones con actos de vandalismo y el uso desproporcionado de la fuerza frente a manifestantes y defensores de derechos humanos, incluso por parte de la fuerza militar (art. 2, párr. 1)”¹⁶.

La CIDH, como se ha señalado anteriormente, publicó sus observaciones el 14 de enero de 2020¹⁷, con los datos recopilados en su visita. La Comisión, entre otras muchas cuestiones, “constató afectaciones a la integridad personal ocurridas en el marco de los operativos desplegados desde el tres de octubre y durante la vigencia del toque de queda decretado en el país. Dichas afectaciones habrían sido ocasionadas por la actuación violenta de los agentes encargados del orden mediante la policía, con patadas, golpes, agresiones verbales e, inclusive, mediante disparos a corta distancia de municiones de perdigón y/o bombas lacrimógenas, directamente los manifestantes o contra quienes se encontraban en las zonas aledañas. Como consecuencia, decenas de personas habrían resultado heridas –algunas de ellas, de gravedad– debido a fracturas provocadas por el impacto de proyectiles o por perdigones alojados en diversas partes del cuerpo”.

Por su parte, la alta comisionada para los Derechos Humanos de Naciones Unidas ya había publicado una nota, el 19 de noviembre de 2019, sobre los hechos de octubre, pidiendo, entre otras cosas, que se lleven a cabo investigaciones independientes, imparciales y transparentes sobre las denuncias de violaciones a los Derechos Humanos y abusos en Ecuador, entre las que se incluyen muertes, violaciones de las normas internacionales sobre el uso de la fuerza, y detenciones arbitrarias. La nota, que da por hecho que los posibles abusos y vulneraciones de derechos humanos ocurrieron en el contexto de las protestas en respuesta a las medidas de austeridad, recogió la denuncia de numerosas detenciones arbitrarias y del uso reiterado por parte de las fuerzas de seguridad de gases lacrimó-

genos y perdigones disparados a corta distancia contra los manifestantes. El texto también afirma que el uso de estas armas causó cientos de heridos y posiblemente algunas de las muertes.

La alta comisionada pidió varias acciones a las autoridades. Por un lado, la revisión de los protocolos internos relativos al uso de la fuerza y que las autoridades se aseguren de que dichos procedimientos se ajustan a las normas y los criterios internacionales. Por otro, la no realización de declaraciones o cualquier otra acción que estigmatice a los pueblos indígenas y a los extranjeros, así como a los periodistas y opositores políticos, para evitar exponerlos a riesgos adicionales. Al igual que la CIDH, Michele Bachelet también le pidió al Gobierno coherencia con la opinión del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, más arriba señalada.

Los hechos acaecidos durante el Paro de Octubre también fueron objeto de una investigación llevada a cabo por la Comisión Especial para la Verdad y la Justicia, creada por la Defensoría del Pueblo de Ecuador, que presentó su informe el 17 de marzo 2021¹⁸.

La principal conclusión del extenso informe de la Comisión fue la existencia de presuntas violaciones de derechos humanos, cometidas principalmente por integrantes de la Policía Nacional y Fuerzas Armadas contra la población. Las pruebas recabadas durante meses de trabajo llevaron a la Comisión a concluir que el Estado ecuatoriano, a través de sus agentes, violentó gravemente los derechos a la vida; la integridad física, psicológica y sexual; la libertad personal y de expresión, protesta pacífica y derecho a la resistencia. Todo ello, además, mediante actuaciones efectuadas de manera reiterada y en forma de ataque generalizado, lo cual podría implicar incluso la existencia de un crimen de lesa humanidad. Por añadidura, el informe concluye que el Gobierno posicionó una “interpretación parcial de la realidad”, con una “agenda desestabilizadora” para justificar el uso de la fuerza¹⁹.

Respecto de las violaciones a los derechos humanos, la CEVJ dividió los casos en los siguientes descriptores: violación al derecho a la vida: muertes en el contexto del paro nacional; violaciones al derecho a la integridad personal; lesiones oculares (casos referidos de pérdida de visión y de globo ocular); torturas, tratos crueles inhumanos o degradantes; violencia sexual; agresiones a periodistas; vulneraciones contra el derecho al acceso a la salud; vulneraciones contra grupos de atención prioritaria; violaciones al derecho a la libertad personal: detenciones ilegales o arbitrarias y tratos crueles, inhumanos y degradantes en el contexto del paro nacional; violaciones a las garantías judiciales: debido proceso y seguridad jurídica (incluido aquí el caso de la prefecta Paola Pabón, al exasambleísta Virgilio Hernández y el activista Christian González); violaciones al derecho a la libertad de expresión y al derecho a la información (con la difusión de información sesgada con prejuicios y estereotipos, estigmatización de ciudadanos venezolanos, ausencia de enfoque intercultural, sesgo informativo y censura); vulneración al derecho a la protesta pacífica, libertad de asociación y derecho a la reunión. Además, la CEVJ registró testimonios de personas que refirieron afectaciones psicológicas y presuntos actos de persecución política.

Más allá de la gravedad de las violaciones a los derechos de integridad física y la vida, a lo largo del Paro Nacional, y a efectos de reprimir la protesta popular derivada de la implementación de las medidas fondomonetaristas, el Gobierno vulneró derechos vinculados a la participación política (libertades de expresión, comunicación e información), a la protesta (libertad de manifestación) a la resistencia (derecho reconocido como tal en el artículo 98 de la Constitución de Ecuador²⁰), al honor, a la vida privada, a la libertad y la seguridad, al trato digno y humanitario durante las detenciones, y al debido proceso. La presentación de denuncias contra líderes político-sociales, la autorización de intervenciones de las comunicaciones, el cierre de medios de comunicación, las detenciones y las declaraciones de prisión provisional de activistas, cargos públicos en

activo y líderes de movimientos sociales, son clara muestra del uso del aparato judicial para reprimir y eliminar el pluralismo político.

3.2.

Lawfare y rebelión: la expansión sin límites del concepto

En su acepción más clásica, el lawfare comenzó en Ecuador en 2017, y se desarrolló tanto en el ámbito judicial penal (desde la Fiscalía General del Estado y los tribunales) como en el ámbito administrativo (desde la Contraloría General del Estado). Se abrieron procesos penales y se dictaron penas de prisión preventiva contra dirigentes del correísmo, pero también se persiguió con sanciones económicas y amenaza de apertura de procesos penales a numerosas personas que simplemente fueron funcionarios del gobierno anterior. En octubre de 2019, tras el levantamiento popular y la brutal represión policial y militar, esta utilización de la vía penal dio un giro cualitativo importante. De la persecución de la corrupción se pasó a perseguir una supuesta rebelión, llevándose por delante a la mismísima Prefecta de Pichincha (Paola Pabón) y a otros militantes y líderes de la Revolución Ciudadana como Virgilio Hernández, al vincularlos al paro de octubre de 2019.

Vale la pena atender a los hechos concretos. El día 7 de octubre del 2019, y tras varios días de repetición por parte del Gobierno de la existencia de un complot orquestado por el expresidente Correa para dar un golpe de Estado, la Dirección Nacional de la Policía Judicial e Investigaciones realizó un informe de acciones que atentaron contra el orden público, basado en información recogida en redes sociales. En concreto se analizaron diversos trinos de tres dirigentes de la Revolución Ciudadana (partido de oposición) afirmando que en los mismos “se llama a la ciudadanía a realizar acciones que atentan contra el orden público”. Con base en este informe, cuya única prueba eran los mensajes de Twitter, el 8 de octubre y por pe

tición de la fiscal general del Estado, se autorizó realizar diligencias de seguimiento, vigilancias, grabaciones de audio, imágenes de video o fotografías, entrevistas, manejo de fuentes y más operaciones de inteligencia e interceptación de las comunicaciones en contra de los políticos señalados, todos ellos claramente vinculados con la Revolución Ciudadana²¹.

El mismo día y en cadena nacional²² de radio y televisión, el presidente compareció con las funciones del Estado y se emitió un video con las imágenes de los líderes de oposición y de Rafael Correa donde se afirmaba literalmente que: “...la desestabilización tiene nombre y rostro, “correísmo”, ellos son los que a través de la manipulación y la mentira están provocando el enfrentamiento entre ecuatorianos entre el pueblo y las fuerzas del orden que los cuida con un interés firme atentar a la estabilidad del país mediante la alteración del orden democrático...”. El 9 de octubre, la ministra de Gobierno, María Paula Romo, aseguró que varios líderes del correísmo estaban detrás de las protestas en contra del gobierno de Lenín Moreno²³. La ministra de Gobierno llegó a interpelar por la red social Twitter a la prefecta de Pichincha, y le advirtió que: “Usted tiene que responderle a Quito” y amenazó con detenerla²⁴.

El 14 de octubre se procedió a la detención de la prefecta de Pichincha (Paola Pabón) y uno de sus colaboradores. Acusados del delito de rebelión entraron en prisión de manera provisional al día siguiente. El mismo día, siete personas vinculadas a la Revolución Ciudadana se refugiaron en la embajada de México, que les concedió protección y resguardo. Citado a declarar, otro de los dirigentes de la Revolución Ciudadana (Virgilio Hernández) se presentó y también fue acusado de rebelión e ingresó en prisión preventiva el 5 de noviembre. La persecución política no se limitó a militantes del llamado “correísmo”. El Ministerio de Gobierno presentó el día 10 de octubre una denuncia por secuestro de policías contra diversos altos dirigentes del movimiento indígena y sindical.

La persecución judicial y el uso de la prisión preventiva fueron criticados desde diversos organismos supranacionales de derechos humanos, y la propia CIDH llegó a otorgar medidas cautelares para finalizar con la privación de libertad de los líderes políticos acusados de rebelión. La Resolución 58/2019, Medida cautelar N° 938/19 adoptada en el caso “Paola Pabón y otros con respecto de Ecuador, se orientó a proteger los derechos a la vida y la integridad física, así como los derechos políticos de Paola Pabón, Virgilio Hernández y Christian González. Las tres personas beneficiarias de las medidas cautelares con cargos públicos, líderes y militantes del movimiento Revolución Ciudadana y se encontraban en prisión preventiva, acusados (sin pruebas suficientes según se desprende de las declaraciones de sus abogados) de la comisión de un delito de rebelión.

En su resolución la CIDH consideró probado que los derechos a la vida y a la integridad personal de todos ellos se encontraba en una situación de grave riesgo y que concurrían las condiciones de gravedad, urgencia e irreparabilidad del daño, necesarias para la adopción de las medidas cautelares. Entre otras cosas, la Comisión resaltó el clima de hostigamiento que sufren estas personas en la cárcel, y que incluso sufrió su propia delegación cuando, al visitar in situ a la prefecta, fue sometida a actos de hostigamiento por parte de las autoridades carcelarias, hasta el punto de impedirle hacer su trabajo de verificación en las condiciones adecuadas. Las medidas cautelares permitieron la liberación de Pabón, Hernández y González, pero se les mantiene, en la fecha de entrega de este artículo (abril 2021) con grillete electrónico y a la espera de juicio, por un delito que no cometieron.

La proximidad de las elecciones generales, cuya primera vuelta se celebró el 7 de febrero y la segunda el 11 de abril, impulsó la maquinaria del lawfare en Ecuador, orientada ahora a la concreta tarea de obstaculizar el sufragio pasivo de la principal fuerza de oposición al Gobierno y sus aliados, es decir, el correísmo como sujeto político. Comenzaba lo que podemos denominar “lawfare electoral”, que ha englobado tres estrategias fundamentales: obstaculizar la inscrip

ción del sujeto político; deslegitimar al candidato y atacar la institucionalidad electoral.

3.3.

Lawfare y elecciones: el impacto de la estrategia en la expresión de la soberanía popular.

La primera de las estrategias se enfocó en impedir tanto la inscripción de la Revolución Ciudadana en el registro de organizaciones políticas como la inscripción de los candidatos. Con el partido político Alianza País en manos de Moreno, se impidió el registro del correísmo bajo otras denominaciones y la RC concurrió a las elecciones de 2019 (las seccionales) con el movimiento Fuerza Compromiso Social (FSC). Tras estos comicios, la Contraloría General del Estado consiguió, con amenaza de destitución y multa a los integrantes del Consejo Nacional Electoral, la anulación del registro de FSC, lo que forzó, cuatro meses antes de la cita electoral, a la inscripción de una alianza con el Movimiento Centro Democrático, denominada Unión por la Esperanza (UNES). Finalmente, en septiembre de 2020, el Consejo Nacional Electoral aceptó la inscripción de la UNES que presentó como candidatura al binomio Arauz-Correa.

En paralelo a los obstáculos y la inscripción del partido, el CNE reformó el Reglamento de Democracia Interna en julio de 2020, incluidos requisitos que dificultaban la inscripción de las candidaturas a presidente y vicepresidente. Esto, junto con la inhabilitación judicial acelerada del expresidente Correa, obligó a un cambio de fórmula electoral in extremis. El binomio Arauz-Correa fue sustituido por el Arauz-Rabascall, igualmente impugnado y finalmente inscrito y confirmado en diciembre, apenas dos meses antes de la cita electoral.

Este conjunto de dinámicas de obstaculización del sufragio pasivo fue criticado en el informe de la Misión de Observación Electoral de la OEA, que señaló los obstáculos hallados en el proceso de inscrip-

ción y calificación de las candidaturas, con la consiguiente repercusión en la igualdad de oportunidades en la contienda electoral.

A pesar de todo lo anterior, el binomio Andrés-Rabascall obtuvo una contundente victoria en primera vuelta, con el 32,72 % de los votos y más de 10 puntos del siguiente candidato, Guillermo Lasso. Esta victoria vino marcada por un rearme del lawfare, con una estrategia ahora centrada en el segundo y el tercer objetivos mencionados: atacar la figura de Andrés Arauz y deslegitimar el Consejo Nacional Electoral.

La segunda de las líneas no es novedosa, a lo largo de la campaña proliferaron las fake news sobre Arauz, difundidas con profusión por los grandes medios. El cambio cualitativo se ha producido ahora por la aparición en escena del fiscal general de Colombia, lo que evidencia la articulación regional de la guerra jurídica. El fiscal general llegó a Quito el viernes 12 de febrero, en pleno proceso de recuento y antes de la presentación de resultados definitivos por el CNE. El fiscal viajó por petición de su homóloga ecuatoriana para aportar supuestas pruebas de una presunta relación entre la financiación de la campaña de Andrés Arauz y el ELN. Dichas pruebas no han sido reveladas, ni en Colombia ni en Ecuador. Esta injerencia externa, prohibida por el Código de la Democracia de Ecuador, fue igualmente objeto de crítica por el informe de la Misión de la OEA.

La ofensiva contra la institucionalidad electoral, en concreto contra el CNE, derivó tanto de la actuación del contralor general del Estado, que solicitó al Consejo el inicio de una auditoria informática del sistema del CNE, como de la Fiscalía, que comunicó al Consejo su voluntad para recolectar el contenido digital de la base de datos que administra el sistema informático electoral. Respecto de estas injerencias, el informe de la OEA expresó su preocupación al constatar que “otras entidades públicas o autoridades pretendan asumir funciones que puedan afectar las atribuciones de los organismos electorales y la propia elección, y generar, con ello, posibles interferencias en el proceso elec

toral, lo que está además proscrito por la propia normativa del país (...) En ese contexto, la Misión desea resaltar la importancia de que las autoridades electorales puedan realizar sus funciones y cumplir sus obligaciones sin presiones ni temor a represalias. La autonomía de los organismos electorales se puede ver afectada ante decisiones de entes externos al sistema electoral que busquen hacer cumplir sus resoluciones “bajo sanción de destitución”, así como decisiones que puedan derivar en su destitución durante el proceso electoral”.

Mientras todo esto acontecía, se aceleraba el proceso de descomposición de la institucionalidad del Estado y del gobierno de Moreno. Las acusaciones de fraude electoral del candidato que quedó en tercer lugar sin sustento probatorio, la dimisión del ministro de Sanidad y del ministro de Gobierno, las masacres descontroladas en las prisiones, el aumento de la pobreza y la precariedad o los escándalos de las vacunaciones indebidas conformaron el escenario de la segunda vuelta.

Así, las elecciones del 11 de abril se celebraron en un momento de quiebra institucional y descomposición política, lo que favoreció la victoria de Guillermo Lasso. Por primera vez en su historia, el vencedor de unas elecciones en Ecuador llegaba a la Presidencia de la República con un programa netamente neoliberal, conservador, y decidido a favorecer sin tapujos a las élites económicas y a restaurar completamente la Lex Mercatoria.

Finalmente, el progresismo perdió unas elecciones en las que su participación había sido obstaculizada por vías diversas pero cuyo resultado es innegable: el 52,36 % de la población ecuatoriana prefiere ser gobernada por un banquero cuyo plan de gobierno es la continuación del que se ha venido aplicando bajo los dictados del FMI. El porcentaje no muestra el más de millón y medio de votos nulos (1.761.433) que augura un rechazo que, más pronto que tarde, se expresará de nuevo en forma de protesta popular

4.

Conclusiones

La pandemia en la región tuvo como efecto directo, además del impacto en la salud, el agravamiento de las condiciones materiales de la población. El año 2020 cerraba en Ecuador con un total de 1,17 millones de personas en condición de pobreza extrema²⁵, con el trabajo infantil en aumento y con el deterioro de todos los indicadores de pobreza²⁶. Desde el inicio de la pandemia, el gobierno de Lenín Moreno aprovechó la misma para dar una vuelta de tuerca al ajuste neoliberal y el ejemplo más claro fue la llamada Ley Humanitaria²⁷ ha afectado gravemente a los derechos laborales²⁸. Mientras, desatendía la gestión de la pandemia y Ecuador pasaba a caracterizarse por los escándalos por corrupción en el proceso de vacunación, la dimisión de tres ministros de salud, la inexistencia de un plan de vacunación, la sobre saturación de hospitales y la falta de apoyo social real en las situaciones de confinamiento.

Sin embargo, el FMI se mostraba satisfecho con el desempeño de Ecuador y lo demostraba aprobando en septiembre del año 2020 un nuevo programa de crédito ampliado de 27 meses. Para justificar el nuevo acuerdo, Kristalina Georgieva, directora gerente y presidente del Directorio del FMI, afirmaba que: “Las autoridades ecuatorianas han adoptado medidas sólidas para abordar la profunda crisis económica y sanitaria desencadenada por la pandemia del covid-19. Las primeras medidas de contención fueron fundamentales para frenar y estabilizar la propagación del virus. La respuesta de políticas de las autoridades combinó adecuadamente medidas a corto plazo para contener el impacto adverso de la crisis, e incluyó una importante inyección de liquidez y el aumento de las transferencias monetarias, así como firmes pasos iniciales hacia la sostenibilidad a largo plazo de las finanzas públicas”²⁹.

Con esta interpretación, y pese a las patentes consecuencias del ajuste, la exigencia de reformas ha seguido su curso, acelerada con

la llegada a la Presidencia de Guillermo Laso. En esta ocasión, las reformas propuestas por el FMI han contado con el apoyo del gobierno no capturado sino aliado y de la derecha neoliberal vinculada a la oligarquía banquera conservadora. Mientras tanto, las mayorías sociales del país siguen pagando las consecuencias de la extensión de la Lex Mercatoria.

Notas

2. Pastor, J. (2013) “La deriva oligárquica del constitucionalismo occidental y su viejo topo”, *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global* N° 122, pp. 27-36
3. Nemiña, P., Larralde, J. (2018) “Etapas históricas de la relación entre el Fondo Monetario Internacional y América Latina (1944-2015)” *Am. Lat. Hist. Econ.*, ene.-abr., 2018, pp. 275-313; Puello-Socarrás, J.F. (2015), “Neoliberalismo, antineoliberalismo, nuevo neoliberalismo. Episodios y trayectorias económico-políticas suramericanas (1973-2015)”, en Rojas, L., *Neoliberalismo en América Latina. Crisis, tendencias y alternativas*, Buenos Aires, CLACSO, Fundación Rosa Luxemburgo, BASE
4. Por Consenso de Bruselas entendemos el período de ajuste impuesto a los Estados Miembros de la UE, fundamentalmente entre 2009 y 2015, en primer lugar desde la Troika y en segundo lugar desde las “Recomendaciones por país” y el “Semestre Europeo”. Sobre el “Consenso de Bruselas” vid. Guamán Hernández, A., Noguera Fernández, A. (2015), *Derechos sociales, integración económica y medidas de austeridad, la UE contra el constitucionalismo social*, Albacete, Bomarzo.
5. Hernández Zubizarreta, J. y Ramiro, P. (2016). *Contra la Lex Mercatoria* (Barcelona: Icaria); Guamán, A., González, G. (2018), *Empresas Transnacionales y Derechos Humanos*, Albacete, Bomarzo. El término *Lex Mercatoria* no es en absoluto pacífico, ni en cuanto a su definición ni en cuanto a su contenido. Desde el punto de vista de la filosofía del derecho, López Ruiz ha definido esta *Lex* como “un conjunto normativo disperso, con carácter supranacional, que goza de un alto grado de autonomía respecto a los ordenamientos jurídicos estatales, y que constituye un grupo de reglas adecuadas para la regulación de las relaciones económico-privadas internacionales, especialmente, de los contratos internacionales a los que se puede aplicar directamente en lugar de las disposiciones de los ordenamientos nacionales. En ese sentido, por nueva *Lex Mercatoria* hoy se entiende un derecho creado por las grandes empresas transnacionales, las law firms y ciertas agencias privadas internacionales sin la mediación expresa del poder legislativo de los Estados, y formado por reglas destinadas a disciplinar de modo uniforme, más allá de la unidad política de los Estados, las relaciones comerciales y financieras que se establecen dentro de la unidad económica que constituye el mercado global”, vid. López Ruiz, F., “El papel de la *societas mercatorum* en la creación

normativa: la *Lex Mercatoria*”, en CEFD, n.20 (2010). La definición que se sigue en este texto tiene, como se verá, carácter más amplio.

6. Pistor, K. (2019) *The Code of Capital. How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton University Press, Oxford.

7. El concepto de captura del Estado o captura corporativa ha sido definido por Oxford como el “ejercicio de influencia abusiva por parte de una(s) élite(s) extractiva(s) –en favor de sus intereses y prioridades y en detrimento del interés general– sobre el ciclo de políticas públicas y los organismos del Estado (u otros de alcance regional o internacional), con efectos potenciales en la desigualdad (económica, política o social) y en el correcto desempeño de la democracia”. Los estudios de Oxfam citan como ejemplo de captura los privilegios fiscales a las empresas hondureñas entre 1990-2016 o la situación de República Dominicana, país de la región donde se han reconocido más incentivos a empresas. Como señala el mismo informe, estos incentivos fiscales orientados a atraer la Inversión Extranjera Directa (IED) “campan en América Latina y el Caribe y minan la capacidad recaudatoria y redistributiva del impuesto sobre la renta a las empresas”. Vid. Cañete, R. (2018). *Democracias capturadas: el gobierno de unos pocos*, Oxfam internacional.

8. Fariñas, M.J. (2018) “Supremacismo y fascismo”, en Guamán, A. et al. (2019) *Neofascismo la bestia neoliberal*, Madrid, Akal; Proner, C. (2019). “lawfare como herramienta de los neofascismos” en Guamán, A. et al. (2019) *Neofascismo la bestia neoliberal*, Madrid, Akal.

9. Sobre lawfare en extenso vid. Romano, S. et al. (2019) *lawfare. Guerra judicial y neoliberalismo en América Latina*. Sevilla, Mármol-Izquierdo Editores. Zaffaroni, E.R. et al. (2020) *Bienvenidos al lawfare*. Buenos Aires. Capital Intelectual.

10. Proner, C. (2019). “lawfare como herramienta de los neofascismos” en Guamán, A. et al. (2019) *Neofascismo la bestia neoliberal*, Madrid, Akal

11. Medici, A. (2021) “lawfare, geopolítica y colonialidad del poder”, manuscrito disponible en: https://www.academia.edu/43290727/lawfare_geopol%C3%ADtica_y_colonialidad_del_poder_Por_Alejandro_Medici_UNLP_CiDerCrit_1_La_guerra_es_la_continuaci%C3%B3n_de_la_pol%C3%ADtica_por_otros_medios

12. Fariñas, M.J. (2018) “Supremacismo y fascismo...”, op cit.

13. Para un análisis pormenorizado del contenido del acuerdo se remite a Weisbrot, M., Arauz, A., “Obstáculos al crecimiento”: El programa del FMI en Ecuador”. Center for Economic and Policy Research, julio, 2019.

14. Más allá de la violencia ejercida a lo largo del Paro Nacional, se denunciaron vulneraciones de derechos vinculados a la participación política –libertades de expresión, comunicación e información–, a la protesta – libertad de manifestación–, a la resistencia –derecho reconocido como tal en el artículo 98 de la Constitución del Ecuador–, y al honor, la vida privada, la libertad y seguridad, al trato digno y humanitario durante las detenciones y los procesos. Por añadidura, las denuncias del Gobierno contra líderes político-sociales, las intervenciones de las comunicaciones, el cierre de medios, las detenciones y las declaraciones de prisión provisional de activistas, cargos públicos en activo y líderes de movimientos sociales, son una muestra del uso, durante y después del Paro, del aparato judicial para reprimir y eliminar el pluralismo político (el conocido como *lawfare*).

15. Vid. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) o la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de Naciones Unidas

16. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico del Ecuador. E/C.12/ECU/CO/4. 14 de noviembre de 2019.

17. Como se señalan las observaciones, durante la visita, la CIDH entrevistó a un total de 439 personas y registró 380 testimonios que reclaman ser víctimas de violaciones a sus derechos humanos o de otras afectaciones en el contexto de las protestas. En esa línea, las denuncias incluyen la falta de consulta y participación en la adopción de medidas que afectan derechos sociales de la población, irregularidades en la presentación de denuncias y acciones de protección de garantías constitucionales; falta de información a familiares respecto de personas detenidas y fallecidas; obstaculización a la prestación de servicios médicos en hospitales públicos; hostilidad y alegados actos de agresión contra personas defensoras de derechos humanos, periodistas y trabajadores de distintos medios de comunicación privados, comunitarios y digitales; así como la utilización del sistema penal en contra de manifestantes, líderes sociales y de oposición.

Las observaciones de la visita a Ecuador tras el Paro Nacional de la CIDH están disponibles en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/008.asp>

18. Informe de la Comisión Especial para la verdad y la justicia (CEVJ) respecto de los hechos ocurridos en Ecuador durante las protestas de octubre de 2019

19. La CEVJ analizó 519 testimonios, provenientes de la recopilación efectuada por la CIDH y los recibidos por la propia CEVJ durante su mandato. De este universo 249 corresponden a vulneraciones de derechos humanos (169 hombres y 80

mujeres) perpetradas por agentes estatales (189 por la Policía Nacional y 34 por las Fuerzas Armadas) en el contexto del paro nacional de octubre; 192 testimonios pertenecen a integrantes de la Policía Nacional y 55 a personas civiles que relataron haber sido afectadas por actos de otras también civiles.

20. 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

21. Se trataba de Paola Pabón (prefecta de Pichincha), Gabriela Rivadeneira (asambleísta), Virgilio Hernández (dirigente de la Revolución Ciudadana) y Luís Flores (militante de la Revolución Ciudadana)

22. Cadena Nacional Ecuador: https://www.youtube.com/watch?v=nInzHEFj_GM

23. Teleamazonas: <https://www.youtube.com/watch?v=98QlKkqdk78>

24. También con fecha 08 de octubre de 2019, nuevamente el presidente de la República, en entrevista en Teleamazonas, mencionó lo siguiente: “(...) Sin duda alguna, alguna de las acciones que ha habido durante estos días, pero claro está nunca nos imaginamos la intensidad, en este momento recién acabamos de entender la razón por la cual tanto Correa como Hernández, Pabón y Patiño acudieron prestos a Caracas a Venezuela, a entrevistarse con el tirano, con el sátrapa que dirige esa nación, pues sin duda allí se marcaron las pautas de cómo convulsionar el país; de todas maneras ellos ya han comprobado de una manera especial cómo pueden mantener el poder, cómo pueden asesinar y sin que la gente lo perciba cómo pueden secuestrar, y sobretodo como pueden saquear los fondos del Estado como lo hicieron también los sátrapas que administraron el gobierno anterior (...)”

25. Ver metodología de la Pobreza Multidimensional en: https://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/POBREZA/2017/Pobreza_Multidimensional/ipm-metodologia-oficial.pdf

26. Para ver cada uno de estos indicadores y su análisis ver: <https://coyunturauciie.org/2020/02/02/el-retroceso-en-los-indicadores-laborales-del-plan-nacional-de-desarrollo-2017-2021-incluyendo-el-trabajo-infantil/>

27. Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para Preservar el Empleo, Regular los Despidos y otras Medidas Sociales y Económicas lunes 22 de junio del 2020. Suplemento del Registro Oficial No 229

28. Entre otras medidas, esta norma establecía: los “acuerdos de preservación

del empleo”, mediante los cuales empleadores y trabajadores podrán de común acuerdo modificar las condiciones económicas de la relación laboral con la finalidad de preservar las fuentes de trabajo y garantizar estabilidad a los trabajadores, estableciendo la ley las condiciones mínimas para la validez de los acuerdos y la sanción al incumplimiento del acuerdo entre las partes (la realidad fue la imposición de la voluntad del empleador y la ausencia de sanciones); la creación del contrato especial emergente, un contrato de duración determinada de un año para la “sostenibilidad de la producción de fuentes de ingresos en situaciones emergentes o para nuevas inversiones o líneas de negocio, productos o servicios, ampliaciones o extensiones del negocio, modificación del giro del negocio, incremento en la oferta de bienes y servicios por parte de las personas naturales o jurídicas (es decir, la descausalización total de la temporalidad); la reducción emergente de la jornada de trabajo por eventos de caso fortuito o fuerza mayor a voluntad del empleador hasta un máximo del 50 % con disminución proporcional de salario; la fijación unilateral por un año de vacaciones o la consideración como tales de los días de inasistencia al trabajo.

29. Fondo Monetario Internacional, Comunicado De Prensa No. 20/387. Disponible en <https://www.imf.org/es/News/Articles/2020/12/22/pr20387-imf-executive-board-completes-first-review-for-ecuador>.

2.

Colombia, precursora del *lawfare*
en América Latina.

Clara López Obregón

1. Introducción

En la reunión fundacional del Grupo de Puebla celebrada en julio de 2019 en México, los asistentes decidieron constituir el Comité Latinoamericano por la Defensa de la Justicia y la Democracia (CLAJUD), integrado por juristas de la región para enfrentar el *lawfare* o guerra jurídica que constituye una de las más serias amenazas a la institucionalidad democrática de la región.¹ El término proviene de los manuales de estrategia militar estadounidenses y “describe un método de guerra no convencional en el que la ley es usada como un medio para conseguir un objetivo militar”² En su aplicación práctica en la confrontación política, los instrumentos jurídicos se desvían indebidamente para perseguir, destruir o inhabilitar a adversarios políticos y funcionarios incómodos para los intereses de los poderosos. Se trata de utilizar la justicia como arma política, judicializando la política con la previsible consecuencia de la politización de la justicia. La ampliación mediática interesada que la acompaña cumple la tarea de estigmatizar y causarle un daño reputacional irreparable a la víctima para sacarla del juego político.

La génesis del concepto de *lawfare* en los manuales de estrategia militar responde a un arraigado principio geopolítico de la concepción de seguridad nacional de los Estados Unidos que considera a América del Sur y más concretamente a la “América Mediterránea”, territorio vital para su defensa nacional y fortaleza en el ejercicio del poder global. El determinismo geográfico proviene de Nicholas Spykman, un estudioso de la Universidad de Yale, que puede considerarse el arquitecto de la estrategia estadounidense de la guerra fría que aún perdura, a pesar de datar del año 1942.³ Dividía a Sur América en dos: (i) la América Mediterránea compuesta por el litoral suroriental de Estados Unidos, Centroamérica, Colombia, Venezuela, las islas del Mar Caribe y (ii) la América ABC, Argentina,

Brasil y Chile, separada de la Mediterránea por un territorio sin comunicación terrestre y accesible solamente por vía marítima.

La política exterior estadounidense trata a la América Mediterránea como una vecina continental donde la desviación de la norma de conducta esperada es menos tolerada y la segunda, la América ABC, como un territorio en el ultramar, estratégico desde la óptica geopolítica mundial. Ambas cumplen funciones estratégicas para su seguridad nacional por su emplazamiento geográfico y acceso a materias primas, inversiones y comercio productivos. También constituyen una comunidad de intereses y comparten, en principio, valores contrapuestos al de los viejos continentes. Así ha sido desde la independencia frente al absolutismo de la Santa Alianza, al Axis fascista de la Segunda Guerra Mundial, la llamada amenaza comunista en la Guerra Fría y, en los albores de lo que se perfila como una segunda guerra fría, los valores disímiles respecto de la amistad Ru-so-China de la actualidad.⁴

No es de extrañar, entonces, el hilo conductor de los intereses geoes-tratégicos de Estados Unidos frente a la percepción de amenaza a los mismos por la orientación política soberanista del progresismo latinoamericano. De ahí, la presencia de Estados Unidos de una u otra forma, en los distintos casos de *lawfare* contra dirigentes progresistas, la mayor parte de ellos autodenominados “socialistas” (Lula, Correa, Evo, Cristina, Zelaya...). En este artículo, se atribuye el avance del *lawfare* en América Latina al cambio de orientación política de los gobiernos de distintos países del continente con motivo de la elección de la primera ola de presidentes progresistas a comienzos del Siglo XXI. En este contexto se analiza el caso colombiano de los años noventa que podría considerarse precursor del *lawfare* en América Latina. Se trata del Caso 8000, el proceso seguido contra el expresidente Ernesto Samper (1994-1998) ante el Congreso de la República que buscaba deslegitimarlo, obligarlo a renunciar e, incluso provocar un golpe de Estado.

En ese caso inicial se buscaba someter la aplicación de la Constitu-

ción progresista aprobada en 1991 a los intereses de las élites colombianas coincidentes con los dictados del Consenso de Washington y la política exterior estadounidense, en la cual la lucha antidrogas había sido elevada a la categoría de asunto de seguridad nacional para los Estados Unidos. Como en los demás casos posteriores de *lawfare*, las pruebas para acusarlo nunca aparecieron, pero sirvieron para convertir el proceso en mecanismo de desestabilización política interna e indebida injerencia externa.

2.

El golpe con camuflaje jurídico

Aun cuando el término *lawfare* es relativamente nuevo, el fenómeno ha existido siempre. El arte del engaño es tan antiguo como la política y los juegos de poder. En América Latina, pasamos de los golpes militares cruentos, que convirtieron a los países del Cono Sur en dictaduras oprobiosas, a los golpes blandos o pasivos propinados contra los gobiernos progresistas elegidos democráticamente, percibidos por las élites tradicionales y los Estados Unidos como amenazas para sus intereses. El mundo respiraba el fin de la guerra fría y las viejas tácticas del poder militar ya no eran de recibo en la opinión pública mundial.

En el nuevo entorno internacional, los cambios de régimen provocados por la política de seguridad nacional de Estados Unidos tendrían que ajustarse a las formas democráticas. Fue entonces cuando las teorías del “golpe blando”⁵ y la “estrategia del camaleón”⁶ se abrieron paso para mimetizar bajo apariencia jurídica, la negación de la voluntad popular expresada en las urnas. No obstante, los ardides no lograron convencer del todo, y el grueso de los casos consumados han sido identificados como verdaderos golpes de Estado con rompimiento antijurídico del hilo constitucional.

En efecto, a partir de 1998, la mitad de los mandatarios democráticamente elegidos en la primera ola progresista de América Latina fueron víctimas de las tácticas del *lawfare*: Chávez en Venezuela, Zelaya en Honduras, Correa en Ecuador, Lugo en Paraguay, Rouseff en Brasil y Evo en Bolivia.⁷

De Hugo Chávez en Venezuela (2002) se afirmó que había renunciado y dejado un vacío de poder, cuando había sido apresado e incomunicado, al punto de que el vicepresidente asumió temporalmente el reemplazo cuando el pueblo retomó el palacio presidencial de Miraflores. La OEA esperó el desenvolvimiento del golpe y solamente lo reconoció como tal cuando el helicóptero que traía al presidente Chávez de regreso de la Isla de la Orchila surcaba los cielos de Caracas, después de haber fracasado el intento de obligarlo a renunciar.

A Manuel Zelaya en Honduras (2009), las fuerzas armadas lo apresaron y expatriaron forzosamente cuando la Corte Suprema de Justicia determinó que había descatado un fallo del Juzgado de Letras de lo Contencioso Administrativo, un juzgado de primera instancia sin competencia constitucional para ello. El presidente Zelaya relató en el Encuentro Latinoamericano Progresista (ELAP 2014)⁸, que cuando asumió el poder había recibido de manos del embajador de Estados Unidos una hoja de papel con las sugerencias de los principales ministros que él desechó.

Fernando Lugo en Paraguay (2012) no respondió ante el legislativo para evitar un baño de sangre cuando se le seguía un juicio expreso que lo destituyó en 24 horas, sin debido proceso alguno, mientras francotiradores se apostaban alrededor de la plaza en que el pueblo acudía a defender a su mandatario. En 2009 había cancelado los ejercicios militares del programa “Nuevos Horizontes” con la presencia de 500 soldados estadounidenses en suelo paraguayo.

Dilma Rouseff en Brasil (2016) sufrió un golpe parlamentario bajo la figura de un “impeachment ilegal” por unas supuestas irregulari-

dades que son habituales en la presentación del presupuesto anual en Brasil. Las revelaciones del ex contratista de la Agencia de Seguridad Nacional estadounidense, Edward Snowden mostraron que EE. UU. intervenía las comunicaciones de la mandataria brasilera.

Los derechos políticos de Rafael Correa (2018), elegido dos veces elegido presidente de Ecuador, fueron judicialmente desconocidos al punto de que la acusación que hoy lo tiene asilado en Bruselas es la de haber sido “determinador psicológico” de casos de corrupción, una indemostrable apreciación subjetiva de jueces, enemigos políticos.

Evo Morales de Bolivia (2019) fue obligado a renunciar y exiliarse después de que la OEA presentó un informe con alegaciones de fraude que académicos y el New York Times han comprobado que jamás existieron.⁹ Las relaciones entre los gobiernos de Bolivia y Estados Unidos, insistía Morales, debían ser cordiales y no de “imposiciones”.¹⁰

En todos estos casos, sin excepción, los gobiernos viraban hacia relaciones más horizontales y soberanas frente a los Estados Unidos, predicaban mayor integración de los países suramericanos dentro de un enfoque multipolar de sus relaciones internacionales y planteaban cambios en el modelo económico, alternativos al neoliberalismo entonces en boga.

Esa primera fase de *lawfare* intentó camuflar verdaderos golpes de Estado bajo la desnaturalización de formas y formalidades jurídicas. De ahí que el término de “golpe blando” constituya una desviación del concepto de “poder blando” acuñado por Joseph Nye como aquel que “utiliza una divisa distinta (no la fuerza ni el dinero) – sino una atracción hacia valores compartidos y a la justeza y el deber de contribuir hacia la consecución de esos valores.”¹¹ En últimas, el *lawfare* se ha traducido en un instrumento de poder coercitivo que utiliza la vía legal por ser percibida como una alternativa “legítima”, “menos violenta” y “más justa” para conseguir cambios de régimen.¹²

3.

Vías de hecho precautelativas disfrazadas de legalidad

En una segunda fase de *lawfare*, las baterías se han enfilado contra líderes progresistas de enorme apoyo popular para evitar que se presenten como candidatos presidenciales a las elecciones o que sus partidos, con programas de cambio, accedan al poder estatal.

Ese ha sido el caso del expresidente de Brasil, Luis Ignacio Lula da Silva. Cuando las encuestas lo daban de virtual ganador frente a Bolsonaro, con argucias, arbitrariedades y una total ausencia del debido proceso, fue encarcelado y se le impidió participar como candidato en las elecciones. La justicia brasilera ya se ha pronunciado sobre la ilegalidad del procedimiento dirigido contra él y restaurado su libertad por lo que pudo presentarse y ganar las elecciones presidenciales de 2022.

La plana mayor del movimiento político y el mismo expresidente Rafael Correa en el Ecuador han sido objeto de persecución sistemática y su vicepresidente, Jorge Glas, condenado sin debido proceso. Al candidato presidencial de su corriente política, Andrés Arauz, quién perdió por estrecho margen, le pusieron todos los obstáculos para presentar su nombre y sus listas de candidatos a las distintas corporaciones públicas. El movimiento de Evo Morales, víctima de un golpe de Estado en Bolivia, fue reelegido en 2020 con Luis Arce y mayorías en el legislativo después de un levantamiento popular. Con todo, su partido tuvo que superar insistentes obstáculos para participar en unas nuevas elecciones porque las legítimas fueron desconocidas por los enemigos con la ayuda del secretario general de la OEA. A Cristina Fernández de Kirchner la han condenado e inhabilitado cuando se acercan las nuevas elecciones presidenciales en las cuales podría ser escogida como candidata presidencial del peronismo.

Un caso menos conocido, pero orientado a inhabilitar al presidente Gustavo Petro de cara a las elecciones presidenciales de 2018 y 2022 se dio en Colombia a través de medidas adoptadas por los órganos de control encaminadas a inhabilitarlo para una futura candidatura presidencial. De una parte, un Procurador General conservador sin funciones judiciales, Alejandro Ordóñez, lo destituyó del cargo de alcalde Mayor de Bogotá y lo inhabilitó para ejercer funciones públicas aduciendo, sin razón legal alguna, que las políticas de recuperación del manejo de las basuras por parte del sector público eran ilegales. El procurador hizo caso omiso de la prohibición contenida en las normativas interamericanas que prohíben que funcionarios administrativos dispongan de la libertad de personas que hayan sido elegidas popularmente.

De otra parte, un Contralor de Bogotá, le elevó responsabilidad fiscal por su política de subsidios a las tarifas del transporte público de los sectores populares. Con esa medida, Petro debía devolver al fisco el monto de 217.000 millones de pesos, unos 40 millones de dólares, que costaron los subsidios. De no hacerlo quedaría inhabilitado para ser presidente. Ambas medidas fueron reversadas con un inmenso apoyo popular y después de un esfuerzo jurídico que llegó hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a las más altas cortes del país.

4.

Elementos del *lawfare* precautelativo

Frente a la segunda ola progresista en América Latina, las tácticas se han sofisticado y despliegan un conjunto de elementos que es necesario destacar. En su libro, *El Grito Latinoamericano*, Ernesto Samper, hablando desde la experiencia, dedica un capítulo a sistematizarlos, al analizar el *lawfare* en acción contra el expresidente y candidato a la presidencia de Brasil, Ignacio Lula da Silva.

En primer lugar, señala la aparición en la esfera de la política de “poderes fácticos” que reemplazan a los partidos políticos, pero que actúan en la sombra, generosamente financiados por grupos económicos, generalmente dueños de monopolios comunicacionales. Se trata de empresas calificadoras de riesgos, agencias internacionales y grupos de presión que, “sin tener un mandato democrático de representación ni asumir ninguna responsabilidad por sus acciones”, intervienen abiertamente en política.¹³

En segundo lugar, estos nuevos actores trabajan de la mano de otros grupos y personajes de las organizaciones mediáticas corporativas y las redes sociales manipuladas por las llamadas “bodegas” o grupos de influenciadores y tuiteros que utilizan la palabra escrita en cortos mensajes o a viva voz en los canales audiovisuales como armas de destrucción, ya no de vidas, sino de honras. Su tarea es producir un daño reputacional en el líder progresista perseguido judicialmente.

En tercer lugar, señala a los fiscales y operadores jurídicos que se prestan para convertirse en “protagonistas mediáticos de procesos judiciales que involucran a personajes políticos”, incluso con intención de convertirse - ellos mismos - en personajes políticos.¹⁴

La combinación de los tres factores enunciados, poderes fácticos, poder mediático instrumentalizado a través de las redes sociales y fiscales y jueces politizados, potencia la manipulación de la ley para la obtención de fines políticos, principalmente en contra de los sectores que representan el cambio de las desuetas estructuras del poder de las élites adineradas latinoamericanas y sus principales en el gobierno de los Estados Unidos. El complejo andamiaje aprovecha la institucionalidad democrática para atacar sus cimientos esenciales: la separación de poderes, el bien común y el debido proceso, derecho humano fundamental del individuo frente al poder omnímodo del Estado.

Bajo el linchamiento mediático que acompaña la evidente parcialidad del operador jurídico, ya sea fiscal o juez, se hace imposible un juicio justo. Así no haya condena, la víctima pierde su capacidad de acción política y su reputación y honra, lo que es en últimas el objetivo del *lawfare*: aniquilar los liderazgos progresistas para mantener el *status quo* de los privilegios. En resumen, se trata de la denominada “judicialización de la política y la politización de la justicia”.

Samper sistematiza nueve elementos que se utilizaron contra Lula, pero que aparecen en los casos de los gobernantes progresistas afectados por el *lawfare* y los golpes blandos arriba reseñados. También están a la vista en el proceso que se siguió al mismo Samper ante el Congreso de la República en 1996 por la financiación de la campaña que lo llevó a la presidencia. Si bien en esa ocasión no lograron su cometido de obligar la renuncia o conseguir la condena judicial del presidente, si lograron estigmatizar a su gobierno para debilitar o desacelerar las políticas económicas y sociales que buscaban iniciar la implantación del Estado social de derecho ordenado en la nueva Constitución y abrir el espacio a una política soberana frente al delicado problema del narcotráfico que finalmente hoy se empieza a abrir paso.

Los nueve elementos identificados del *lawfare* son:

1. *Acusaciones sin pruebas*
2. *Pruebas obtenidas ilegalmente y, por tanto, falsas*
3. *Violación del principio de presunción de inocencia*
4. *Ausencia de juzgamiento por el juez natural*
5. *Manifiesta parcialidad del juez, prevaricato*
6. *La violación del derecho a la defensa*
7. *Constreñimiento a juzgadores y testigos*
8. *Violación de la regla de juzgamiento conforme a normas pre-existentes*
9. *Derecho a la segunda instancia*

Al analizar el Caso Samper, se pueden identificar los mismos poderes fácticos y los mismos elementos de guerra jurídica que consiguieron sacar en 2017 a Lula del camino a la Presidencia del Brasil y que contribuyeron a que fracasara el débil consenso de la Constitución colombiana de 1991 hasta 2022, cuando la aplicación del *lawfare* fracasó contra Gustavo Petro quien fue elegido presidente, entre otros, con el programa de cumplir y hacer cumplir la Constitución de 1991.

5.

Colombia: caso precursor del *lawfare*

Los elementos del *lawfare* en el proceso seguido contra el entonces presidente de Colombia, Ernesto Samper en 1996, se encuentran articulados a toda una conspiración concatenada por los poderes fácticos que ensayaron la vía jurídica, el linchamiento mediático y hasta el intento de golpe militar, para obtener un cambio de gobierno. Este libreto que se ensayaba por primera vez se seguiría en las décadas siguientes contra toda manifestación progresista en el continente latinoamericano. Por ello el Caso Ernesto Samper, presidente de Colombia entre 1994-1998, puede catalogarse como el precursor del *lawfare* en América Latina.

La elección de un presidente social demócrata interrumpía la implantación, sin beneficio de inventario, del modelo neoliberal privatizador iniciada por su antecesor, Cesar Gaviria, mediante el estreno de una Constitución sincrética aprobada por una Asamblea Nacional Constitucional en 1991. Para impedir la profundización de ese cambio institucional, se aprovechó el rechazo social de una conducta consentida pero no penalizada en la sociedad, ávida del dinero fácil del narcotráfico que permeaba la política y los negocios por igual.

El dedo acusador del contrario político, magnificado y reiterado por el poder mediático y utilizado por un fiscal general en camino de can-

didatizarse a la Presidencia de la República, en medio de una conspiración política que involucró a lo más granado del establecimiento colombiano en connivencia con el Embajador de Estados Unidos, sirvió para frenar los primeros pasos del cambio constitucional que hacía parte del profundo programa social de Ernesto Samper.

6. Resistencia frente a la Constitución de 1991

La resistencia contra la Constitución de 1991 se había manifestado desde antes de su aprobación. Esa nueva Constitución, aprobada mediante una Asamblea Constituyente de elección popular, cambió la forma de Estado de un sistema liberal clásico a un Estado social de derecho. Varios de los Constituyentes, principalmente economistas del entorno del Banco Mundial, llegaron a ese escenario con la misión de apuntalar el contenido del Consenso de Washington en la normatividad económica de la nueva Constitución. Fue así como a través de normas estratégicamente incrustadas como derechos económicos abrieron paso a la privatización de los servicios públicos y sociales, incluida la salud y la seguridad social; limitaron la intervención del Estado, establecieron la autonomía del banco central con la única misión de combatir la inflación, liberalizaron la política cambiaria y el comercio exterior y entregaron el grueso de las decisiones distributivas al mercado. Todo ello en el contexto de una nueva forma Estado social, garantista de la realización de los derechos sociales prestacionales, exigibles en adelante mediante la acción de amparo constitucional.

Al Gobierno liberal de César Gaviria le correspondió instalar la Asamblea Constituyente y liderar la construcción de la nueva Constitución. El control de su contenido, sin embargo, se salió de sus manos en varios temas por el caracterizado pluralismo de la composición de la Asamblea, repartida gruesamente en terceras

partes entre la Alianza Democrática M 19, movimiento guerrillero recién desmovilizado y los dos partidos tradicionales, el Liberal y el Conservador.

La realidad es que el relato colombiano del gran consenso nacional alrededor de la Constitución de 1991 fue fabricado y su realización efectiva ha sido una promesa fallida de paz y de cambio social. Sin lugar a duda, la Constitución de 1991 representaba una amenaza para los intereses económicos de los poderosos de Colombia. Ante la Constitución garantista, los impulsores del modelo neoliberal se dedicaron a impedir que esta desplegara todas sus lógicas consecuencias. El *lawfare* incipiente fue una de sus herramientas en ese cometido.

7.

Frenar el viraje hacia un Estado social de derecho

En ese contexto, sale elegido presidente de la República Ernesto Samper, un candidato social demócrata identificado con la tradición estructuralista de los gobiernos del Partido Liberal, orientada a un modelo propio, social y relativamente autónomo. Adicionalmente, le correspondió la Presidencia de la Organización de Países No Alineados en medio de un ambiente enrarecido por el poderío casi irrefrenable del narcotráfico,¹⁵ frente al cual ya lo estigmatizaban por haber defendido en el pasado la despenalización de la marihuana.

Una de sus primeras diferencias con Estados Unidos surgió cuando negó la participación de soldados colombianos en la invasión a Haití, seguida por la preferencia de la sustitución social de cultivos de coca sobre la erradicación forzosa que impulsaba Estados Unidos en la guerra contra las drogas. La Base Howard de Panamá que se proyectaba trasladar a Juanchaco (Buenaventura, Colombia) fue finalmente llevada a Manta (Ecuador) por la resistencia de su gobierno.

Su antecesor, Cesar Gaviria, había sido elegido en 1990, después de una campaña signada por el terrorismo del narcotráfico en la que fueron asesinados cuatro candidatos presidenciales, Jaime Pardo Leal de la Unión Patriótica y su sucesor en la candidatura presidencial, Bernardo Jaramillo Ossa; Carlos Pizarro León Gómez del M19 y Luis Carlos Galán Sarmiento del Nuevo Liberalismo, adalid de la lucha anticorrupción. Mientras el país elegía la Asamblea Nacional Constituyente que expediría la nueva Constitución, arremetía la guerra contra las guerrillas de las FARC¹⁶ en simultánea con la confrontación del Estado con las temibles estructuras del narcotráfico encabezadas por Pablo Escobar. Este había acordado con el Gobierno Gaviria un sometimiento a la justicia a cambio de la consagración de la no extradición de nacionales en la Constitución. Tan pronto fue votada la prohibición el 19 de junio de 1991, día calificado por la Revista Semana como el “más vergonzoso de la historia reciente de Colombia”, Pablo Escobar se entregó voluntariamente a una comisión de notables y fue internado en una cárcel de la cual se fugó un año después, terminando muerto a manos de la Policía.¹⁷

En el mundo, se abría paso la globalización neoliberal y el fundamentalismo de mercado después de la caída del Muro de Berlín. La ideología del Consenso de Washington aterrizó con los economistas sucesores de la Escuela de Chicago mientras los juristas se esmeraban en asentar desde la Corte Constitucional las doctrinas del Estado social y democrático de derecho de la nueva Constitución. A pesar de las inherentes contradicciones entre los dos modelos, en medio de la refriega avanzó la implantación del nuevo modelo con sus políticas de liberalización del mercado, privatizaciones, apertura económica, desregulación, reforma judicial y recorte del Estado.

A pesar de pertenecer al mismo partido político, las agendas de Gaviria y de Samper eran muy distintas. Gaviria sentó la estructura legal para el desarrollo, sin beneficio de inventario, del Consenso de Washington y la implantación acrítica del modelo neoliberal. El Plan de Desarrollo de Samper, el primero bajo el mandato de la

nueva Constitución y denominado “El Salto Social”, estructuraba las políticas públicas en función de la realización de los derechos sociales y enrutaba al país hacia un modelo más autónomo y propio de desarrollo.

8.

La conspiración

La conspiración contra Ernesto Samper empezó a fraguarse desde antes de su elección. Cuando resultó ganador de las elecciones de 1994, su contendor, Andrés Pastrana, le acusó de haber recibido dineros del narcotráfico. La fuente de la acusación era un casete que el presidente Cesar Gaviria recibió de manos de Andrés Pastrana¹⁸ en la víspera de la segunda vuelta de las elecciones presidenciales. Contenía las voces de los reconocidos narcotraficantes Gilberto y Miguel Rodríguez Orejuela y de un cuestionado periodista Alberto Giraldo, afirmando que el Cartel de Cali había financiado a ambas campañas presidenciales, la de Samper y la de Pastrana.¹⁹ El casete fue grabado y divulgado por agentes de la DEA²⁰, según publicación del *Washington Post Magazine*. El embajador de Estados Unidos, Miles Frechette afirmó en 2013, que el gobierno de Estados Unidos efectivamente conocía el casete, pero que había decidido no hacerlo público por ser un “tema que le correspondía a los colombianos.”²¹

El juicio condenatorio de la prensa fue inmediato, sin derecho a réplica y con apoyo de columnistas y políticos opositores que empezaron a conspirar abiertamente contra el gobierno buscando la renuncia del presidente o, en su defecto, el golpe de Estado. Fue tan público su accionar que se les denominaba “los conspiretas” y, según el propio Samper, funcionaban en tres niveles. El primer nivel “de terapias conspirativas y retozos democráticos” comprendía a los conspiradores sociales de la élite acostumbrados a mover los hilos del poder en su beneficio. En ese nivel se movían columnistas y periodistas que se transformaron en “políticos-periodistas”. De

este nivel de la conspiración también hacían parte Miles Frechette, el embajador de los Estados Unidos, funcionarios del gobierno y militares activos, algunos de los cuales mantenían al tanto al gobierno de toda incidencia.²²

Del segundo nivel de la conspiración hacían parte “los ideológicos” que generaban mayor preocupación pues estaban preparando un hipotético golpe de Estado. Los documentos que preparaban, 34 en total, le fueron compartidos al entonces presidente Samper por uno de ellos. Los papeles golpistas incluían proyectos de decretos ejecutivos cerrando el Congreso, cambiando la Corte Suprema, extendiendo a todo el país un régimen de excepción e implantando la extradición, sin fórmula de juicio, a los capos del narcotráfico. El tercero y más peligroso nivel de conspiradores eran los “conspiradores de sangre, cuyo propósito era desestabilizar material y físicamente el país a través de la comisión de acciones criminales.”²³

Fueron estos en colaboración con algunos conspiradores ideológicos quienes intentaron secuestrar al abogado defensor del presidente, Antonio José Cancino, quién salió gravemente herido al defenderse de sus atacantes. Preguntado el ministro de Gobierno, Horacio Serpa, si pensaba que en ese acto participó la DEA, contestó con un no muy ambiguo, “me suena, me suena”, lo que provocó que desde Washington pidieran que el ministro fuera retirado del gobierno. Samper se rehusó y solicitó al fiscal general, Alfonso Valdivieso, su acusador, que abriera una investigación sobre la conspiración que ya estaba llegando a actos criminales, pero el Fiscal se rehusó.

La conspiración llegó a tales extremos que algunos de los “conspiradores de sangre” quisieron involucrar al connotado dirigente conservador Álvaro Gómez Hurtado para darle legitimidad al golpe que fraguaban. Querían que fungiera de presidente interino cuando removieran al Presidente Samper a lo cual él se negó rotundamente. Así lo afirmó Eduardo Matuk, amigo personal de Álvaro Gómez, en declaración ante la Fiscalía General de la Nación.²⁴ Su negativa, se

gún el exembajador Miles Frechette, le costó la vida en un atentado llevado a cabo frente a la Universidad donde dictaba clases el 2 de noviembre de 1995. En su libro, *Los secretos del asesinato de Álvaro Gómez Hurtado*, Frechette explicó: “El Golpe sin Gómez habría sido visto como una burda intervención de los derechistas. Creo que por esa negación mataron a Gómez Hurtado.”²⁵

9.

El linchamiento mediático

La Conspiración avanzaba en medio de un enorme despliegue mediático. Según el estudio realizado por Elvia Elena Acevedo, quién estudió el cubrimiento mediático del Proceso 8000, la revista *Semana* dedicó el 80%, es decir 4 de cada 5 de sus portadas, a incidencias del caso. *El Tiempo*, el principal periódico nacional, publicó ese año 721 noticias sobre el tema, un promedio de dos diarias y uno de sus columnistas más leídos, Enrique Santos Calderón, un total de 80 columnas en las cuales se refería al Proceso 8.000.”²⁶

La misma investigadora refiere como en la etapa previa al proceso fue escaso el cubrimiento del tema hasta cuando se “hizo sentir la fuerte presión de Estados Unidos, que pidió que se investigara el asunto hasta sus últimas consecuencias, (lo cual) influyó para que los medios informativos entraran en la corriente de las denuncias.”²⁷

10.

Una “nueva justicia” penal

Con la nueva Constitución, a Colombia llegó la “nueva interpretación” del derecho que no es tan nueva. Data del Siglo XIX cuando empezaron las altas cortes a superar la exégesis del texto literal de la norma legal para incluir de manera sistemática su finalidad y la in-

tegración con los valores y principios constitucionales. La polémica sobre este “nuevo derecho” continúa, pero en su momento, pasó inadvertida la consecuencia de su utilización pragmática en materia penal donde está proscrita la interpretación extensiva. En la aplicación de la ley penal está vedado apartarse del sentido estrictamente literal de la norma y la aplicación de todo el cuerpo normativo que comprende el debido proceso debe ser estricta.

Ya en 1989, como relata Juan Manuel López en su libro sobre el caso Samper titulado *La Conspiración*, el Embajador Frechette fue invitado a hablar en la instalación del primer curso de fiscales de la Fiscalía General de la Nación creada en la Constitución de 1991. En sus palabras expresó que “esperaba que la nueva Fiscalía aportara una ‘nueva justicia’ para Colombia.”²⁸ Esa nueva justicia implicaba el tránsito del sistema inquisitivo propio de la tradición jurídica del país al sistema acusatorio de la tradición anglosajona donde se invierte la carga de la prueba y es el acusado el que debe probar su inocencia. El Estado, a través de la Fiscalía, ya no investiga lo favorable y lo desfavorable sino solamente aquello que sirva para condenar u obligar al acusado a declararse culpable a cambio de beneficios procesales y punitivos. En este sistema, la Fiscalía negocia con el acusado a cambio de la admisión de culpa de alguna de sus faltas y premia las delaciones con rebajas de pena.

Las garantías del debido proceso ya eran materia de crítica, tal como se expuso en la Conferencia Internacional sobre Protección Judicial celebrada en Washington D.C. el 10 de abril de 1989. El jurista Carlos Gustavo Arrieta, en su libro sobre el narcotráfico, cita como se manifestaba esa preocupación exteriorizada por el Embajador Frechette en los textos oficiales sobre la materia:

“El rigor en la aplicación de algunas garantías constitucionales tales como la presunción de inocencia y la favorabilidad de la duda en pro del reo, el debido proceso, la controvertibilidad de la prueba, los principios de que no hay crimen ni penas sin ley, sumado a las carac

terísticas inquisitivas del sistema penal colombiano, ofrece ciertas dificultades prácticas para la acción eficiente del aparato judicial contra el delito del narcotráfico y contra las manifestaciones del terrorismo asociadas a éste...”²⁹

Una concepción tan apartada de los fundamentos del derecho penal contemporáneo debe llamar a la reflexión sobre los sistemas acusatorios promovidos por Estados Unidos en el continente que han reemplazado a los sistemas inquisitivos, abriendo camino a lo que Samper ha llamado la justicia negociada o justicia neoliberal. El desprecio por el debido proceso es clave para la operación del *lawfare*, donde no importa la aplicación del derecho, sino su utilidad para afectar al “enemigo o adversario político” con detrimento del sistema democrático y la libre determinación de los pueblos. Las reformas judiciales del continente han facilitado el *lawfare* y nuevamente Colombia sirvió de campo de experimentación bajo la égida de la guerra contra las drogas que ha servido para imponer políticas en este y muchos otros campos normativos y orgánicos del Estado.

11.

El caso contra el presidente Samper

En medio del escándalo generado por las acusaciones de Pastrana contra Samper, el fiscal general De Greiff se abstuvo de abrir investigación porque el casete presentado carecía de cadena de custodia y había sido editado. Dos años después, De Greiff fue removido del cargo³⁰ por haber cumplido la edad de retiro (decisión posteriormente reversada por el Consejo de Estado) y su reemplazo reabrió el caso, denominándolo con el número de otro sonado proceso que involucraba a varios congresistas y funcionarios acusados de recibir dineros y atenciones del Cartel de Cali. Ese proceso, el número 8000, fue abierto con base en los documentos encontrados en un maletín de Miguel Rodríguez Orejuela encontrado en un allanamiento en la

ciudad de Cali, pero el Fiscal Valdivieso lo utilizó para identificar su acusación contra el presidente Samper, quedando ambos casos ante la opinión pública como si compartieran el mismo acervo probatorio, en resumen, como si fueran el mismo caso.

Solamente en 2017, con motivo de un libro publicado con entrevistas al General y exvicepresidente Oscar Naranjo, entonces coronel de la Policía Nacional y parte del esfuerzo del Gobierno Samper que logró la captura de los capos y el desmantelamiento del Cartel de Cali, se ha conocido de boca de ese autorizado testigo que en el maletín no obraba ninguna prueba contra Samper. Naranjo responde así al interrogante del periodista: “Lo encontramos en uno de los allanamientos, cuando Miguel Rodríguez logró evadirnos porque se metió en una caleta que no pudimos encontrar, pese a que él estaba ahí. Había un escritorio con un maletín oculto, lleno de información muy importante, particularmente cheques que habían girado a mucha gente. Pero debo decir que no hay un cheque a Samper ni a la campaña. Nada.”³¹

Sin embargo, la campaña mediática y el proceso contra el presidente convirtieron el mal llamado Proceso 8000 en “el mayor escándalo de la historia política de Colombia.”³² A pesar de la ausencia de pruebas y de la preclusión del Congreso que exoneraba a Samper de toda responsabilidad, la campaña mediática exigiendo su renuncia y la conspiración de sus detractores en busca de propinarle un golpe de Estado avanzaban a plena luz del día. Incluso el Departamento de Estado expidió una declaración “desvirtuando la decisión de la Cámara de Representantes de no enjuiciar al presidente”.³³ También fueron públicas las reuniones de los llamados “conspiretas” con el Embajador de Estados Unidos, Miles Frechette, y se debatía en los corrillos sobre quiénes serían los ministros del nuevo gobierno, algo muy parecido a la situación que se respiraba en Caracas en vísperas del golpe del 11 A.

12.

Las piezas procesales del caso Samper

La tesis de grado para optar el título de abogada de quién escribe estas líneas³⁴ hizo un análisis contemporáneo de los hitos del proceso que se siguió al presidente Samper ante la Cámara de Representantes. Cada pieza procesal fue desmenuzada y apartes de varios de los capítulos aparecieron publicados en el diario económico de orientación conservadora La República, como un aporte de la Universidad a clarificar los mitos del proceso contra Samper, dado el gran impacto mediático y la cantidad de imprecisiones y falsedades que circularon en los medios de comunicación.

Una revisión somera de las principales piezas procesales permite constatar la manipulación patente de la ley y el desprecio por el debido proceso de parte de los operadores jurídicos a través de los nueve mecanismos identificados para el caso de Lula da Silva, treinta años después por el propio Ernesto Samper. La conclusión es premonitoria y tiene vigencia más allá del caso en estudio. Aparece hoy como anillo al dedo para describir el *lawfare* que caracteriza la lucha política contra el progresismo latinoamericano:

“En el proceso vivido y adelantado contra el presidente de la República se pusieron a prueba, no solamente los mecanismos para juzgar a los altos funcionarios del Estado -del ejecutivo, del legislativo, de la rama jurisdiccional y del Ministerio Público- sino que además chocaron las viejas y las nuevas concepciones de la interpretación jurídica y la misma prevalencia de los criterios estrictamente jurídicos frente a la incidencia de los intereses creados de la política y de la misma subjetividad que se mueve al amparo de las ventajas del poder. Por un lado, la tendencia exegética, haciendo su agosto en la contemplación de las normas como algo estático sin la dinámica de la vida, y por el otro quienes quieren hacer de la interpretación una facultad bien sea para crear derecho o bien para negarlo, de acuerdo con las conveniencias coyunturales.

Lo que percibimos fue el crujir de las estructuras institucionales del país sometidas al vaivén de las presiones internas y externas que actuaban, no en función de la aplicación de la ley, sino en función de la obtención de resultados predeterminados. La Constitución de 1991 les brindó balcón a las partes polarizadas, y desde allí, era fácil observar, tal como lo previene Habermas, cómo la ideología, la política y las pasiones pueden distorsionar la interpretación y, por lo tanto, el contenido de la norma.”³⁵

En todos y cada una de las piezas se manifiesta la violación patente del debido proceso en busca de conseguir una condena ya decretada por la prensa y de sacar del camino una política incómoda para los intereses creados de las élites acostumbradas a que se gobernara en su beneficio.

Enseguida se analizan someramente las principales piezas que muestran el *lawfare* en acción en el proceso seguido al entonces presidente Samper en el Congreso colombiano.

13. **Auto inhibitorio**

El primer atropello consistió en culminar la etapa investigativa que le corresponde a la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes, con un auto inhibitorio, cuando la realidad procesal y la norma indicaban que, a falta de pruebas, debía precluir la investigación. Habiendo realizado una investigación preliminar, el representante -investigador, al encontrar que no había pruebas que comprometieran al imputado, debió atenerse al procedimiento establecido previamente en la ley, que indicaba que debía dar por terminado el proceso con efectos de cosa juzgada.

Sin embargo, por indudable presión mediática, motivó su decisión con el argumento de que “por la importancia del caso” prefería “de

jar abierta la posibilidad hacia el futuro”, en flagrante violación del debido proceso en lo relativo que no se puede confeccionar un procedimiento para el caso, sino atenerse al procedimiento definido en leyes preexistentes.

14.

La denuncia del fiscal general

En la legislación colombiana, el presidente de la República goza de un fuero especial en el cual su juzgamiento corresponde al Congreso de la República y a la Corte Suprema de Justicia si este encuentra mérito para seguirle una causa penal. El 14 de febrero de 1996, el fiscal general denunció al presidente Samper ante la Comisión de Acusaciones de la Cámara de Representantes, después de haber recibido el cambio de la versión del principal testigo de la defensa convertido en testigo de la Fiscalía, el gerente de la campaña Fernando Botero Zea. La denuncia toma la forma de una acusación sobre el ingreso de dineros ilícitos a la campaña, exceso de topes de financiación electoral y maniobras de encubrimiento. La presentación de una denuncia bajo la forma de una acusación es un subterfugio por cuanto el Fiscal no es el competente constitucional para investigar y acusar a los altos funcionarios del Estado. Dicha atribución le corresponde, previa investigación de la Comisión de Acusaciones, a la Cámara de Representantes, su juez natural. Con todo, el Fiscal consiguió por este medio formal violar la presunción de inocencia, con efectos sobre la opinión pública magnificados por la prensa.

Con todo, en ninguna parte del texto del documento se precisa una sola prueba respecto de la responsabilidad del presidente, salvo el testimonio interesado de quién finalmente aceptó su responsabilidad y fue condenado por encubrirla como se verá posteriormente. Los anexos probatorios se limitan a las declaraciones del gerente de

la campaña y al traslado de hechos descritos en otros procesos que se refieren al denunciado.³⁶

15.

La defensa del presidente

Frente a la enorme presión mediática, la defensa hizo hincapié en que parte esencial del debido proceso consiste en “hacer que la valoración para juzgar se refiera de modo preciso y concreto a la prueba recogida” y no a “cuanta versión surja a través de los medios de comunicación, en los clubes, en los corrillos, en los mentideros y en las presunciones que se van formando al vaivén del ritmo cambiante de la ‘opinión’, sin que a ésta se le haya dado información veraz y completa.”³⁷

De igual forma, el abogado defensor le recuerda a la Fiscalía que es su deber constitucional investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado y que en su denuncia no menciona siquiera los hechos, testimonios y documentos de los anexos que favorecen la inocencia del presidente y procede a analizar uno a uno los que el Fiscal calla. Y concluye: “Cada vez toma más fuerza la idea de que los dineros que en cumplimiento de precisas órdenes de Fernando Botero, recibió el señor Santiago Medina (tesorero) de algunas personas relacionadas con el tráfico de drogas tenían por objeto, no la campaña presidencial, sino sus propios peticionarios.”³⁸

Fue esta hipótesis, la del hurto agravado por confianza de los dineros de la campaña por parte de sus administradores, la que finalmente quedó judicialmente probada por sentencia condenatoria de la Corte Suprema de Justicia,³⁹ pero el *lawfare* no paró en las pruebas del proceso que pedía el abogado defensor sino en las consejas y rumores vestidos de verdad publicados en la prensa.

Con ello se buscaba maniatar al presidente, establecer un relato de culpabilidad y obligarlo a mantener las políticas que su gobierno empezaba a cambiar en materia de sustitución social de cultivos de uso ilícito, intervención del Estado en la economía en función de políticas sociales, reforma agraria y el relanzamiento de la integración regional como parte de la política de acercamiento al movimiento de países no alineados que Colombia presidía en cabeza de Samper.

16.

Tutela al debido proceso

Iniciado el debate para calificar el sumario en la Cámara de Representantes, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, otorgó el amparo de tutela del derecho fundamental al debido proceso, no al presidente quién era el investigado, sino a una representante a la Cámara. Resulta que la Cámara aprobó una proposición para escuchar al fiscal general que fungía también como acusador y al abogado defensor del presidente. Una representante a la Cámara interpuso una tutela contra esta decisión por considerar que violaba el debido proceso al no estar previsto en el proceso penal general la participación del defensor del acusado.

Resulta que el proceso penal ha sido diseñado para que la deliberación del juzgador individual se lleve a cabo con estricta sujeción a la reserva del sumario en la privacidad de su despacho. En este caso, la calificación del sumario la hacía públicamente una corporación deliberante por haberse levantado la reserva del sumario a petición del propio presidente Samper quién ordenó, además, en aras de la transparencia, su transmisión por el canal público de televisión.

Al tutelar el derecho de la representante, el Tribunal hizo caso omiso de un interrogante constitucional de fondo: ¿En favor de quién se consagra el derecho fundamental a un debido proceso? ¿En favor

del sindicato o en favor del Estado? En este contexto es claro que ese amparo no protegió el derecho individual de la congresista, sino que abiertamente desconoció el derecho a la defensa del procesado, lo cual constituye el núcleo esencial del debido proceso. El abogado apoderado de la defensa no pudo intervenir en el proceso y ni siquiera estar presente en el recinto del Congreso donde se juzgó a Samper durante varios meses.

17.

El delito de enriquecimiento ilícito

El delito de enriquecimiento ilícito ofrecía para la época muchas dificultades de interpretación por cuanto se había establecido para funcionarios públicos y no particulares. Su tipificación rezaba entonces así:

Artículo 1º del decreto ley 1895 de 1989. “El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas, incurrirá por ese solo hecho, en prisión de cinco a diez años y multa equivalente al valor del incremento ilícito logrado.”

Mucho se discutió si se trataba de un delito subsidiario, es decir, que requería sentencia condenatoria previa de las actividades delictivas o de un delito autónomo en que esa calidad delictiva puede probarse dentro del mismo proceso. Finalmente se decantó por su carácter autónomo y se invirtió la carga de la prueba, teniendo el acusado que probar la licitud de su incremento patrimonial y no el Estado su carácter delictivo.

En lo que sí cabía duda es sobre qué constituye incremento patrimonial a partir de la definición del derecho civil que considera el patrimonio como la universalidad jurídica compuesta por todos los

derechos reales y personales de contenido económico de una persona que se constituye en la prenda general de sus deudores. Pues bien, cuando se debatió la calificación del sumario que absolvió a Samper, se quiso incluir en esa universalidad los demás bienes personalísimos que hacen parte del patrimonio moral y que no están en el comercio, lo cual finalmente se desechó.

18.

La preclusión

La Resolución de Preclusión que absolvió al presidente fue finalmente adoptada el 12 de julio de 1996 por una mayoría de 111 votos a favor y 43 en contra y su contenido avalado por las altas cortes. Para provocar miedo en los representantes a la Cámara al momento de votar se insistió mucho en que podían ser posteriormente encausados por prevaricato cuando la Constitución otorga protección especial al parlamentario para que pueda opinar y votar con toda libertad y libre de apremios, para precaver precisamente este tipo de presiones.

En efecto, varios ciudadanos presentaron denuncias ante la Corte Suprema de Justicia contra los parlamentarios que habían votado para absolver y ésta decidió abrir investigación en su contra. Alrededor de la denuncia se perfilaba la intención de reabrir el caso contra el presidente Samper. El caso llegó, por vía del amparo constitucional al conocimiento de la Corte Constitucional la cual decidió que la inviolabilidad de los votos y las opiniones de los parlamentarios en ejercicio de sus funciones es absoluta, por lo que la Corte Suprema no podía investigarlos por el voto emitido en ejercicio de las funciones jurisdiccionales del parlamento. Según la Corte Constitucional, la finalidad de esta garantía constitucional “es que los representantes del pueblo puedan emitir de la manera más libre sus votos y opiniones, sin temor a que éstos puedan ocasionar persecu-

ciones judiciales o de otra índole, con lo cual se garantiza una plena libertad e independencia en la formación de la voluntad colectiva del parlamento o congreso.”⁴⁰

En la sentencia, la Corte Constitucional dejó sin efectos la investigación que adelantaba la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia e hizo un llamado a prevención a sus magistrados “para que se abstengan de investigar como delitos los hechos inescindiblemente ligados a las opiniones y votos emitidos por los congresistas en ejercicio de sus funciones.” Con dicha sentencia se despejó la amenaza latente proferida contra los parlamentarios en casos futuros de ser enjuiciados por prevaricato al ejercer el voto en un proceso contra altos funcionarios del Estado, amenaza que estuvo presente, a manera de constreñimiento a los congresistas, en la votación del caso contra el expresidente Samper.

19.

Las condenas del gerente de la campana presidencial por enriquecimiento ilícito y hurto agravado por confianza

Solamente once (11) años después de la preclusión de la investigación contra el presidente Samper en 1996, se vino a confirmar judicialmente lo sucedido con el ingreso de los dineros ilícitos a la campaña presidencial. Ello explica de una parte, la ausencia de pruebas sobre su responsabilidad en la acusación de la Fiscalía que motivó los pronunciamientos judiciales en su favor; y, de la otra, las motivaciones políticas del *lawfare* practicado en su contra.

El 5 de octubre de 1996, Fernando Botero, quién había fungido como gerente de la campaña presidencial llegó a un acuerdo con la Fiscalía. A cambio de una pena reducida confesó la comisión de los delitos de enriquecimiento ilícito en favor de terceros y falsedad en docu

mento privado, por el manejo de los dineros de la campaña y por haber llevado doble contabilidad de los gastos de la campaña.

En mayo del 2001, la Fiscalía acusó a Botero por el delito de hurto agravado por la confianza. Finalmente en el año 2007, cuando la Corte Suprema de Justicia negó la casación de su condena en segunda instancia por ese delito, se develó judicialmente lo que había argumentado la defensa del presidente Samper desde un comienzo⁴¹ Que los dineros de procedencia ilícita fueron ingresados a la campaña, sin conocimiento del Presidente Samper, para esconder la sustracción de donaciones lícitas recibidas en Nueva York y depositadas en confianza en la cuenta personal del gerente de la campaña, Fernando Botero. Éste recibía pesos sucios en Colombia para reemplazar los dólares limpios que se hurtaba en Estados Unidos.

El mismo Botero, quien adelantó una batalla jurídica en 1995 para impedir el acceso de la justicia colombiana a sus cuentas bancarias en Nueva York⁴² admitió que administró un millón de dólares de aportes a la campaña a través de esas cuentas. La justicia comprobó que había hurtado esos dineros abusando de la confianza depositada en él, faltante que encubrió con dineros que buscó y consiguió del Cartel de Cali.

El daño reputacional fue monstruoso. Hasta el día de hoy, la estigmatización contra el expresidente Samper continúa, a pesar de la ausencia de pruebas en su contra, la violación de su derecho al debido proceso y la condena penal de los verdaderos responsables. El daño político es patente. Solamente después de seis gobiernos con política neoliberal y total aceptación de la política antidrogas impuesta por los Estados Unidos, en 2022, en la estela dejada por una gran explosión social, llega un progresista de izquierda a la jefatura del Estado en Colombia con la elección de Gustavo Petro en 2022. Samper hizo parte del Frente Amplio que lo eligió.

20.

La retaliación

Los Estados Unidos contribuyeron con sus actuaciones a la estigmatización del expresidente Samper. Aplicaron sanciones, tanto al país como al propio presidente en ejercicio. En 1995, el segundo año de su mandato, Estados Unidos reprobó la colaboración de Colombia en la guerra contra las drogas y le confirió al país una certificación por razones vitales de seguridad nacional ("*vital national security certification*"). Una vez absuelto Samper por el Congreso, EE. UU. procedió a descertificar a Colombia en 1996 y 1997 "porque el país siguió sin secundar a Estados Unidos en su guerra contra las drogas, según el presidente Clinton."⁴³

Pero la acción retaliatoria personal vino el 10 de julio de 1996 y consistió en el retiro de su visado para ingresar a Estados Unidos. Edward Burns, portavoz del Departamento de Estado, desconociendo el fallo absolutorio del Congreso dos meses antes, afirmó que se trataba de una sanción "personal" y "hay certeza de que ingresaron dinero del narcotráfico en su campaña electoral", sin hacer ninguna referencia a las decisiones exoneratorias de la conducta de Samper ni aclarar que la responsabilidad fue de un gerente que abusó de la confianza en él depositada para encubrir la sustracción de dineros de la campaña, sin conocimiento del candidato.⁴⁴

21.

Conclusión

El *lawfare* es un mecanismo diseñado para mimetizar en ropajes jurídicos las vías de hecho del poder. La principal víctima es la institucionalidad democrática comoquiera que, si instituciones tan caras a los valores de la civilización como el debido proceso se pueden dejar de lado para conseguir objetivos de la lucha política o el inte

rés económico elevados por quienes detentan poder a la categoría de interés general o bien común, la sociedad termina por disolverse.

En este artículo se ha analizado el *lawfare* como herramienta de los poderosos, sean ellos los sectores de élite empeñados en detener el cambio o Estados Unidos siguiendo los dictados de su política de seguridad nacional. Para enfrentar el *lawfare* con posibilidades de éxito, los gobiernos y movimientos políticos progresistas de América Latina deben aunar esfuerzos para recomponer la integración regional que les permita actuar colectivamente en defensa de su autonomía e intereses soberanos.

Una primera línea de defensa debe ser la reforma judicial para reconducir los sistemas penales hacia la tradición inquisitiva del continente y de garantía del debido proceso. No se trata de una confrontación con los intereses propios de los Estados Unidos sino de un diálogo más horizontal que lleve a relaciones de beneficio mutuo, dentro del reconocimiento de la autonomía que es propia de cada uno de nuestros países.

La globalización ha erosionado la soberanía individual de los países. El camino para su fortalecimiento es la integración en un bloque de países capaz de participar en todos los escenarios internacionales con el peso del territorio, la población, los recursos naturales del conjunto para reemplazar la debilidad de la dispersión actual que facilita el trabajo de quienes utilizan el *lawfare*.

La nueva ola de progresismo en América Latina puede sentar las bases para impulsar nuevamente la integración y, desde ella, una nueva política que reemplace la fallida guerra en contra de las drogas, que ayude a proteger la Amazonía de cara al cambio climático o que garantice la cooperación continental frente a las pandemias y las crisis económicas. Y, sí, para defendernos del *lawfare* y su utilización para doblegar la soberanía y para perseguir judicial y mediáticamente a los dirigentes progresistas de la región.

Notas

1. Grupo de Puebla. Declaración conjunta sobre la necesidad de responder ante la guerra judicial o “lawfare”, 14 de julio de 2019, recuperada el 12 de agosto de 2022 de <https://www.grupodepuebla.org/declaracion-conjunta-sobre-la-necesidad-de-responder-ante-la-guerra-judicial-o-lawfare/>
 2. Vollenweider, C. y Romano, S., Lawfare. La judicialización de la política en América Latina. CELAG
 3. Spykman, Nicholas (1942). *American Strategy in World Politics: The United States and the Balance of Power*. Harcourt, Grace and Company, New York
 4. Asia Today. Russia-China Partnership Agreement. Feb. 2, 2022. <https://theasiatoday.org/editorials/russia-china-partnership-agreement/> Consultado 17 de septiembre de 2022.
 5. Sharp, Gene (2003), Trad. Caridad Inda, De la dictadura a la democracia: un sistema conceptual para la liberación, Instituto Einstein <https://docs.google.com/file/d/0B6y10gUROWzDLW9MeWzLVWtqQ2s/edit?resourcekey=0-DATrzP2QpD-27HlpC53M9QQ>; Allard, Jean-Guy y Gollinger, Eva (2009). La agresión permanente. www.es.scribd.com y <http://www.rebellion.org/docs/122608.pdf>
 6. Lopez, Clara. (2014) Nuevas formas del golpismo en América Latina. Encuentro Latinoamericano de partidos progresistas. ELAP, Quito. www.claralopez.org
 7. Los gobiernos elegidos en la primera ola progresista entre 1999 y 2009 fueron: Venezuela (1999, 2007, 2013), Brasil (2003), Argentina (2003, 2007, 2011), Panamá (2004), Uruguay (2004, 2010), Chile (2006, 2014), Bolivia (2006), Honduras (2006), Ecuador (2007), Nicaragua (2007), Paraguay (2008), El Salvador (2009).
 8. Notas Periodismo Popular. Encuentro para fortalecer a los partidos de izquierda en América Latina. <https://www.notasperiodismopopular.com.ar/2014/10/01/encuentro-partidos-izquierda-america-latina-elap/> consultado 13/09/2022.
 9. David Rosnick y Jake Johnston (2020). “Observando a los observadores: La OEA y las elecciones bolivianas de 2019” en CEPR <https://cepr.net/report/observando-a-los-observadores-la-oea-y-las-elecciones-bolivianas-de-2019/> Nicolás Idrobo, Dorothy Kronick y Francisco Rodríguez (2020). “Do shifts in late-counted votes signal fraud?” SSRN Electronic Journal. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3621475
- New York Times. “Evidence from Bolivia New York Times. A Bitter Election. Ac-

cusations of Fraud. And Now Second Thoughts.” Publicado el 7 de junio de 2020, actualizado nov. 9 de 2020. <https://www.nytimes.com/2020/06/07/world/america-bolivia-election-evo-morales.html>

10. Evo Morales: “Queremos buenas relaciones con EE. UU., no imposiciones”. <https://www.elciudadano.com/politica/evo-queremos-buenas-relaciones-con-eeuu-no-imposiciones/10/20/>

11. Nye, Joseph. *Soft Power: The Means to Success in World Politics*. Perseus Books Group. 2004 p. 7-8.

12. Ver Romano, Silvana M. (comp) (2019). *Lawfare: Guerra Judicial y neoliberalismo en América Latina*. Celag.org, Mármol Editores. Buenos Aires, Madrid. P. 156-157.

13. Samper Pizano, Ernesto. (2021). *El Grito Latinoamericano*. Editorial Planeta. Bogotá.

14. *Ibid.* Samper (2021)

15. Terminaba con la muerte de Pablo Escobar a manos de las autoridades el reinado de terror de esa organización criminal después de su fallido sometimiento a la justicia y se abrió paso la arremetida estatal contra el Cartel del Valle de los hermanos Rodríguez Orejuela a quienes el gobierno Samper logró capturar.

16. Durante la elección de los setenta Constituyentes, el ejército nacional bombardeó La Uribe, donde se ubicaba la plana mayor de las FARC que el presidente Gaviria invitaba a estar presente en la instalación.

17. Revista Semana. “¿Regresa la extradición?”, 29/9/1996 <https://www.semana.com/nacion/articulo/regresa-la-extradicion/30223-3/> consultado 19 de febrero de 2023.

18. En su libro *Memorias Olvidadas*, Pastrana reveló que quién le entregó el casete fue el coronel de la Policía, Carlos Barragán, coordinador de un grupo de inteligencia denominado Los Yupis que había sido entrenado por agencias de inteligencia extranjeras y de confianza del FBI, la CIA y la DEA y el MI-5, pero que principalmente tenían contacto con la CIA. Ver <https://www.radiomacondo.fm/noticias-nacionales/este-es-el-hombre-que-entrego-los-narcocasetes-a-pastrana/>

19. *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/politica/cesar-gaviria-dice-que-los-dineros-del-narcotrafico-financiaron-campana-de-pastrana-articulo-461384/> Consultado 13 de agosto de 2022.

20. *The Washington Post Magazine* de Julio 21 de 1996. Citado por Juan Manuel López en *La Conspiración*. Planeta. Bogotá, 1997 p. 71

21. *El Tiempo*. Gaviria si sabía de existencia de 'narco-cassettes': Frechette. <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13247336>

- 22.** Samper Pizano, Ernesto. (2022) *La verdad siempre es lógica, nunca miente. Contribuciones a la Comisión de la Verdad.* Cuellar Editores. Bogotá.
- 23.** *Ibid.* Samper (2022)
- 24.** Citado por Samper (2022) p. 79
- 25.** Citado por Samper (2022) p. 78 *El tema sigue en los estrados judiciales con acusaciones inverosímiles de Fernando Botero quien fue condenado por el manejo de los dineros de la campaña presidencial de Ernesto Samper (ver más adelante en este artículo).*
- 26.** Acevedo Moreno, Elvia Elena. (2014). *Medios de Comunicación y Proceso 8000.* Facultad de Comunicaciones, Universidad de Antioquia. Tesis de Grado.
- 27.** *Ibid.* p. 17 y 21
- 28.** López, Juan Manuel (1997). P. 159
- 29.** Arrieta, Carlos G. *Narcotráfico en Colombia*, citado por López, J.M. (1997) Nota, p. 159.
- 30.** *El despido del fiscal de Greiff por haber llegado a la edad de 65 años fue anulado por el Consejo de Estado. El Tiempo. Anulan el despido del fiscal Gustavo de Greiff.* <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-322165#>
- 31.** Portal Kienyke *El general Naranjo habla del proceso 8.000 y “absuelve” a Samper* <https://www.kienyke.com/historias/el-general-naranjo-habla-del-proceso-8000-y-absuelve-samper> Consultado el 13 de agosto de 2022.
- 32.** *Revista Semana.* <https://www.semana.com/especiales/articulo/el-proceso-8000/32798/> consultado 13/08/2022.
- 33.** Ramón Jimeno. *Contra epílogo en López, Juan Manuel López (1997).* P. 263
- 34.** Lopez Obregón, Clara. (1996) *El proceso del presidente de la República ante la Cámara de Representantes.* Tesis de Grado. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. (Biblioteca 345.075 L563).
- 35.** *Ibid.* López (1996) p. 4-5
- 36.** *Cámara de Representantes, Comisión de Investigación y Acusación, mayo 21 de 1996. Proyecto de Resolución Calificadora del presidente Samper, Gaceta del Congreso. 19 de abril de 1996.*
- 37.** Luis Guillermo Nieto Roa (1996), *La Verdad para la Historia, Defensa del presidente Ernesto Samper Pizano ante el Congreso.* Ediciones Planeta-Monte Verde, Bogotá, 1996, p. 27 y 30.
- 38.** *Ibid.* Nieto Roa, p. 100
- 39.** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Casación 22412 de 24 de

enero de 2007. Magistrado Ponente Mauro Solarte Portilla.

40. Corte Constitucional. Sentencia SU-047 de 1999. M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez.

41. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. M.P. Mauro Solarte Portilla Casación 22412 de 24 de enero de 2007.

42. F. Botero bloquea acceso de fiscalía a cuentas en E.U. <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-465538>. Nov.26 de 1995, Consultado 11/09/2022

43. Tokatlian, Juan Gabriel. Ante la tercera descertificación. Especial para El Tiempo. <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-553567> consultado 2/10/2022

44. El País. EE. UU. cancela el visado al presidente Samper. https://elpais.com/diario/1996/07/12/internacional/837122407_850215.html consultado 2/10/2022

Bibliografía

- Acebedo Moreno, Elvía Elena. (2014). *Medios de Comunicación y Proceso 8000*. Facultad de Comunicaciones, Universidad de Antioquia. Tesis de Grado.
- Asia Today. *Russia-China Partnership Agreement*. Feb. 2, 2022. <https://theasiatoday.org/editorials/russia-china-partnership-agreement/>
- Cámara de Representantes, Comisión de Investigación y Acusación, mayo 21 de 1996. *Proyecto de Resolución Calificadora del presidente Samper*, Gaceta del Congreso. 19 de abril de 1996.
- Corte Constitucional. *Sentencia SU-047 de 1999*. M.P. Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. *M.P. Mauro Solarte Portilla Casación 22412 de 24 de enero de 2007*.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. *Casación 22412 de 24 de enero de 2007*. Magistrado Ponente Mauro Solarte Portilla.
- Grupo de Puebla. *Declaración conjunta sobre la necesidad de responder ante la guerra judicial o "lawfare"*, 14 de julio de 2019, recuperada el 12 de agosto de 2022 de <https://www.grupodepuebla.org/declaracion-conjunta-sobre-la-necesidad-de-responder-ante-la-guerra-judicial-o-lawfare/>
- Idrobo, N., Kronick, D. y Rodríguez, F. (2020). "Do shifts in late-counted votes signal fraud?" *SSRN Electronic Journal*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3621475
- Lopez Obregón, Clara. (1996) *El proceso del presidente de la República ante la Cámara de Representantes*. Tesis de Grado. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. (Biblioteca 345.075 L563).
- Lopez Obregón, Clara. (2014) *Nuevas formas del golpismo en América Latina*. Encuentro Latinoamericano de partidos progresistas. ELAP, Quito. www.claralopez.org
- López Caballero, Juan Manuel (1997). *La Espiración*. Planeta. Bogotá
- Nieto Roa, Luis Guillermo (1996), *La Verdad para la Historia, Defensa del presidente Ernesto Samper Pizano ante el Congreso*. Ediciones Planeta-Monte Verde, Bogotá, 1996.
- Nye, Joseph. *Soft Power: The Means to Success in World Politics*. Perseus Books Group. 2004.
- Romano, Silvina M. (comp) (2019). *Lawfare: Guerra Judicial y neoliberalismo en América Latina*. Celag.org, Mármol Editores. Buenos Aires, Madrid.

Rosnick, David y Johnston, Jake (2020). "Observando a los observadores: La OEA y las elecciones bolivianas de 2019" en CEPR <https://cepr.net/report/observando-a-los-observadores-la-oea-y-las-elecciones-bolivianas-de-2019/>

Samper Pizano, Ernesto. (2021). *El Grito Latinoamericano*. Editorial Planeta. Bogotá.

Samper Pizano, Ernesto. (2022) *La verdad siempre es lógica, nunca miente. Contribuciones a la Comisión de la Verdad*. Cuellar Editores. Bogotá.

Sharp, Gene (2003), Trad. Caridad Inda, *De la dictadura a la democracia: un sistema conceptual para la liberación*, Instituto Einstein. www.es.scribd.com y <http://www.rebellion.org/docs/122608.pdf>

Spykman, Nicholas (1942). *American Strategy in World Politics: The United States and the Balance of Power*. Harcourt, Grace and Company, New York

Tokatlian, Juan Gabriel. *Ante la tercera descertificación. Especial para El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-553567> consultado 2/10/2022

Vollenweider, C. y Romano, S., Lawfare. *La judicialización de la política en América Latina*. CELAG

Medios de comunicación:

El Ciudadano. Evo Morales: "Queremos buenas relaciones con EE. UU., no imposiciones". <https://www.elciudadano.com/politica/evo-queremos-buenas-relaciones-con-eeuu-no-imposiciones/10/20/>

El Espectador. <https://www.elespectador.com/politica/cesar-gaviria-dice-que-los-dineros-del-narcotrafico-financiaron-campana-de-pastrana-articulo-461384/>

El País de España. EE. UU. cancela el visado al presidente Samper. https://elpais.com/diario/1996/07/12/internacional/837122407_850215.html

El Tiempo. Gaviria si sabía de existencia de 'narco-cassettes': Frechette. <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13247336>

El Tiempo. Botero, Fernando bloquea acceso de fiscalía a cuentas en E.U. <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-465538>. Nov.26 de 1995.

El Tiempo. El despido del fiscal de Greiff por haber llegado a la edad de 65 años fue anulado por el Consejo de Estado. *El Tiempo*. Anulan el despido del fiscal Gustavo de Greiff. <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-322165#>

New York Times. “Evidence from Bolivia *New York Times*. A Bitter Election. Accusations of Fraud. And Now Second Thoughts.” Publicado el 7 de junio de 2020, actualizado nov. 9 de 2020. <https://www.nytimes.com/2020/06/07/world/americas/bolivia-election-evo-morales.html>

Notas Periodismo Popular. Encuentro para fortalecer a los partidos de izquierda en América Latina. <https://www.notasperiodismopopular.com.ar/2014/10/01/encuentro-partidos-izquierda-america-latina-elap/>

Portal Kienyke El general Naranjo habla del proceso 8.000 y “absuelve” a Samper <https://www.kienyke.com/historias/el-general-naranjo-habla-del-proceso-8000-y-absuelve-samper>

Radio Macondo. <https://www.radiomacondo.fm/noticias-nacionales/este-es-el-hombre-que-entrego-los-narcocasetes-a-pastrana/>

Revista Semana. <https://www.semana.com/especiales/articulo/el-proceso-8000/32798/>

3.

Nuevas dimensiones del derecho a la verdad en tiempos de *lawfare*.

Alejandro Médici¹

Juan Cruz Vallefín²

1. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata. ORCID: 0000-0002-9409-8744

2. Juan Cruz Vallefín Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata. ORCID:0000-0003-3534-1940

Resumen

A partir de los aportes del cognoscitismo jurídico y el garantismo actual, se analizarán las nuevas dimensiones del derecho a la verdad bajo el contexto del *Lawfare* y la Posverdad en nuestra región latinoamericana. Para ello, luego de un somero análisis de los dos fenómenos antes mencionados, se problematizará sobre la verdad jurídica y sus alcances dentro de los debates actuales sobre memoria, verdad y justicia para contribuir a la discusión sobre la necesidad de reformar el poder judicial en miras de una sociedad democrática que garantice la no repetición del *Lawfare*, y evitar las arbitrariedades del poder judicial.

Palabras clave: *Lawfare*, Posverdad, Derecho Crítico, Garantismo, Cognoscitismo jurídico.

Legal post-truth, lawfare and new dimensions of the right to the truth

Abstract

Based on the contributions of legal cognoscitivism and guarantee movement, the new dimensions of the right to the truth will be analyzed in the context of phenomena such as *Lawfare* and Post-truth in our Latin American region. To do this, after a brief analysis of the two aforementioned phenomena, will discuss the legal truth and its scope within the current debates on memory, truth and justice, contributing to the discussion on the need to reform in view of a democratic society that guarantees the non-repetition of *Lawfare*, avoiding the arbitrariness of the judiciary.

Keywords: *Lawfare*, Post-truth, Critical Law, Guarantee movement, Legal Cognoscitivism.

1. Introducción

En el presente trabajo presentamos algunas ideas sobre la relación entre *lawfare* y construcción judicial de posverdad jurídica procesal. Para ello, recorreremos sintéticamente distintas concepciones acerca de las relaciones entre derecho y verdad, así como aquello que se entiende por “verdad jurídica”. En este empeño, rescatamos una visión contextualizada de la importancia del cognoscitivismo jurídico y el garantismo como dimensiones negadas por las prácticas del *lawfare* en la construcción de “verosímiles” jurídico procesales. A partir del contraste entre *procesos de memoria verdad y justicia* para juzgar a los responsables de delitos de lesa humanidad en Argentina con las *prácticas de lawfare*, pretendemos rescatar nuevas dimensiones actuales del derecho a la verdad. Asimismo, nos atrevemos a afirmar que los desafíos de las prácticas de *lawfare* requieren del uso crítico del derecho, de las prácticas de abogacía popular, y de una mediación de proyectos democráticos e igualitarios de transformación social que valoricen las posibilidades de cognoscitivismo y garantías procesales formales en la construcción de verdades jurídicas y judiciales. Este conjunto abre líneas para pensar algo que, por extensión y dedicación, excede las posibilidades de este breve trabajo, más centrado en vincular la necesaria discusión sobre la reforma del poder judicial como servicio de justicia en una sociedad democrática con las garantías de no repetición del *lawfare*, en torno a las formas de evitar la arbitrariedad procesal de los jueces, y la forma como se procura una “verdad judicial” de manera secundaria.

Esto, por supuesto, es un aspecto específico del problema mucho más amplio y exigente de la reversión del dispositivo de poder colonial que estamos tratando.

2.

El nuevo contexto de posverdad

Actualmente, se puede reconocer la irrupción de un nuevo escenario cultural que parece amenazar la veracidad pública y el desarrollo de las capacidades epistémicas de la ciudadanía. Los regímenes de verdad modernos estarían dando paso a regímenes de posverdad, caracterizados por la proliferación de mercados de verdad segmentados por el control reticular de la atención y la opinión pública, así como por la difusión instantánea de hechos alternativos y rumores inverificables que, al dispararse a públicos cautivos y creyentes, resultan verosímiles.

Los regímenes modernos de construcción de verdad se basaban en un plexo organizado de aparatos ideológicos, políticos y económicos (como los medios de comunicación, la institución universitaria, los sistemas educativos y la industria cultural), discursos y disciplinas científicas, así como criterios y posiciones de sujeto dominantes con la capacidad de arbitrar la verdad, producir e identificar los discursos competentes, controlar su adquisición y reproducirla masivamente (Harsin, 2015). En cambio, los regímenes de la posverdad surgidos en las últimas décadas se asocian a nuevos formatos de tergiversación informativa, sin posibilidad de apelar a alguna autoridad verificadora, alguna fuente epistémica fiable o una forma de organizar la *verificación* y la *confirmación*, siendo un ejemplo clave los memes virales o los rumores fugaces en internet.

Por otra parte, esos procesos se contextualizan en un escenario de globalización de los medios y de desregulación de los mercados, de manera que las audiencias masivas de la industria cultural (que generaban también propuestas críticas de un Nuevo Orden Informativo Mundial, o propuestas de ética a partir del ideal de una comunidad universal de comunicación) dan paso a audiencias “burbuja”

dispersas, archipiélagos interactivos pero paradójicamente (in)comunicados, cuyas prácticas de producción y consumo de información aparecen segmentadas a través de numerosos mercados informacionales y flujos de opinión relativamente autónomos.

Bajo la apariencia de la autoexpresión horizontal y generación autónoma de contenidos, estos formatos de posverdad introducen modalidades relativamente novedosas de formación de agenda y control de las audiencias, por medio del cálculo de los mercados de la verdad y herramientas descentradas de individualización precisa, tales como los algoritmos predictivos y la analítica de datos en tiempo real. Como resultado, se induce un marcado escepticismo hacia las regulaciones epistémicas, los saberes disciplinares y las autoridades culturales, y se multiplican las pretensiones de validez y los hechos alternativos, deteriorando las opciones de verificación. Se generan múltiples y heterogéneos códigos que crecientemente se desvinculan de las pretensiones de verdad, validez y sinceridad, lo que potencia la comunicación distorsionada y verosímil. Así, tienden a reproducir y reforzar los hábitos de información y consumo de los “prodestinatarios” y al mismo tiempo distanciarlos de miradas abiertas a la diversidad y la complejidad del mundo.

No queremos extendernos más en este diagnóstico numerosas veces estudiado. Sólo mencionar que el actual contexto reproduce y multiplica en cada segmento de consumidores, aquello que Adorno y Horkheimer (1969) -en referencia a industria cultural moderna- habían calificado como *esquematismo* y *conformismo* estandarizado en forma agravada, dados los formatos de verosimilitud dirigidos focal y calculadamente a los hábitos, emociones. Una psicopolítica que actúa en un nivel preconsciente y prerreflexivo (Han, 2014), con la consiguiente tendencia a la colonización de la subjetividad (Merlín, 2017). La multiplicación de estas islas de información y consumo genera una pérdida de visión holística o de totalidad. La crisis de los grandes relatos; la devaluación de la idea de verdad como ade-

cuación, coherencia, índice o grado de realidad, advertida e incluso a veces celebrada por las filosofías posmodernas, resulta una profecía cumplida en el actual contexto de regímenes de posverdad.

Simulacro y economía política de los signos (Baudrillard, 1976; 1978) a través de los mercados de datos hipersegmentados y especializados, profundamente vinculados a una etapa de la acumulación de capital a escala global, se hacen realidad en el nuevo contexto con consecuencias políticas y jurídicas regresivas, o al menos fuertemente cuestionadoras de las utopías de la sociedad de la comunicación postindustrial.

3.

Lawfare como dispositivo de poder

En ese marco, aparece la novedad de lo que ha sido denominado *Lawfare*. No es novedoso el uso del poder judicial para la persecución de los enemigos políticos, sino el contexto de información y comunicación basado en la posverdad y las articulaciones entre redes sociales, medios de comunicación, fuerzas políticas neoliberales, segmentos del Estado, geopolítica, diplomacia, sectores del poder judicial. Esta conjunción implica más que una mera red que articula nodos en instituciones y actores sociales. Por dos motivos:

1. Articula saberes, órdenes normativos, espacios diversos: verosímiles (*fakenews*), formatos (diversos de comunicación), normatividades sustentadas en fundamentos morales y jurídicos, temporalidades (el vértigo de la difusión de las noticias por redes y medios, el intermedio de los efectos en la construcción de prioridades de agenda, el más dilatado de los procesos judiciales, y el político de los calendarios electorales).

2. Toda esa complejidad y heterogeneidad de instituciones, actores, saberes, tiempos y espacios revelan, vistos en perspectiva, un efecto

estratégico de poder. La deslegitimación de las oposiciones (desde el llano o en el Gobierno) a las políticas neoliberales y a la alineación con los objetivos e intereses de la hegemonía continental.

Por lo tanto, si bien resulta dificultoso identificar un nuevo cosmos, orden o un nuevo complejo Estado/sociedad nítidamente diferenciable, como por ejemplo lo eran en nuestra región las dictaduras militares o Estado burocrático autoritarios de terrorismo de Estado de la época de la doctrina de seguridad nacional, sin embargo, no estamos ante un caos peligroso. Las analogías en las prácticas de uso del poder judicial para deslegitimar alternativas y liderazgos frente al neoliberalismo en Brasil, Ecuador, Bolivia, Colombia, Argentina, Paraguay, etc., revelan que esta articulación es, por lo menos, cósmica.

Estas prácticas que describimos toman coherencia al ubicarlas en un escenario que exhibe un repertorio de acciones posibles para la reproducción de la hegemonía continental en el marco histórico actual, donde *lawfare* se inserta en un conjunto de posibles junto a los llamados golpes institucionales (Honduras, Paraguay o Brasil), o incluso golpes en sentido más tradicional (el caso de Bolivia en 2019/2020), presiones (el intento de desconocer el resultado de las elecciones en Perú 2021), represiones militarizadas y masivas de las fuerzas estatales y/o paraestatales sobre las movilizaciones y organizaciones populares (Colombia, Ecuador y Chile en 2019), desestabilización, bloqueos económicos (Cuba, Venezuela). Por todas estas características venimos insistiendo en calificar a las prácticas de *lawfare* como un dispositivo de poder en el sentido foucaultiano del término (Foucault, 2000; Médici, 2011).

Resumiendo esta comprensión que aplicamos al entramado práctico del *lawfare*, podemos decir que:

1) El dispositivo es una red de relaciones que se pueden establecer entre elementos heterogéneos: discursos, instituciones, espacios, arquitectura, normatividades positivas (leyes, reglamentos, actos

administrativos, sentencias) y morales, enunciados científicos, lo dicho y lo no dicho, lo dicho y el decir.

2) El dispositivo establece la naturaleza del nexo que puede existir entre esos elementos heterogéneos, por ejemplo, en el plano de los discursos como programa institucional, justificador u ocultador de unas prácticas o interpretación racionalizadora de prácticas.

3) Es entonces una formación de elementos heterogéneos pero que responde a una finalidad y unos efectos estratégicos.

4) Una vez constituido, permanece en una tensión de continuidad/ruptura fusionando efectos no previstos, incidencia de coyunturas peligrosas, crisis finales, etc. No hay una predeterminación unívoca, un *a priori* proyectivo de los dispositivos, sino que estos se pueden trazar en su cambio y permanencia, en sus constantes y sus transformaciones, *a posteriori*, por medio de una genealogía que los ubique históricamente en su campo de lucha.

5) Los dispositivos enlazan una cierta forma de relación entre saber, poder y verdad. Construyen regímenes de verdad. Es decir, en la mirada de Foucault, la episteme, las tecnologías de poder y la verdad no pueden sino comprenderse relacionalmente y en contextos.

Esto nos interesa muy especialmente porque los dispositivos de *lawfare* se dan, como vimos más arriba, en el contexto que hemos definido y descrito sintéticamente en sus notas esenciales como de “posverdad” y supone una crisis de las formas de comprender las relaciones entre “derecho” y “verdad”, en especial en el ejercicio del poder judicial penal. Una suerte de “posverdad jurídica procesal”. Para comprender esto, es preciso hacer un mapeo rápido de las relaciones entre “verdad” y proceso judicial. En especial aquellos procesos que instrumentan la función punitiva del Estado. Además, este dispositivo de poder entendido contextual e históricamente se ubica en un marco de asimetrías y hegemonía

continental de agendas diplomáticas tramadas entre la hegemonía regional, sus políticas de seguridad continental, definición de “nuevas amenazas” y contextos de “guerras irregulares”, sus intereses económicos y los regímenes neoliberales de la región. Por ejemplo, típicamente los que se agrupan en el Grupo de Lima. A esto hay que sumarle la presencia de la Secretaría General de la OEA, que actúa en forma sesgada en materia de derechos humanos y democracia, como quedó demostrado en su actuación en la situación previa y posterior al golpe de Estado llevado adelante en el Estado Plurinacional de Bolivia entre 2019 y 2020.

Por otra parte, existe una subdiplomacia de encuentros de formación y diálogo para combatir las “nuevas amenazas” a la seguridad continental como el narcoterrorismo y la corrupción que involucran a jueces y periodistas “independientes”, no obstante empleados de los grandes oligopolios multimediales de la región, que hacen parte importante del dispositivo. Por todo esto existe un marco de hegemonía y geopolítica continental que tiene un repertorio de acciones. Golpes de Estado institucionales, golpes de Estado más clásicos como el de Bolivia, campañas mediáticas, criminalización de la protesta social y de las organizaciones populares, a las que se ha agregado ahora la práctica del *lawfare*.

El colonialismo tardío del dispositivo tiene que ver entonces con todo lo que afecta la autodeterminación democrática de los pueblos de la región, es decir, la deslegitimación y la proscripción de los liderazgos de las organizaciones populares, la criminalización de la protesta social e indirectamente los derechos sociales, culturales y ambientales al desorganizar el campo popular y favorecer regímenes neoliberales.

4.

El problema de la verdad jurídica

Hoy es un lugar común el reconocimiento, como mínimo, de una distancia entre la “verdad real” y la “verdad penal o procesal”, esto es la narración de la verdad construida en los procesos judiciales. Esto abre todo un campo de problemas que son más evidentes y urgentes a la hora de considerar el ejercicio de la punición estatal en los procesos penales. La sospecha acerca de la construcción de un régimen de posverdad jurídico penal como uno de los componentes del dispositivo de poder que estamos denominando *lawfare* justifica una necesaria revisión breve de las posiciones respecto a la relación entre proceso judicial y verdad.

Básicamente la “verdad judicial” está constituida por los hechos probados en la causa a través de distintos medios de prueba disponibles: testimonial, documental, informativa, pericial, constataciones, etc. Y en su caso hasta por la propia declaración indagatoria del imputado (Wlasic, 2010). Una primera forma de aproximación tiene que ver con las posturas centradas en la comprensión. La verdad es siempre una construcción social de sentido que remite a un horizonte de comprensión vinculado al ser en el mundo. Por lo tanto, desde los prejuicios se explican tradiciones comprensivas que hacen que la existencia mundo y sentido sean siempre contextos necesarios de las verdades.

En esta tradición comprensiva, abrevando en la fenomenología husserliana, se ubica Carlos Cossio. El autor de la “teoría egológica del derecho” explica que la objetividad deviene no solamente de una fuerza constrictiva de los hechos verificada científicamente y descrita legalmente que se aplica silogísticamente al caso, siendo el juez la mera “boca de la ley”, en términos del célebre adagio de Montesquieu. En la estela de Husserl, lo objetivo en materia de construcción de la verdad

en el “derecho judicial” viene a ser lo intersubjetivo trascendental. En tanto Cossio, como es sabido, comprende el objeto del derecho y de la jurisprudencia como conducta en interferencia intersubjetiva, la perspectiva no puede ser solipsista. Incluso el juez actúa en un marco institucional que hace que su mirada no sea solitaria, sino que su objetividad se produce en un proceso necesariamente intersubjetivo, como garantía de objetividad. Así las reglas contradictorias, de producción de pruebas, van enlazando la subjetividad del juez en el conocimiento de las posiciones de las partes, de los hechos, del derecho aplicable.

Si no hay intersubjetividad en el punto de vista, nunca vamos a poder hablar de lo objetivo. Y lo objetivo en su desarrollo será aquello que es así para mí, para ti, para todos los demás; siendo claro que este acuerdo posible sobre el objeto presupone la intersubjetividad del punto de vista (Cossio, 1945).

La jurisprudencia orienta en la secuencia comprensiva del sentido de la interpretación de los hechos llevados a juicio en condiciones de analogía, es decir, la predictibilidad y un cierto grado de uniformidad de la jurisprudencia proceden de convenciones implícitas o explícitas entre los jueces (y entre los juristas en general) que dan a las reglas y principios jurídicos determinadas interpretaciones ampliamente compartidas. Pero existen siempre casos no previstos, cambios históricos del mundo contextual que inciden en las valoraciones morales y jurídicas. Existe siempre, dejando todas las demás variables constantes, un margen de potestad de los jueces que hacen a su subjetividad el lugar de todas las posibilidades de equidad en relación con las circunstancias del caso, pero también, como veremos a propósito de los problemas que nos ocupan de arbitrariedad.

Yendo más allá, con una pretensión de superación de la comprensión existencial fenomenológica y hermenéutica (cuyas variantes en detalle exceden el tiempo y objeto de este trabajo), podemos ubicar la teoría discursiva del estado constitucional y democrático de derecho de Jürgen Habermas. El filósofo emblemático de la segunda

generación de la Escuela de Frankfurt supone la “racionalización de los mundos de vida”, donde las pretensiones argumentativas de verdad fáctica, corrección o validez normativa moral o jurídica y sinceridad se potencian a través de la acción comunicativa, esto es la centralidad de esas funciones del lenguaje en la coordinación e institucionalización de las interacciones sociales.

Concretando estas premisas de su “Teoría de la Acción Comunicativa” (Habermas. 1981), en su estudio sobre el derecho y el estado de derecho en términos de una teoría del discurso, que se desarrolla especialmente en “Facticidad y validez” (Habermas. 1998), comprende la democracia constitucional como la institucionalización de espacios de deliberación pública para la creación de normas discursivamente consensuadas y democráticamente legitimadas.

Así, la soberanía popular “posmetáfísica” no puede sino construirse como espacios gradualmente institucionalizados de deliberación y fundamentación de normas. Empezando por la sociedad civil, la participación y la deliberación y la construcción de la agenda y opinión pública por ciudadanías activas e informadas, pasando por las formas de democracia semidirecta, los órganos legislativos que son reinterpretados en términos de espacios de deliberación acerca de las leyes, y sólo subsidiariamente como decisiones de mayorías y minorías; la administración pública reflexiva y abierta cognitiva y deliberativamente a la participación ciudadana y en lo que nos interesa, el poder judicial como poder no de fundamentación, sino de aplicación del derecho legítimo democráticamente consensuado en esos espacios de deliberación pública.

Entonces, “mientras que el legislador, en la interpretación de sus políticas, interpreta y desarrolla derechos, la justicia sólo puede movilizar las razones que le vienen previamente dadas con “el derecho y la ley”, con el fin de llegar a decisiones coherentes en los casos particulares” (Habermas. 1998). Esto vale incluso para los Tribunales Constitucionales (aquí tiene en mente especialmente los

modelos de control concentrado de constitucionalidad). Su función primordial, en la visión de este autor, es garantizar las condiciones de los procedimientos democráticos deliberativos en la formación y la aplicación de las leyes.

Entonces el proceso judicial, para Habermas, participa de la deliberación pública y tiene carácter democrático en tanto se aseguran las características del proceso que institucionalizan la isonomía o igualdad de las partes en la argumentación de los hechos y del derecho, la racionalidad en la producción de pruebas, las posibilidades de apelación para reabrir el debate sobre hechos y derecho, la justificación argumentativa exigente de las sentencias en pretensiones ajustadas al caso. En todas esas instancias y otras, los procesos judiciales deben asegurar la calidad de la comunicación jurídica como pretensiones de verdad fáctica, de validez sobre las normas que se deben aplicar, de equidad en las circunstancias del caso, de racionalidad y razonabilidad de las decisiones judiciales fundadas.

El carácter normativo, no histórico y reconstructivo de la propuesta habermasiana no tiene en cuenta las desigualdades sociales, económicas de poder por las que se producen distorsiones sistemáticas en la construcción y la definición de problemas de la agenda pública, ni la conjunción de intereses económicos y sociales con estructuras de comunicación oligopólicas tan endémicas en la producción cultural e informativa mundial y en especial, en nuestra región. Tampoco tiene en cuenta debidamente los condicionantes a la intersubjetividad de los intérpretes judiciales desde el punto de vista de intereses, prejuicios, condiciones sociales.

En realidad, el optimismo acerca de las condiciones de competencia comunicativa de los sujetos en sociedades tardomodernas hace que termine siendo demasiado entusiasta a la hora de pretender un modelo superador de las objeciones a la subjetividad moderna y esto cabe también para las instituciones, los procesos y las subjetividades de la actividad judicial. De ahí que prácticas como las

que estamos intentando comprender críticamente aquí, de *lawfare*, vendrían a ser dolorosamente desmentidas en condiciones que Habermas tematiza muy escasamente de “comunicación sistemáticamente distorsionada” y de grave afectación del estado de derecho democrático.

La “colonización” de los “mundos de la vida” por los medios de comunicación “deslingüistizados” (dinero y poder) que, en las partes más críticas de su “Teoría de la Acción Comunicativa”, Habermas considera como parte de la dialéctica sistemas/mundo de la vida, son todavía diagnósticos filosóficos en un plano abstracto.

En nuestra región y en los contextos en que se ponen en práctica los distintos aspectos del *lawfare* que estamos analizando, el campo semántico de los términos “colonización”, “colonialismo”, “colonialidad” son mucho más abarcadores, diversos y concretos, como hemos visto al adjetivar así este dispositivo de poder. En las posiciones críticas de la actividad interpretativa judicial se expande la idea de la centralidad del momento de decisión de los jueces, de la amplitud de su potestad en ese momento diferencial que condensa las actividades de conocimiento fáctico y normativas del proceso. Con esa idea de la indeterminación del derecho, sea en el realismo jurídico o en las versiones de la corriente Critical Legal Studies (CLS en adelante), las condiciones contextuales que permiten impugnar la idea de la subjetividad del juez como una suerte de Hércules que sería el agente de conocimiento del derecho aplicable, de la verdad de los hechos y de la equidad en la consideración de las circunstancias del caso, se amplían. También se dilatan las consideraciones acerca de la arbitrariedad y la selectividad social, sexual, racial conscientes o inconscientes en las decisiones judiciales. Para los CLS, por ejemplo, esa indeterminación no proviene apenas de la pluralidad de reglas posibles a los casos concretos, ni solamente de la vaguedad y la ambigüedad del lenguaje jurídico, sino de los conflictos de intereses políticos y económicos que se producen también en el campo jurídico. Es decir, de un grado de politicidad del derecho siempre irreductible (Perez Lledó. 1996).

La criminología crítica, en distintas vertientes de fundamentación, ha desarrollado todo un corpus teórico relativo a estos temas, basada en el análisis del ejercicio judicial del poder punitivo del Estado. En estas posiciones la posibilidad de llegar a una verdad judicial penal aparece claramente devaluada y matizada por la selectividad y la arbitrariedad del proceso de prisionización como medio de control social de los grupos subalternizados.

Como hemos visto, a propósito de la caracterización de las prácticas de *lawfare*, Foucault construye un diagnóstico que nos resulta mucho más útil como caja de herramientas a la hora de comprender la articulación estratégica de la diversa fenomenología que concurre en este dispositivo (posverdad, *big data*, construcción de subjetividades, geopolítica, diplomacia, segmentos del poder judicial y del Estado, regímenes neoliberales). En este marco Foucault propone “deconstruir” el sentido de los regímenes de verdad analizando su nacimiento histórico y su vigencia o desactualización. La etapa arqueológica se vincula principalmente al estudio de las epistemes, mientras que la genealógica vincula saber y poder en dispositivos, y permite entender también la reversibilidad de las luchas.

Donde hay poder, hay resistencias. No obstante, si una investigación acerca de las prácticas llamadas de *lawfare*, pretende ir más allá del diagnóstico, para construir alternativas de superación y garantías de no repetición, de construcción de un servicio de justicia transparente, responsable e imparcial, de afirmación del estado democrático y social de derecho en la región, de obtención de márgenes de autodeterminación que trasciendan la colonialidad, hace falta ir más allá de la descripción minuciosa de los dispositivos que la caja de herramientas foucaultiana nos provee.

Es aquí donde una apuesta por el fortalecimiento de las garantías del debido proceso, apuestas sólidas, no ingenuas por la posibilidad relativa de construir verdades procesales y limitar la arbitrariedad y utilización del poder judicial como arma política, pensada en contexto histórico de procesos posneoliberales en la región, requiere

recuperar las dimensiones del garantismo, pero en el marco de una suerte de “contradispositivo de poder”, o mejor un dispositivo de empoderamiento democrático para construir un servicio de justicia propio de un estado social de derecho.

Para eso repasaremos brevemente los postulados cognoscitivistas de Luigi Ferrajoli para ubicar su utilidad, no absoluta, no como cierre, sino para abrir problemas y aspectos específicos con vistas a superar los contextos y prácticas de *lawfare*. En “Derecho y razón” (1998), el autor define el garantismo como “un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar [...] el máximo grado de racionalidad y fiabilidad del juicio y, por lo tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad”. Este modelo consta de dos elementos fundamentales constitutivos:

a) La definición estricta, concreta, taxativa de la conducta no deseada por una convención expresada formalmente en la ley penal (en sentido formal) en forma típica, de forma tal que se punan conductas y no categorías de personas en forma arbitraria y/o discriminatoria. Se trata, dice Ferrajoli, en el convencionalismo penal, de una concepción al mismo tiempo nominalista y empirista de la desviación punible, que remite a las únicas acciones taxativamente denotadas por la ley excluyendo de ella cualquier connotación ontológica, o extralegal. De esta forma, la ley sólo puede calificar penalmente relevantes comportamientos específicos empíricos determinados, identificables con exactitud y adscribibles a la culpabilidad de los sujetos. A esto lo denomina criterio de estricta legalidad de la ley penal. Por lo tanto, las leyes penales sólo pueden ser regulativas, no constitutivas de los delitos.

b) Comprobación en proceso judicial de los derechos y de los hechos de forma racional a través de las garantías procesales. Aquí aparecen las notas de cognitivismo penal y estricta jurisdiccionalidad, en la desviación concreta de la conducta punible, relacionada a razo

nes de hecho y de derecho, a través de dos condiciones: la verificabilidad o la refutabilidad de las hipótesis acusatorias en virtud de su carácter asertivo y su prueba empírica en virtud de procedimientos que permitan verificar o refutar la imputación.

Es decir, para que el delito no sea constituido en vez de regulado, no alcanza que esté previsto por reglas de comportamiento. Los comportamientos adjetivados: “asociación ilícita”, “traición a la patria”, “acto obsceno”, “resistencia a la autoridad”, corresponden a figuras delictivas “en blanco”. Dada la indeterminación de sus definiciones legales, remiten mucho más que a pruebas, a valoraciones discrecionales de los jueces que de hecho convierten en vano tanto el principio formalista de la legalidad como el empirista de la actualidad de la desviación punible.

Para satisfacer la legalidad y la jurisdiccionalidad, tanto la ley como el juicio penal deben tener carácter reconocitivo y cognoscitivo respectivamente, de las normas y los hechos por ellas regulados. Además de la estricta legalidad del tipo penal taxativo (aquí es preciso recordar siempre, máxime en contextos de punitivismo y *lawfare*, que se trata de la descripción unívoca de un hecho denotado como delito, por la ley y por la hipótesis de acusación que resulte susceptible de prueba o de confutación judicial -*nullapoena et nulla culpa sine iudicio*-. Para que el juicio penal no sea convincente, sino basado en control empírico, las hipótesis acusatorias deben ser sometidas a verificación y expuestas a refutación, convalidadas sólo si se apoyan en pruebas y contrapruebas -*nullumiudicio sine probatione*-. De ahí se deriva un modelo normativo exigente del proceso penal como proceso de cognición o comprobación. Tiene el carácter de un proceso de tipo inductivo, que excluye las valoraciones lo más posible y admite solo aserciones o negaciones -de hecho o de derecho- de las que sean predicables la verdad o falsedad procesal -*veritas non auctoritas facitiuditium*-.

Por eso para Ferrajoli, la actividad jurisdiccional penal se debe entender como *ius dicere* y no *ius dare*. Por lo tanto, diferente de la actividad gubernativa, administrativa, legislativa, motivada por aserciones con pretensión de veracidad y por prescripciones. De ahí que básicamente en su perspectiva consista en un (re)conocimiento de la ley y un conocimiento de los hechos. Todo esto para ir a nuestro foco: entonces una justicia penal debe ser, en alguna medida, relevante, con “verdad”, basada sobre juicios penales cognoscitivos (de hechos) y reconocitivos (de derecho). Basarse en la certeza y no en la arbitrariedad. Pero el propio Ferrajoli reconoce que este es un modelo límite, ideal no totalmente realizable. Tanto lo “verdadero”, como la “verdad” exigen decisiones dotadas de márgenes relativos de discrecionalidad (Ferrajoli, cit., p.38). Entre el logocentrismo del modelo ilustrado de aplicación de la ley por su “boca” que es el juez como mero acto de (re)conocimiento legal y fáctico, que deviene utópico y el relativismo con decisión de reducir la aplicación de la ley penal a un acto arbitrario de voluntad y ejercicio del poder, Ferrajoli ubica un cognoscitivismo posible en un marco de tensión. Una forma de relación entre verdad y formas jurídicas (Foucault, 1996) que reduzca el ejercicio arbitrario del poder desde la aproximación a una construcción jurídica de la verdad, que todavía apuesta por la racionalidad y el conocimiento. En ese camino liga las garantías procesales al proceso de conocimiento como vínculos al ejercicio del poder de juzgar para reducir su árbitro.

Actividad judicial que se califica entonces en una mirada abarcadora como “poder” judicial, mantiene espacios de poder específicos que vale tener en cuenta y enumerar porque es su exorbitación, o dilatación, la que genera la arbitrariedad, la discriminación y el autoritarismo en el ejercicio de la función judicial en general, y en lo que a nuestro problema respecta, es decir, las prácticas que han sido convencionalmente denominadas como *lawfare*. Los ámbitos de poder específicos de la actividad judicial tienen que ver entonces con: el poder de denotación que hace a la interpretación jurídica; el de comprobación probatoria que hace a la verificación fáctica; el

de connotación, donde entran los factores de equidad vinculados a las circunstancias de casos, y finalmente, el poder de disposición, es decir, el enmarcamiento y la valoración ético-política.

Estos espacios de “poder”, que hacen al poder judicial un poder del Estado, nos recuerdan que el modelo garantista ilustrado en su versión clásica tiene carácter ideal y hasta utópico. Pero, afirma Ferrajoli que no impiden que dicho modelo, convenientemente redefinido, puede ser satisfecho en mayor o menor medida según las técnicas legislativas y judiciales adoptadas. Al mismo tiempo, es necesario distinguir en su inaplicación los límites intrínsecos, es decir, los márgenes imprevisibles de opinión en la interpretación de la ley, en la argumentación de las pruebas y en la valoración de la especificidad de los hechos, de aquellos que son resultado de la arbitrariedad, en el terreno legislativo y judicial y que son por lo tanto identificables y evitables, como los que surgen de prácticas de *lawfare* y análogas.

En especial pensando en el poder de disposición vinculado a esas prácticas que motivan esta investigación, resulta, al decir de nuestro autor, un producto patológico de desviaciones y disfunciones políticamente injustificadas de los tres primeros tipos de poder: de denotación jurídica, de verificación fáctica y de connotación. Justamente por eso, el poder de disposición arbitrariamente ejercicio tiende a romper el vínculo que existe entre el conjunto de técnicas de definición y de comprobación de los presupuestos de la pena encaminadas a reducir todo lo posible el poder judicial arbitrario y a satisfacer el modelo garantista siquiera parcial y tendencial.

La afectación del postulado de estricta jurisdiccionalidad tiende a la acentuación hasta los límites de la arbitrariedad del poder de etiquetamiento y de inquisición del juez, desvinculado de criterios rígidos y ciertos de calificación penal. De esta forma, el juicio penal degenera en juicio sin verdad: no motivado por juicios de hecho, es decir, por aserciones verificables o refutables, sino por juicios de valor no verificables ni refutables, dado que por su naturaleza no

son verdaderos ni falsos. No basados en procedimientos cognoscitivos y, por ello, no expuestos a controles objetivos y racionales, sino a decisiones potestativas, no realizado mediante reglas de juego (como la carga de la prueba y el derecho de defensa) que garanticen la “verdad procesal”, sino confiado a la sabiduría de los jueces y en la “verdad sustancial” que ellos poseen. Por eso las prácticas de *lawfare* se vinculan con lo que Ferrajoli denomina el “juicio penal potestativo”, de naturaleza autoritaria por oposición al cognoscitivo, de carácter al menos tendencialmente garantista de la libertad e igualdad de las personas.

Se trata entonces siempre del ejercicio del poder judicial penal como un saber/poder tensionado entre dos epistemologías judiciales distintas; en los extremos de esa tensión encontramos una justicia penal como verdad absoluta que constituye una utopía. Pero también un horizonte al cual tendencialmente un servicio de justicia en una sociedad democrática debe siempre tender a acercarse, satisfaciéndolo en el mayor grado posible. En el otro extremo, una justicia penal “sin verdad” nos lleva por un camino que desciende a formas arbitrarias y autoritarias. Sendero en el que encontramos, sin duda, las prácticas que han sido denominadas como *lawfare*. Resumiendo, podríamos contrastar algunas de las características de un modelo penal garantista y cognoscitivista propio del servicio de justicia en una sociedad que se pueda adjetivar como estado democrático y social de derecho y otro propio del modelo potestativo arbitrario en el que, sin duda se ubican las prácticas de *lawfare*.

Cuadro 1:

Comparativa conceptual entre Cognoscitivismo y Decisionismo	
COGNOSCITIVISMO	DECISIONISMO
Comprobación	Valoración
Prueba	Inquisición
Razón	Voluntad
Verdad	Poder

Más allá de las posiciones teóricas sobre la verdad jurídica, siempre se debe tener en cuenta el contexto histórico político que incide en la comprensión y en la práctica del campo jurídico en forma inevitable. Por lo tanto, un cognitivismo jurídico formal puro es, como explica Ferrajoli, imposible. Existen márgenes insuprimibles, aunque reductibles, controlables, de opinión de la verdad jurídica. El modelo cognitivista racional formal, articulado prácticamente por las garantías procesales, funciona como un horizonte hacia el cual la práctica jurídica se acerca más o menos en cada caso. Si bien todas las posturas revisadas brevemente en los marcos de este trabajo en torno a la construcción de la verdad jurídica procesal reconocen un modelo al cuál las experiencias reales e históricas concretas se acercan más o menos.

De entre ellas, preferimos dejar de lado las posiciones demasiado optimistas, también las abiertamente escépticas, que instrumentalizan las formas jurídicas en función de las posiciones de clase, sexo, etc., de los jueces, o que niegan filosóficamente la verdad en derecho, porque sería una de las grandes narrativas y promesas incumplidas de la modernidad. Estas perspectivas nos dejan con gran capacidad de diagnóstico crítico, pero indefensos prácticamente frente a la realidad de los contextos de *lawfare* que sufrimos.

Por eso aquí haremos un intento de asumir el garantismo en forma controlada dentro de un contexto más amplio que remite a la tarea de reversión del dispositivo *lawfare*. Así como este es heterogéneo, también los tiempos y lugares de su necesaria reversión involucran esfuerzos que trascienden la forma de construcción de la verdad jurídico-procesal. Requiere pensar los formatos constitucionales, la arquitectura institucional del poder judicial, las garantías del derecho humano a la comunicación activa y pasiva y el acceso a la información en contextos estructurales de posverdad, concentración mediática y utilización de las redes sociales con base en *big data* y *fakenews*. Se trata de un modelo que, puesto en contexto y vinculado a las mejoras y controles rigurosos en el proceso de selección de los

jueces (en el caso argentino empezando por los federales), en el no menos riguroso control de las formalidades exigidas para el traslado de jueces entre fueros, instancias y competencias territoriales, en la transparencia y responsabilidad de los vínculos formativos de los y las magistrados/as con instancias diplomáticas, fundaciones, en la incompatibilidad de la función judicial con vínculos estrechos con los gobiernos de turno, en el control y la transparencia de sorteos de causas para evitar “fueros de atracción” personalizados en determinados juzgados, puede aportar a un control y reducción de las arbitrariedades en el poder judicial federal.

Nuestra hipótesis es que el paradigma de posverdad jurídica en América Latina y en Argentina, si bien puede tener análogos en otros momentos históricos, no se puede entender sino en el marco de un dispositivo de poder. Más aún, de colonialismo del poder. Por eso aquí estamos apenas tocando un aspecto específico del problema que tiene que ver con las garantías judiciales como control y reducción de la arbitrariedad en el ámbito judicial. Por supuesto revertir el dispositivo requiere mucho más: cambiar los vínculos entre poder económico, poder político y poder judicial; deshacer el corporativismo de segmentos del poder judicial, que observe y controle en estricta legalidad los vínculos del judicial con segmentos de los aparatos y agencias del Estado (inteligencia, seguridad), etc. Pero parte del empeño tiene que ver con las condiciones de construcción de la verdad jurídica procesal y las dimensiones nuevas que la experiencia social traumática del *lawfare* como afectación del Estado constitucional y de la democracia exigen en la consideración del derecho a la verdad.

Por eso, como ejemplo de la potencialidad de seguir tendencialmente prácticas institucionales judiciales vinculadas a la garantía jurídica y al cognoscitivismo, queremos contraponer otra experiencia que ha sido emblemática para Argentina y para América Latina donde fue posible satisfacer criterios éticos y jurídico-formales de justicia para llegar a una verdad jurídica válida en términos de

derecho y legitimizar, en términos de una sociedad democrática, los procesos de memoria, verdad y justicia frente a los delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura militar.

5.

Procesos de memoria, verdad y justicia

El ejemplo de los procesos de memoria, verdad y justicia (MVJ) demuestra la importancia de los contextos de cultura jurídica, la isonomía de las partes y la imparcialidad de los/as jueces no se sostienen solamente en reglas de conocimiento del positivismo legal, sino también en una dimensión ética (Lora.2019, p.289) que al hacerse compartida socialmente articula a los operadores jurídicos con la voluntad social en el aspecto fundamental que hace a la convivencia democrática.

Es decir, la importancia de las garantías penales y procesales se potencian si ubicadas en un proceso más complejo y abarcador que en un contradispositivo comprenda, genealógicamente, las disputas y luchas sociales, en este caso primero a través del conjunto de organizaciones que integran el movimiento de derechos humanos, empezando por los y las familiares de las víctimas (madres, abuelas, hijos, nietos) y luego la asunción por parte del Estado de su responsabilidad y deuda en forma de una política pública coherente de derechos humanos y MVJ.

En el caso de los procesos MVJ, se abrió la posibilidad de elaborar un duelo y dejar atrás los períodos y acontecimientos inusuales. Esto exige o supone la rigurosa puesta en práctica de las reglas del debido proceso frente a los ofensores. Ni actos de venganza o castigo social por medio de la arbitrariedad en la interpretación jurídica o en la comprobación de los hechos, sino la relevancia de las garantías del debido proceso penal y de los derechos humanos a los efectos de la construcción de la verdad del conocimiento de los hechos inusua-

les y su encuadramiento jurídico. La complejidad de los problemas que abordamos, se ejemplifica en la coexistencia actual de las prácticas de *lawfare* con la continuidad de los procesos judiciales MVJ a los militares y civiles responsables y cómplices de delitos de lesa humanidad durante el Proceso de Reorganización Nacional. Mientras las primeras se vinculan a la deslegitimación social de las instituciones, los segundos fueron y son el contraejemplo, y ello pese a que *lawfare* proyecta una amplia y negra sombra sobre la institucionalidad judicial y constitucional en su conjunto, que se mezcla con la “grieta”, los intereses económicos, mediáticos, los discursos de odio y las retóricas político partidarias.

6.

El lugar de la verdad en una perspectiva jurídica crítica

La experiencia de los procesos MVJ es ejemplar y contrasta con las prácticas *lawfare* porque “ubica” garantismo y cognoscitismo judicial en un contexto más amplio, donde el derecho no puede desentenderse de su carácter de mediación necesaria pero históricamente contingente de proyectos sociales. En efecto, la construcción de la verdad antes retaceada o negada en torno a la experiencia traumática del terrorismo de Estado, no es sólo orientada al pasado y a la memoria social, no se reduce a una condición y garantía de no repetición, sino que fue, y es, la reivindicación de toda una generación que creía y actuaba en la transformación profunda de las estructuras de injusticia.

La elaboración social de ese duelo, la construcción de la memoria, proyectan hacia el presente y el futuro porque si la responsabilidad y la punición de los culpables y cómplices de la dictadura cívico militar es un proceso actual, la remoción de las estructuras de desigualdad social, de injusticia social continúa como asignatura pendiente. Por lo tanto, los procesos de MVJ nos recuerdan hoy que el conflicto

sigue instalado en el presente, en nuevos formatos de antagonismo social. No cabe duda de que el contraejemplo al *lawfare* que suponen estos procesos nos recuerda constantemente que la contradicción entre proyectos elitistas neoliberales y campo popular en Argentina sigue dolorosamente vigente, junto a la deuda social. Se trata de proyectos antagónicos que requieren de mediaciones jurídicas contradictorias.

La dimensión clasista, racista, sexista y elitista de las prácticas de *lawfare*, la criminalización de las organizaciones populares y sus liderazgos, la desorganización del campo popular, requieren de una mediación jurídica que construye arbitrariamente una posverdad jurídica procesal en Argentina y varios cuadrantes de nuestra región con efectos sociales terribles en el plano político económico. Los ejemplos de Brasil, Ecuador, y el período 2015-2019 en nuestro país son demostrativos de la pérdida de autodeterminación de nuestros pueblos y el retroceso en materia de derechos humanos paralelos a las prácticas de *lawfare* por regímenes neoliberales, retrocesos que *van necesariamente acompañados* de las tentativas de relativización o negación de las prácticas de terrorismo de Estado, del intento de desprestigio a las organizaciones populares de derechos humanos, y de su persecución y criminalización. Atentados a la construcción de la memoria, de la verdad y de la justicia. Lo excesivo en contextos de neoliberalismo y como condición de las prácticas de *lawfare*, de lo que Ferrajoli denomina el “poder de disposición judicial” produce esa utilización política del poder judicial para deslegitimar y si es posible proscribir electoralmente los movimientos y organizaciones populares que proponen y experimentan alternativas al neoliberalismo. Los casos de liderazgos políticos más conocidos (Lula, Rafael Correa, Cristina Fernández de Kirchner, Milagro Sala, etc.) son el vértice de un iceberg que incluye la criminalización de la protesta social de las organizaciones populares que son desorganizadas y deslegitimadas, como por ejemplo el Movimiento Tupac Amará o las comunidades mapuches en el caso argentino.

7.

Pendientes: Nuevas dimensiones del derecho a la verdad

Aquí abrimos una serie de problemas que quedan planteados y pendientes para revertir del dispositivo de poder colonial que convencionalmente se denomina *lawfare*, pero que queremos articular en torno a la consideración actualizada del derecho a la verdad. Si bien el derecho a la verdad tiene sus antecedentes y su fundamento en la pretensión de los familiares de las víctimas de terrorismo de Estado y de la sociedad en su conjunto de conocer los contextos y hechos concretos en que se ejerció la violencia y los afectados fueron desaparecidos o asesinados; hoy, en el contexto de devaluación verídica que vivimos, ese derecho tiene que ver con las víctimas de prácticas judiciales arbitrarias, de campañas de difamación orquestadas por medio de diversos soportes o canales, y de la ciudadanía en su conjunto sobre temas de la agenda pública que son sensibles para la calidad de la vida democrática y las garantías del Estado constitucional.

Ante las formas contemporáneas de violencia política extrema, represión estatal y vulneración sistemática de los derechos humanos, la preservación, la reconstrucción y el cultivo de la memoria histórica parecen una condición indispensable para evitar que se redoble simbólicamente la infamia mediante la charlatanería revisionista, los pactos de silencio oficiales, o bien el control mediático de la agenda pública. Pese a las discusiones sobre su estatuto jurídico, el derecho a la verdad sobre violaciones graves de los derechos humanos se ha ido consolidando como un derecho autónomo e inalienable, cada vez más reconocido en tratados, resoluciones e instrumentos internacionales.

No en vano, en algunos contextos sociohistóricos de transición, tras regímenes dictatoriales que vulneraron de modo sistemático los derechos fundamentales e impusieron cínicamente doctrinas ideológicamente fabricadas, se ha reivindicado actualmente el derecho a la verdad, entendido como un tipo de derecho fundamental autónomo que permite investigar el destino de las víctimas de la represión estatal o la violencia política y, así, resulta decisivo para restaurar la paz, evitar la impunidad y mantener viva la memoria colectiva. La reivindicación de un derecho a la verdad se puede remontar al derecho internacional humanitario y, concretamente, al reconocimiento por parte la Convención de Ginebra, en 1949, de que las familias de las víctimas de un conflicto bélico tienen derecho a conocer la suerte de sus familiares. Desde los años 70, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido progresivamente el derecho a la verdad, al establecer la obligación de que los Estados investiguen las violaciones masivas de derechos fundamentales asociadas a tortura, ejecución extrajudicial y desaparición forzosa; pero, además, juzguen a sus responsables, promuevan medidas de reparación y garanticen la preservación de la memoria colectiva. Aunque inicialmente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos resaltó la dimensión individual del derecho a la verdad –esto es, un derecho de los familiares a saber qué pasó y un derecho de la víctima a que se escuche su testimonio y se reconozca su padecimiento–, ha ido ganando terreno la interpretación del derecho a la verdad como derecho fundamental colectivo, en el cual está en juego el reconocimiento social de las violaciones de derechos humanos, la intervención del Estado para garantizar la aclaración pública de los hechos, las acciones contra los responsables, la reparación respecto a las víctimas y la preservación de la memoria, de manera que no se repitan las formas extremas de vulneración de los derechos humanos, la violencia política y la represión estatal.

El derecho a la verdad se congloba con otros derechos humanos: el derecho a la justicia y al reconocimiento social de la verdad; el derecho a las garantías judiciales, a un debido proceso y al conocimiento

fundado de lo sucedido; el derecho a la protección judicial y el respeto a la dignidad de la persona humana; el derecho a la libertad de expresión, ante la necesidad de conocer públicamente hechos desvirtuados oficialmente, así como el derecho a la información, para tener acceso a archivos y testigos.

La verdad resulta fundamental para el conocimiento colectivo y para la prevención histórica, por eso el derecho a la verdad se ha asociado a los principios del Estado de derecho y a las exigencias de transparencia y responsabilidad democrática. De todas estas consideraciones surgen nuevas dimensiones actuales del derecho a la verdad tanto en su faz personal como en la colectiva. La utilización del poder judicial como herramienta de persecución política, violando las garantías del debido proceso, fundamentada en el combate a la corrupción, actualiza el derecho a la verdad.

Porque el contexto y las prácticas de lo que convencionalmente ha sido denominado *lawfare* construyen un estado de posverdad jurídica procesal que afecta directamente los derechos que hacen al debido proceso, pero también los derechos políticos y cívicos de autogobierno democrático, e indirectamente, al ser una herramienta que se usa en contextos neoliberales, los derechos económicos sociales culturales y ambientales.

El conocimiento de la verdad de los hechos adjetivados como corrupción, empezando por su existencia o inexistencia, de la verdad acerca de los vínculos espurios entre segmentos del poder judicial y del poder político y económico concentrado, la garantía de un contexto de comunicación e información que permitan la participación y la deliberación democráticas, son aspectos que renuevan la actualidad y la urgencia del reclamo del derecho a la verdad. Estas nuevas dimensiones del derecho a la verdad y el ejemplo de los procesos de MVJ muestran que los proyectos de justicia social y democracia del campo popular exhiben una suerte de tensión virtuosa entre sustancia y forma jurídica, ya que la punición de los responsables mili

tares y civiles del terrorismo de Estado requiere de las garantías del debido proceso, del cognoscitivismo de la verdad sobre hechos aberrantes y derechos infringidos. Precisan por lo tanto superar visiones escépticas acerca de la posibilidad de construcción de verdades jurídicas y procesales. Estas no son solamente problemas de formalidades jurídicas, sino que resultan sustanciales para la construcción de la autocomprensión social, para la calidad de la deliberación democrática, la participación de las organizaciones populares y el ejercicio activo de las ciudadanías.

Mientras que los proyectos elitistas, neoliberales, más allá de su apropiación y uso retórico del campo semántico del “republicanismo”, requieren de la persecución penal arbitraria y deslegitimadora de las organizaciones y liderazgos del campo popular, negando la posibilidad de procesos judiciales que permitan conocer la verdad casuística y contextual. Requieren entonces, además del contexto cultural de posverdad, de la construcción de una posverdad judicial. Requieren instrumentalizar el derecho y negar umbrales básicos de garantías de derechos. Suponen contextos de empobrecimiento del debate público donde puedan proliferar los discursos de odio, las estrategias de construcción de enemigos públicos en torno a los que se genera el espectáculo político de los rituales judiciales.

De ahí la importancia de recuperar en este contexto las dimensiones del derecho a la verdad.

Referencias bibliográficas.

- Adorno, T., Horkheimer, M. (1969) *Dialéctica del iluminismo*. Sudamericana
- Baudrillard, J. (1974). *Crítica de la economía política del signo*. Siglo XXI eds.
- Baudrillard, J. (1978) *Cultura y simulacro*. Kairós.
- Cossio, C. (1945) *El derecho en el derecho judicial*. Losada.
- Ferrajoli, L. (1998) *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta.
- Foucault, M. (2000) *Defender la sociedad*. Buenos Aires. FCE.
- Foucault, M. (1996) *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa.
- Habermas, J. (1990) *Teoría de la Acción Comunicativa (II). Crítica de la razón funcionalista.* Taurus.
- Habermas, J. (1998) *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trotta.
- Han, B, C. (2014) *Psicopolítica*. Herder.
- Harsin, J. (2015) *Regimes of post-truth, postpolitics, and attention economies. Communication, culture and critique*,8 (2).
- Lora, D. H. K. (2019) *Subjetividade e imparcialidade no proceso penal*. Tirant Lo Blanch.
- Médici, A. (2011) *El malestar en la cultura jurídica. Ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos*. EDULP.
- Merlín, N. (2017) *Colonización de la subjetividad. Los medios masivos en la era del biomercado*. Letra Viva.
- Pérez Lledó, J. (1996) *El movimiento Critical Legal Studies*. Ténos.
- Wlasic, J. C. (2010) *Memoria, verdad y justicia en democracia*. EUDEM.

4.

Lawfare y contexto histórico: EE. UU. y la construcción paulatina del marco normativo e institucional para la lucha contra la corrupción

Larissa Ramina *

* Profesora de Derecho Internacional en la Universidad Federal de Paraná (UFPR) en cursos de grado y posgrado. Coordinadora de Iniciación Científica y Tecnológica de la Pro-Rectoría de Investigación y Posgrado de la UFPR. Posdoctorado en la Université Paris Ouest Nanterre La Défense (2016) con financiamiento de CAPES (Programa Estágio Sênior no Exterior). Profesora Permanente del Programa de Maestría en “Derechos Humanos, Desarrollo e Interculturalidad” de la Universidad Pablo de Olavide (España). Miembro del Instituto Joaquín Herrera Flores (IJHF), de la Asociación Brasileña de Juristas por la Democracia (ABJD), del Grupo Prerrogativas y del Consejo Latinoamericano de Justicia y Democracia (CLAJUD).

1.

Introducción

La securitización de la lucha contra la corrupción

La bandera anticorrupción para combatir “el mayor mal de América Latina” es enarbolada desde el siglo pasado por instituciones como el Banco Mundial (BM), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) (*United States Agency for International Development*)¹. No por casualidad, se trata de instituciones que siempre han defendido el neoliberalismo como la única alternativa posible en América Latina, a través de los famosos ajustes estructurales iniciados en la década de 1980.

Estas instituciones entienden la lógica privada o empresarial como la solución a todos los problemas políticos, y por ello tenían y siguen teniendo como objetivo -no siempre traslucido, obviamente- la deslegitimación de la esfera pública, asociada a la corrupción y la ineficiencia, y la sobrevaloración de la esfera privada, que se considera equivalente a la transparencia y la eficiencia. Esta narrativa cobró impulso con la llegada de los gobiernos progresistas a la región, cuando los medios hegemónicos enarbolaron la bandera anticorrupción contra estos gobiernos y contra el aparato estatal en general. Al final de la primera década del siglo XXI, el discurso de la corrupción -vista como “sistémica” y “endémica”- se consolidó como el principal de los males de América Latina, incluso más dañino que el terrorismo y el narcotráfico, en la medida en que sería responsable del debilitamiento de los gobiernos y su consecuente vulnerabilidad ante las acciones del terrorismo y el narcotráfico y, luego, del deterioro de la democracia misma. Silvina Romano señala que “medios masivos, voces expertas de *think tanks*² y ONG destinaron tiempo, análisis, informes y opiniones en las redes sociales y medios

hegemónicos afines sobre este fenómeno que se muestra como un ‘cáncer’ que carcome las bases de la democracia³”. Así lo definen, por tanto, desde la prensa internacional y los *think-tanks* del *establishment*, hasta muchas agencias estadounidenses.

En este sentido, la Estrategia Anticorrupción de USAID (*USAID Anticorruption Strategy*) destaca que “la pobreza, las instituciones débiles y la corrupción pueden hacer que los Estados sean vulnerables a las redes terroristas y los carteles de la droga, y argumenta que los esfuerzos para abordar estos desafíos en los países en desarrollo pueden contribuir directamente a la seguridad nacional de EE. UU.”⁴.

Por su parte, el Comando Sur de EE. UU. – SOUTHCOM (*United States Southern Command*⁵), en su Estrategia del Comando Sur de los Estados Unidos (*United States Southern Command Strategy*⁶), que ha sido actualizada para 2019 y está vigente a la fecha, denominada “Promesa Duradera para las Américas”, equipara la corrupción con otras amenazas a la seguridad y estabilidad nacional de EE. UU., y la trata de la misma manera. El documento ubica a la débil gobernabilidad y la corrupción como los desafíos más importantes en la región, ya que son responsables de permitir que las amenazas crezcan y creen oportunidades para que actores estatales regionales y externos malignos amplíen su influencia, aumentando la vulnerabilidad a choques ambientales y desastres naturales⁷.

En consecuencia, muchos investigadores han advertido sobre el fenómeno de la “securitización” de la lucha contra la corrupción, lo que explica por qué, en los últimos años, la iniciativa de investigación y sanción judicial contra las principales manifestaciones de corrupción nacional y transnacional en América Latina se ha centrado en EE. UU. y bajo su jurisdicción. Por otro lado, ha habido una injerencia indebida, por no decir criminal, de las agencias estadounidenses en los sistemas de justicia de los países de la región. Esta es la estrategia que convencionalmente se denomina “*lawfare*”, que literalmente significa guerra judicial, y que se sitúa en el contexto

de la llamada guerra no convencional o guerra híbrida, cuando las intervenciones militares comienzan a dar paso a intervenciones no militares. Este proceso se da principalmente a partir del siglo XXI.

Las ideas sobre la guerra no convencional aparecen en documentos estadounidenses como la Estrategia de Defensa Nacional de 2005 (2005 *National Defense Strategy of the United States of America*⁸); y las Fuerzas Especiales de Guerra No Convencional (*Special Forces Unconventional Warfare*⁹), documento del Ejército de EE. UU. conocido como TC 18-01, 2010.

Más recientemente, en el documento titulado Estrategia de Seguridad Nacional de EE. UU. De 2017 (*National Security Strategy of The United States of America*), adoptado bajo el gobierno de Donald Trump, se expresa y apremia la preocupación por la lucha contra la corrupción, tanto que la palabra corrupción no aparece menos de catorce veces en el texto¹⁰. En resumen, este documento expresa preocupación por funcionarios extranjeros corruptos; la estrategia de cooperación internacional para combatir la corrupción; el uso de herramientas económicas que incluyen sanciones, medidas contra el lavado de dinero y anticorrupción, así como acciones coercitivas; apoyo a los esfuerzos locales para profesionalizar a la Policía y otras fuerzas de seguridad, así como a las reformas judiciales; y mejorar el intercambio de información para atacar a los delincuentes y líderes corruptos y detener el tráfico ilícito. La Estrategia de Seguridad Nacional 2017 muestra claramente una alarmante preocupación por la lucha contra la corrupción, y es claro que la instrumentalización de este discurso sirve cada vez más a fines de seguridad nacional en el ámbito de la llamada guerra no convencional, es decir, la guerra que no hace uso de dispositivos militares.

2.

Contexto histórico: caso Watergate, guerra contra las drogas y corrupción transnacional

Una mirada a la perspectiva histórica muestra cómo tanto el marco legal estadounidense como el marco legal internacional para el combate a la corrupción fueron contruidos a partir de fines del siglo pasado, y que también posibilitaron intensos esquemas de cooperación internacional. Como resultado, las líneas entre las investigaciones de corrupción nacionales y extranjeras se han desdibujado a medida que los operadores legales intercambian información y cooperan con las investigaciones en otros países.

En términos normativos, la primera legislación estatal en tipificar como delito el soborno transnacional fue la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero - FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*), adoptada en EE. UU. en 1977. A nivel internacional, el primer tratado en adoptarse fue la Convención Interamericana contra la Corrupción de la OEA de 1996, a la que se siguió la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE de 1997 y, finalmente, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003.

En el origen de todo el abordaje de la corrupción de servidores públicos extranjeros, o la llamada “corrupción transnacional”, se encuentra el famoso caso *Watergate*. El caso mencionado, también conocido como el Escándalo *Watergate*, fue un episodio de espionaje político que culminó con la renuncia del entonces presidente estadounidense Richard Nixon, del Partido Republicano, en 1974.

El caso tuvo lugar durante la campaña presidencial de 1972, en la que Nixon resultó reelegido. El detonante del escándalo fue un presunto robo a la sede del Partido Demócrata en el complejo de edificios *Watergate* en Washington. *Watergate* era un centro de lujo donde se ubicaba la sede del Comité Nacional del Partido Demócrata-

ta, donde cinco hombres fueron detenidos tras irrumpir en el lugar, intentar fotografiar documentos e instalar dispositivos de escucha. A pesar de las extrañas características del presunto robo, el caso no recibió mucha atención pública y Richard Nixon se postuló y ganó las elecciones contra el demócrata George McGovern.

Así, la posterior investigación del caso revelaría la implicación de altos servidores de la Casa Blanca, culminando con la renuncia del presidente Richard Nixon. De hecho, los periodistas del *Washington Post* Bob Woodward y Carl Bernstein se dedicaron a investigar el caso y recibieron información anónima de un miembro del Buró Federal de Investigaciones – (*Federal Bureau of Investigation* - FBI), la policía federal en EE. UU. En ese momento, el informante anónimo fue apodado “garganta profunda”. Los periodistas llegaron a la conclusión de que la oficina de campaña de Nixon había llevado a cabo un plan de sabotaje y espionaje que le dio una gran ventaja en la carrera presidencial. A partir de ahí, el caso recibió mucha atención mediática y mucha presión de la opinión pública. El 7 de febrero de 1973 se creó una Comisión del Senado, de mayoría demócrata, para investigar las denuncias de la prensa. La investigación del Senado duró desde marzo de 1973 hasta junio de 1974 y, entre otros abusos, se constató que los responsables de la campaña de reelección, con la participación del propio Nixon, formaron un equipo de espías políticos al servicio de la Casa Blanca; realizaron escuchas clandestinas a los adversarios; malversaron dinero; robaron documentos confidenciales; recibieron fondos de campaña a cambio de favores para las empresas; además de entorpecer las investigaciones. Por lo tanto, se hizo evidente que Nixon y su equipo habían atacado la democracia estadounidense, lo que indicaba un proceso de juicio político. Así, el 9 de agosto de 1974, el entonces presidente hizo pública su renuncia. Luego, el vicepresidente Gerald Ford asumió el cargo y otorgó amnistía a Nixon por los crímenes que cometió. El caso llamó la atención mundial sobre todo por la fragilidad de los controles en EE. UU. en relación con el uso de la maquinaria estatal a favor de los intereses privados de los agentes públicos.

En el mismo período, el dinero ilícito comenzó a preocupar a las autoridades estadounidenses, supuestamente por apoyar el crecimiento de mafias, grupos terroristas y narcotraficantes. En respuesta, en 1970 se aprobó la Ley de Organizaciones Corruptas e Influidas por Extorsión, o la Ley RICO (*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*, ou), en traducción libre. Como sanciones, este diploma incluía hasta 20 años de prisión, fuertes multas y la confiscación de cualquier propiedad, negocio o dinero resultante de estos actos. Fue también en esta época cuando nació la famosa “guerra contra las drogas”, cuyo marco fue una conferencia impartida por Richard Nixon el 17 de junio de 1971, en la que declaró que las drogas ilegales se habían convertido en el “enemigo número uno” del país: “Para combatir y derrotar a este enemigo –continuó–, es necesario lanzar una nueva ofensiva total”. En cuestión de días, los medios locales habían adoptado la metáfora: Estados Unidos ahora estaba inmerso en una “guerra contra las drogas”¹¹.

El discurso de Nixon marcó el comienzo de una nueva era en la política de drogas de EE. UU. Hubo un aumento sustancial en la financiación federal para las agencias de control de drogas y la propuesta de medidas estrictas, como el encarcelamiento por delitos relacionados con las drogas. Como resultado, cientos de consumidores domésticos de drogas fueron llevados a prisión a partir de la década de 1980. En ese momento se creó la Oficina de Acción Especial para la Prevención del Abuso de Drogas (*Special Action Office for Drug Abuse Prevention - SAODAP*¹²). Sin embargo, el mayor impacto del discurso de Nixon se dio en el exterior, con el desencadenamiento de una ola de extrema violencia por parte de policías antidrogas, con la que conviven hasta el día de hoy muchos países productores de drogas de Latinoamérica. Fue en ese momento cuando se creó la poderosa Administración de Control de Drogas (*Drug Enforcement Administration - DEA*¹³), una agencia que actúa como una fuerza policial especial comprometida con combatir el uso y contrabando de drogas ilícitas en EE. UU. La creación de la DEA resultó en una mayor presencia de agencias federales de control de drogas en el país y en el

extranjero, así como la adopción de medidas más estrictas. La DEA tiene actualmente 239 oficinas nacionales en 23 divisiones de EE. UU. y 91 oficinas extranjeras en 68 países¹⁴. Posteriormente, estas políticas repercutirían en los países miembros de la ONU en la lucha contra el lavado de dinero¹⁵.

El caso Watergate, además de demostrar la fragilidad de los controles en EE. UU., desencadenó otra investigación, que identificó el envío de dinero de empresas estadounidenses a campañas políticas, tanto en el país como en el exterior. El caso más emblemático fue el de la empresa aeronáutica *Lockheed Aircraft Corporation*. En 1976, el Comité de Relaciones Exteriores del Senado de EE. UU. reveló que la empresa había reservado más de 3.000 millones de yenes en fondos secretos para vender aviones en Japón. Los valores se transmitieron en forma de soborno a altos funcionarios del gobierno japonés. El caso desencadenó un escándalo ético muy grave en Japón, que llegó incluso a la detención del primer ministro durante su mandato. Luego, *Lockheed* reveló que también sobornó a funcionarios públicos de otros países, como Alemania Occidental, Arabia Saudita, Países Bajos e Italia. En total, las tasas de soborno superaban los 22 millones de dólares en ese momento. Los valores se utilizaron principalmente para vencer a los competidores en las ofertas de cazas militares¹⁶.

Durante este período, otras empresas multinacionales estadounidenses se vieron involucradas en escándalos de corrupción en el extranjero, como *Exxon*, *Northrop*, *Gulf Oil* y *Mobil Oil*, lo que socavó gravemente la credibilidad del mercado estadounidense. El contexto de globalización de la economía ha incrementado el riesgo de corrupción por la necesidad de capital para avanzar frente a los mercados. Fue en este escenario donde las empresas transnacionales radicadas en países desarrollados comenzaron a buscar, a través de la corrupción, obtener ventajas a través del pago de sobornos a funcionarios de países en desarrollo. Esta corrupción transnacional se establece de tal manera que algunos países desarrollados in

cluso tratan la provisión de sobornos a través de sus fronteras como gastos deducibles de impuestos, como Francia y Alemania¹⁷. En respuesta, en 1977, se adoptó el primer diploma legal en EE. UU. para tratar la lucha contra la corrupción transnacional, que incluso sirvió de fuente de inspiración para la Ley Brasileña Anticorrupción (Ley 12.846/2013)¹⁸.

3.

Construcción del marco normativo doméstico estadounidense e internacional para la lucha contra la corrupción

El *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), también conocido como Ley Anticorrupción de EE. UU., es la legislación pionera en la lucha contra la corrupción transnacional. Fue una reacción del Congreso estadounidense al daño de imagen que sufrió el país a raíz del escándalo Watergate, en el que se desató un esquema de fondos turbios, alimentado por empresas transnacionales estadounidenses, cuyo propósito era influir en las elecciones, entre ellas la del expresidente Richard Nixon, quien fue uno de los beneficiarios de esos fondos. Servidores y administradores del Gobierno entendieron que se necesitaban prohibiciones directas sobre el soborno de extranjeros y requisitos más detallados sobre el mantenimiento de registros y la responsabilidad corporativa para abordar el problema de manera efectiva. Después de todo, las revelaciones de fondos y pagos secretos de empresas estadounidenses afectaron negativamente la política exterior del país, dañando la imagen de la democracia estadounidense en el exterior y socavando la confianza pública en la integridad financiera de las empresas nacionales. Por otro lado, la imagen internacional de EE. UU. también se vio gravemente erosionada por su participación en la guerra de Vietnam, lo que contribuyó a la aprobación unánime de la legislación antisoborno en el Congreso.

En el mismo período, la discusión tuvo un impacto en el escenario internacional y se adoptaron dos documentos importantes: el 15 de diciembre de 1975, la ONU adoptó la Resolución n° 3.514 sobre transacciones comerciales internacionales¹⁹, mientras que, ya en 1976, la OCDE adoptó la Declaración sobre Inversiones Internacionales y Empresas Multinacionales²⁰.

La FCPA fue el primer y, durante algún tiempo, el único diploma legal en el mundo para abordar la corrupción que involucra a empresas extranjeras y servidores públicos. Adoptado en 1977, pasó a exigir requisitos de transparencia contable ante la *Securities and Exchange Commission* – SEC²¹, que es equivalente a la “Comissão de Valores Mobiliários” en Brasil, y a determinar sanciones por soborno de servidores públicos extranjeros –por el Departamento de Justicia (*Department of Justice - DOJ*)²², con el fin de restaurar la confianza pública en la integridad del sistema empresarial de EE. UU²³. Hoy, como se verá más adelante, no hay duda de que la FCPA ha aprovechado la estrategia de guerra judicial al expandir la jurisdicción extraterritorial estadounidense.

Por otro lado, la FCPA reforzó el poder del DOJ y de la SEC para demandar a personas jurídicas que cotizan en bolsa de cualquier nacionalidad que estén registradas ante la SEC y que tengan acciones en las bolsas de valores de ese país. Debido a escándalos previos que involucraron a empresas estadounidenses que tuvieron repercusión internacional, la FCPA fue, unos años más tarde, el detonante para la adopción de convenciones internacionales anticorrupción. La Ley trajo como punto principal la idea de que el pago de sobornos a agentes públicos extranjeros da lugar a disparidades en la competencia y viola las leyes del mercado, teniendo, por tanto, como principal objetivo mantener sano el sistema, alejado de prácticas lesivas a las economías de los países.

Paralelamente a la adopción de la FCPA, la SEC lanzó un programa de *disclosure* que ofrece amnistía para las empresas que asuman pa

gos indebidos a servidores públicos en el extranjero. Entre otras cosas, la iniciativa requería el compromiso de adoptar medidas internas de *compliance*. Como resultado, más de 400 empresas, incluidas las 100 más grandes del mundo, confesaron haber pagado sobornos. Fue entonces cuando el gobierno de EE. UU. incrementó la presión para que los países miembros de la OCDE adoptaran procedimientos similares para evitar el pago de sobornos en transacciones comerciales internacionales. El *compliance* comenzó a ganar peso geopolítico²⁴.

Es importante señalar que, a pesar de que en ese momento había cierta tolerancia hacia la corrupción de servidores públicos extranjeros, la opinión pública estadounidense, junto con medios como el *Washington Post* y el *New York Times*, comenzaron a presionar para la adopción de medidas que impidan que las empresas nacionales corrompan a los servidores públicos extranjeros. Y fue precisamente esa sucesión de escándalos que involucraron a grandes empresas estadounidenses lo que finalmente condujo a la adopción de la FCPA. Sin embargo, su aplicación efectiva, al ser la primera Ley para combatir la corrupción transnacional, generó un grave problema de competencia a nivel internacional.

La prohibición de pagar sobornos a servidores públicos extranjeros terminó afectando la capacidad competitiva de las empresas estadounidenses en el mercado global, ya que sus competidores extranjeros podían participar libremente en sobornos para asegurar contratos en el extranjero, a menudo incluyendo la posibilidad de deducir los montos pagados como un soborno en las declaraciones de renta, lo que constituía una clara ventaja competitiva para empresas de otros países. Por lo tanto, la FCPA terminó generando una desventaja comercial para las empresas estadounidenses que, al observar estándares anticorrupción más estrictos, tenían prohibido hacer uso de los mecanismos que aún emplean sus competidores globales, no sujetos a los grilletes de esa Ley.

La FCPA fue la primera ley que tipificó como delito la conducta de soborno y la participación en prácticas corruptas en la frontera entre las autoridades públicas y privadas. Por tanto, es necesario entender que la finalidad de su adopción fue, ante todo, económica, y se puede decir que sólo tuvo una finalidad ética de fondo. La FCPA, por lo tanto, surgió de la idea de que la práctica del soborno que involucra a agentes públicos viola la libre competencia y las leyes del mercado y, por lo tanto, los fundamentos mismos del régimen capitalista. En este escenario de desventaja competitiva para sus empresas nacionales, EE. UU. comenzó a presionar a organismos internacionales para que iniciaran discusiones sobre el tema, con la intención de impedir que empresas de otros países sobornaran a funcionarios públicos extranjeros.

Debido a una fuerte presión interna, en 1988 se aprobaron reformas a la y se promulgó el *Omnibus Trade and Competitiveness Act*, que impuso al entonces presidente Ronald Reagan el deber de promover negociaciones a nivel internacional en busca de un tratado que reforzara la aplicación de los términos de la FCPA a nivel global. El presidente Bill Clinton luego comenzó a presionar a la OCDE, en la década de 1990, para que adoptara un tratado contra el soborno, lo que provocó que los países miembros incorporaran reglas similares a la en sus respectivos sistemas legales.

Al mismo tiempo, tomaron forma otros movimientos de la sociedad civil. Así, en 1993 se creó *Transparency International*, la principal organización no gubernamental que se ocupa del tema de la corrupción, poco antes de la adopción de la Convención de la OCDE de 1997. Además de elaborar el *Corruption Perception Index*, *Transparency International* realiza varios estudios sobre el impacto de la corrupción en las sociedades, y promueve acciones anticorrupción²⁵.

La presión fue más fuerte sobre los países de origen de las empresas competidoras, en particular los de Europa Occidental, para que adoptaran medidas similares a las impuestas por la FCPA. Esta pre

sión ocurrió principalmente dentro de la OCDE, donde el tema del soborno de servidores públicos extranjeros fue abordado inicialmente por el Grupo de Trabajo sobre Cohecho. Esta iniciativa, a su vez, condujo a la adopción de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales²⁶, el primer tratado multilateral dedicado a combatir el soborno de servidores públicos extranjeros, firmado por los estados miembros de la OCDE, al que otros países como Brasil, Argentina y Chile.

La Convención Anticohecho de la OCDE, como se la conoce, está dirigida principalmente a los competidores de las empresas estadounidenses al prohibir los sobornos a servidores extranjeros a cambio de grandes contratos. En Francia, por ejemplo, estas ‘comisiones’, o pagos por el delito de cohecho, fueron legalizadas y deducibles del impuesto a la renta²⁷.

En Brasil, la Convención Anticohecho de la OCDE fue ratificada el 15 de junio de 2000 y promulgada por el Decreto N° 3.678, de 30 de noviembre del mismo año. Su principal objetivo es prevenir y combatir el delito de corrupción de servidores públicos extranjeros en el ámbito de las transacciones comerciales internacionales, y su principal característica es que, a pesar de la existencia de dos agentes involucrados en el cohecho -el activo y el pasivo-, el documento se refiere exclusivamente al agente activo de la corrupción²⁸.

Zanin, Martins y Valim consideran que la Convención de la OCDE es un “arma potente para la práctica del *lawfare* político, geopolítico y comercial”, ya que dicho instrumento permite incluir conceptos amplios sobre “servidor público”, obligaciones específicas en la lucha contra la corrupción y, principalmente, en la cooperación internacional²⁹.

También cabe señalar que, entre la adopción de la Declaración de la OCDE sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales

en 1976 y la adopción de la Convención de la OCDE³⁰, la ONU adoptó en 1988, en Viena, Austria, la Convención contra el Tráfico ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas³¹, sancionando la adopción de medidas severas contra el tráfico internacional de drogas, incluido el blanqueo de capitales, y permitiendo la violación del secreto bancario, ya sea por determinación judicial o por una comisión de investigación³².

La discusión que condujo a la adopción de la referida Convención, como se señaló anteriormente, también abordó el tema del lavado de dinero. En consecuencia, al año siguiente, en 1989, el G7 creó el Grupo de Acción Financiera Internacional - GAFI (*Financial Action Task Force on Money Laundering - FATF*) en París, Francia. El organismo fue incluido en el ámbito de la OCDE con el propósito de examinar medidas, desarrollar políticas y promover acciones para combatir el lavado de dinero³³.

En lo que respecta a la Unión Europea, se adoptaron dos convenciones en 1999, a saber, el Convenio Civil sobre la Corrupción³⁴ y el convenio Penal sobre la Corrupción³⁵. En 2003, se adoptó la Convención de la Unión Africana sobre Prevención y Lucha contra la Corrupción (*African Union Convention on Preventing and Combating Corruption*) en el marco de la Unión Africana³⁶.

En diciembre de 1988, el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (*Basel Committee on Banking Supervision*)³⁷, una organización internacional de supervisión bancaria creada en 1975 adoptó una declaración denominada Prevención del uso delictivo del sistema bancario con fines de blanqueo de capitales (*Prevention of Criminal Use of the Banking System for the Purpose of Money-Laundering*)³⁸.

El documento brindó lineamientos para que el sistema financiero internacional impida y prevenga el uso de instituciones financieras en actos de blanqueo de capitales, en línea con la Convención de Viena de 1988. Esta, a su vez, preveía la tipificación del blanqueo

de capitales en el contexto del narcotráfico y establecía base para el decomiso del producto del delito. Asimismo, tanto la Convención de Viena de 1988 como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, también conocida como Convención de Palermo de 2000³⁹, mencionan el blanqueo de capitales como uno de los delitos amparados por las leyes de los Estados parte, lo que da impulso a la creación de las famosas Unidades de Inteligencia Financiera (UIF).

Un año antes de la adopción de la Convención Anticohecho de la OCDE, se había adoptado la Convención Interamericana contra la Corrupción⁴⁰ de 1996 en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Históricamente, esta Convención fue pionera en el reconocimiento de la internacionalización de la corrupción, apareciendo como el primer instrumento jurídico internacional con vocación regional de reconocer el carácter transnacional de la corrupción y la importancia de la cooperación como instrumento para combatirla. Luego está el crecimiento de la movilización internacional en los años noventa, con un fuerte intento de regulación. Las acciones fueron regionalizadas, pero mostrando un carácter de alineamiento internacional con las normas ya colocadas en el orden internacional global.

En un discurso pronunciado con motivo de la Conferencia de Estados Parte de la Convención de 1996, realizada el 2 de mayo de 2001 en Buenos Aires, el entonces secretario general de la OEA, César Gaviria, señaló:

La convención fue el resultado de lo dispuesto en la Cumbre de Miami en tiempos en que apenas se reconocía que el tema de la corrupción podía ser parte de la Agenda Internacional. Los intentos que se habían realizado para promover iniciativas de esta naturaleza habían fracasado tanto en las Naciones Unidas como en la OCDE. De hecho, en la OCDE, los Estados más desarrollados, durante muchos años, se habían negado sistemáticamente

a asumir compromisos que los vincularan jurídicamente en el combate contra la corrupción. Era, entonces, bien conocido que la legislación de algunos de esos países no sólo no castigaba a sus nacionales por sobornar a funcionarios de otros Estados, sino que, aún más, les permitía descontar de sus impuestos los sobornos pagados en el extranjero⁴¹.

En general, la Convención de la OEA tiene como objetivo promover y fortalecer el desarrollo de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción, además de promover, facilitar y regular la asistencia y cooperación entre los Estados Parte en las áreas legal y técnica. Asimismo, prevé procedimientos de cooperación para la extradición, el decomiso de bienes y la asistencia jurídica técnica recíproca cuando se produzcan actos de corrupción o produzcan efectos en una de las partes. Adicionalmente, con sujeción a las respectivas Constituciones y a los principios fundamentales de sus ordenamientos jurídicos, la Convención obliga a las partes a tipificar como delitos los actos de corrupción de servidores públicos extranjeros. Por tanto, el alcance de la Convención de la OEA es la implementación por parte de los Estados de mecanismos para protección, investigación, sanción y erradicación de actos de corrupción, con una amplia cooperación para garantizar la efectividad de los instrumentos adoptados.

Por otra parte, la Resolución n° 3.514 del 15 de diciembre de 1975 sobre transacciones comerciales internacionales de la ONU⁴² resultó, años más tarde, en la adopción de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción⁴³ de 2003. Esta Convención, de la que Brasil es parte desde el 31 de enero 2006, prevé los esfuerzos a realizar en la lucha contra la corrupción a nivel internacional, delineando lineamientos para el establecimiento de metas y desarrollo de mecanismos de cooperación, intercambio de información y fomento de la asistencia mutua y gratuita, para la recolección y la transferencia de datos y evidencias, útil para eventuales investigaciones relacionadas con la práctica de actos de corrupción, agilizando los

eventuales procedimientos y haciendo menos ardua la tarea de responsabilidad penal de los investigados⁴⁴.

4.

La extraterritorialidad desde la legislación de EE. UU.: la FCPA

La FCPA se adoptó en 1977 después de que las investigaciones de Watergate sobre las donaciones corporativas políticas revelaran un gran esquema de pagos a servidores públicos extranjeros. En respuesta, el Congreso de EE. UU. aprobó la FCPA con el objetivo de prohibir los sobornos pagados a servidores públicos extranjeros y restaurar la confianza del público en las empresas locales y la forma como hacían negocios con otros países. La idea, por lo tanto, era combatir el soborno de servidores públicos en el exterior.

Sin embargo, desde la aprobación de la FCPA, se le han formulado muchas críticas, principalmente en relación con los efectos negativos en la balanza comercial estadounidense, ya que muchas empresas habrían dejado de operar en el extranjero por temor a ser sancionadas. Otras críticas fueron en el sentido de la imposibilidad de vigilancia, por parte de las empresas, de todos los actos de sus agentes; y también en relación con los altos costos de mantenimiento de los controles y registros contables internos exigidos por la Ley. Finalmente, se argumentó que EE. UU. estaba más interesado en exportar sus tendencias culturales que sus productos, ya que en países donde no existe una prohibición del soborno, las violaciones de las regulaciones estadounidenses no se deberían aplicar⁴⁵.

El propósito principal de la FCPA de 1977, como se declaró extensamente, fue prohibir el soborno corporativo de servidores públicos extranjeros. Para cumplir con este propósito, se dividió en tres partes principales, que imponían tres tipos de obligaciones: (1) requería que las empresas llevaran libros, registros y cuentas precisos;

(2) exigió a los emisores registrados en la SEC que mantuvieran un control contable interno del sistema del que eran responsables; y (3) prohibió el soborno de servidores públicos extranjeros por parte de empresas estadounidenses.

No obstante, según la FCPA, no todos los pagos a servidores de gobiernos extranjeros deberían ser ilegales. A modo de ejemplo, la definición de “servidor público extranjero” excluía a aquellos “cuyas funciones son esencialmente ministeriales o administrativas”. Además, la historia legislativa de la FCPA muestra que la Ley no tenía la intención de prohibir los “pagos facilitadores (*grease payments*)” a servidores extranjeros, es decir, pagos destinados a acelerar los envíos a través de la aduana o para hacer llamadas telefónicas transatlánticas, con el objetivo de asegurar las autorizaciones necesarias o de obtener protección policial adecuada, transacciones que incluso pueden implicar el correcto desempeño de funciones. Por otro lado, también admitió que la extorsión de dinero por parte de servidores públicos extranjeros podría servir a las empresas como defensa contra acusaciones de soborno, siempre que su propiedad o la vida de sus empleados estuvieran amenazadas. Un ejemplo utilizado para ilustrar los pagos aceptables fue el pago a un servidor público extranjero para evitar un ataque a una plataforma petrolera⁴⁶.

Como se puede ver, la FCPA cubre dos temas amplios: disposiciones antisoborno y disposiciones contables. Las disposiciones anti-soborno generalmente prohíben el soborno de servidores públicos extranjeros. Más específicamente, prohíben la oferta de pago, el pago o la autorización de pago de dinero o cualquier otra cosa de valor a un servidor público extranjero, cuyo propósito sea influir en cualquier acto o decisión de esas personas u obtener cualquier otra ventaja indebida con la finalidad de obtener o mantener un negocio. Las disposiciones contables, a su vez, incluyen requisitos y prohibiciones aplicables a los llamados “emisores”, es decir, empresas estadounidenses y empresas extranjeras listadas en cualquier bolsa de valores estadounidense. En términos de aplicación, las disposi

ciones antisoborno de la FCPA son aplicadas principalmente por el DOJ, mientras que las disposiciones contables son aplicadas principalmente por la SEC. Las violaciones de las disposiciones antisoborno y contables pueden dar lugar a sanciones civiles o penales⁴⁷.

El DOJ y la SEC han dedicado importantes recursos a investigar las violaciones de la FCPA. El FBI incluso creó una unidad especial para investigar estas violaciones, y en 2010 se autorizó a la SEC a brindar incentivos financieros a los denunciantes en los casos de la FCPA.

Al tipificar como delito el uso de moneda estadounidense para sobornar a servidores de gobiernos extranjeros, la FCPA cubre dos grupos distintos de sobornadores: emisores de valores regulados por la SEC (empresas que cotizan en los EE. UU., por ejemplo); e individuos, ciudadanos o residentes de EE. UU., así como empresas con sede u organizadas conforme a las leyes de EE. UU. Además de tipificar como delito los pagos indebidos (*anti-bribery provisions*) a autoridades extranjeras, la FCPA proporciona disposiciones contables (*accounting provisions*), que pueden generar sanciones independientemente de que exista evidencia de un soborno específico. Estas normas contables pretenden dificultar la ocultación del pago de sobornos en la contabilidad del pagador y facilitar la tarea de la autoridad de control, en este caso la SEC, de identificar la ocurrencia de tales pagos. Por lo tanto, la SEC podría prevenir la ocurrencia de registros defectuosos, lo que podría dificultar la identificación de transacciones indebidas, registros falsificados con el propósito de enmascarar la naturaleza ilícita de ciertos pagos, y registros que son cuantitativamente correctos, pero que no reflejan adecuadamente la naturaleza de la transacción realizada, y pueden cubrir sobrepagos.

Basado en la premisa de que las empresas estadounidenses estaban en desventaja comercial con la adopción de la FCPA, el diploma se modificó por primera vez en 1988, aunque su cambio más importante tuvo lugar recién en 1998.

Durante mucho tiempo, la FCPA ha sido objeto de muchas críticas, debido a los tres tipos de obligaciones impuestas, a saber, el requisito de mantener libros, registros y cuentas precisos; el requisito de mantener controles contables internos efectivos, y la prohibición del soborno de servidores públicos extranjeros. Estas críticas llevaron al presidente Ronald Reagan a promulgar, el 23 de agosto de 1988, el *Omnibus Trade and Competitiveness Act*, que aprobó reformas a la FCPA e impuso al presidente el deber de promover conversaciones a nivel internacional en busca de un acuerdo que fortaleciera la aplicación de los términos de la FCPA a nivel global. El Título V de la legislación de 1988 antes mencionada se conoce como *Foreign Corrupt Practices Act Amendments of 1988* o Enmiendas a la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de 1988.

Aunque las enmiendas de 1988 mantuvieron las tres partes principales de la FCPA, hubo algunos cambios significativos. Uno de estos cambios impuso un estándar de “saber” (*knowing*) para caracterizar las violaciones a la Ley. Esta norma fue diseñada para cubrir los conceptos de “indiferencia consciente” (*conscious disregard*) y “ceguera voluntaria” (*willful blindness*), entre otros que permitieron mayor alcance y subjetividad en la interpretación de las violaciones. Por lo tanto, sería necesario verificar el propósito de falsificar libros y registros o eludir los controles contables, es decir, al establecer un cargo con base en la FCPA, sería necesario demostrar la existencia de dolo caracterizado y el conocimiento de la ilicitud de su conducta por parte del acusado⁴⁸. Además de eso, se establecía la posibilidad de defensa cuando un “regalo” se consideraba lícito según las leyes del país extranjero o cuando era razonable por razón de gastos de ejecución o ejecución o de un contrato con el gobierno extranjero.

El *Omnibus Trade and Competitiveness Act de 1988*, por otro lado, enmendó la FCPA con respecto a las prohibiciones antisoborno en emisores y empresas nacionales. La Ley continuó prohibiendo a cualquier emisor; servidor público, director, empleado o agente del emisor; cualquier accionista que actúe en nombre del emisor; o,

de hecho, cualquier interés de EE. UU. en ofrecer, pagar, prometer dar o autorizar la donación de algo de valor a un servidor extranjero, partido político extranjero, funcionario de partido, candidato o cualquier persona con el fin de obtener o mantener negocios. Sin embargo, las enmiendas instituyeron una prohibición de pagos a cualquier servidor público extranjero para un propósito particular, a saber, el propósito de “influir en cualquier acto o decisión de dicho servidor público extranjero en su capacidad oficial, o inducir a dicho servidor a hacer o dejar de hacer cualquier acto que viole sus obligaciones legales⁴⁹”.

La segunda y más importante enmienda a la FCPA tuvo lugar en 1998 para implementar las disposiciones de la Convención Anticohecho de la OCDE de 1997. Estas enmiendas tenían tres objetivos principales: ampliar el alcance de la Ley para incluir a ciertas personas extranjeras, como cualquier servidor de organización pública internacional; ampliar el concepto de soborno y, el objetivo más impactante, ampliar el alcance de la FCPA para extender su jurisdicción más allá de las fronteras de EE. UU.

La expansión del concepto de servidor público extranjero hizo que abarcara categorías que antes no estaban cubiertas por la FCPA. Además del beneficio a dicho empleado, se prohíben las promesas de pagos o pagos que tengan por objeto influir en la actuación de los partidos políticos, candidatos o dirigentes de estos partidos; u organizaciones internacionales y sus líderes; para que practiquen actos ilícitos, con potencial beneficio para el oferente. Según el *Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act* o la Guía Práctica de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero⁵⁰,

Las disposiciones antisoborno de la FCPA aplican a pagos corruptos hechos a (1) “cualquier funcionario de gobierno extranjero”; (2) “cualquier partido político extranjero o funcionarios que formen parte de él”; (3) “cualquier candidato a un puesto en una oficina de gobierno extranjero”; (4) cualquier persona, con co-

nocimiento de que todo o una proporción del pago será ofrecido, entregado, o prometido a una persona que se ubique en alguna de esas tres categorías. 111 No obstante la normatividad distingue entre “funcionario de gobierno extranjero”, “partido político extranjero o funcionarios que formen parte de él”, y “cualquier candidato a un puesto en una oficina de gobierno extranjero”, el término “funcionario de gobierno” en esta guía generalmente se refiere a una persona que se ubique en cualquiera de esas tres categorías. La FCPA define “funcionario de gobierno extranjero” para incluir: cualquier funcionario o empleado de un gobierno extranjero o de cualquier departamento, agencia, o instrumentalización similar, o de una organización pública internacional, o cualquier persona actuando en una función oficial para o en representación de dicho gobierno, departamento, agencia o instrumento, o para o en representación de esa organización pública internacional. 112 Como este lenguaje deja claro, la FCPA aplica ampliamente a pagos corruptos para “cualquier” funcionario o empleado de un gobierno extranjero y a aquellos actuando en representación del gobierno extranjero. 113 La FCPA por lo tanto cubre pagos corruptos tanto a empleados de bajo nivel como a funcionarios de alto nivel. 114 La FCPA prohíbe pagos a funcionarios de gobierno extranjeros, no a gobiernos extranjeros. 115 Dicho eso, las compañías contemplando contribuciones o donaciones a gobiernos extranjeros deben tomar pasos para asegurar que ningún dinero será utilizado para propósitos corruptos, tales como el beneficio personal de individuos que actúen como funcionarios de gobierno extranjeros⁵¹.

Así, además de la ventaja al funcionario público extranjero, se prohíben las promesas de pago o pagos que tengan por objeto influir en la actuación de los partidos políticos, candidatos o dirigentes de estos partidos; u organizaciones internacionales y sus líderes; para que practiquen actos ilícitos, con potencial beneficio para el oferente. Cualquier persona que actúe como intermediario (*third parties*) entre el sobornador y funcionarios públicos extranjeros, partidos,

candidatos, funcionarios de partidos, organismos internacionales o sus funcionarios también está sujeto a la FCPA. Esta categoría puede incluir agentes, representantes, distribuidores y otros que ayuden a una empresa a obtener o mantener negocios, así como abogados contratados en un país extranjero. De esta forma, los destinatarios de la ventaja indebida se dividen en tres tipos: “funcionarios públicos extranjeros”, que incluyen los funcionarios públicos internacionales; partidos políticos extranjeros, representantes de esos partidos o candidatos a cargos de elección popular; así como intermediarios entre los pagadores y los receptores del soborno⁵².

Para que la regla se aplique, es necesario demostrar que se utilizó el correo de EE. UU. u otro instrumento de comercio para realizar la oferta, el pago, la promesa de pago o para hacer un regalo al destinatario con el fin de obtener o conservar negocios. Según la Guía Práctica de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero,

Para que la norma entre en vigencia, debe demostrar que se utilizó el correo de EE. UU. u otro instrumento de comercio para realizar la oferta, el pago, la promesa de pago o para hacer un regalo al destinatario con el fin de obtener o conservar el negocio. Según la Guía Práctica de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero,

La FCPA aplica solamente a pagos, ofertas, o promesas realizadas con el propósito de: (i) influir cualquier acto o decisión de un funcionario de gobierno extranjero en sus capacidades oficiales, (ii) inducir a un funcionario de gobierno extranjero a hacer u omitir realizar cualquier acto en violación de un deber legal de dicho funcionario oficial, (iii) asegurar cualquier ventaja impropia; o (iv) inducir a un funcionario de gobierno extranjero a usar su influencia con un funcionario de gobierno o instrumento para afectar o influir cualquier acto o decisión de dicho gobierno o instrumento.⁶³ En adición, el pago, oferta, o promesa se debe hacer con el objetivo de asistir “la obtención o retención de negocio por o para, o dirigir negocios a, cualquier persona.”⁶⁴ Este requi-

sito se conoce como “examen del propósito de negocio” y es interpretado de manera amplia.⁶⁵ No es sorprendente que muchas acciones de cumplimiento involucren sobornos para obtener o retener contratos con el gobierno.⁶⁶ La FCPA también prohíbe sobornos en conexión con la conducción de negocio o para ganar ventajas de negocio.⁶⁷ Por ejemplo, pagos de soborno realizados para asegurar un tratamiento fiscal favorable, para reducir o eliminar derechos aduanales, para obtener acciones del Gobierno para prevenir a los competidores la entrada a un mercado, o para eludir un requisito para una licencia o permiso, todos pueden cumplir con la prueba de propósito de negocio.⁶⁸⁵³

La ampliación del concepto de cohecho hizo que pasara a entenderse como un pago destinado a obtener cualquier ventaja indebida, no sólo encaminado a la consecución de beneficios comerciales.

Sin embargo, la más importante de todas las consecuencias que surgieron de la enmienda de 1998 fue la ampliación del alcance de la FCPA, que ahora se aplica tanto a los ciudadanos estadounidenses que cometen delitos en el extranjero como a los ciudadanos extranjeros que cometen actos de corrupción en EE. UU., o con cualquier conexión con el territorio de ese país. En otras palabras, la principal novedad es que se le dio a la FCPA un carácter extraterritorial, permitiéndole llegar a personas más allá de las fronteras de EE. UU. Así, a través de la FCPA, EE. UU. extiende su jurisdicción a otros Estados bajo el pretexto de alguna práctica ilícita que involucre algún elemento relacionado con el territorio estadounidense. En este sentido, que concierne tanto a la amplitud de acciones cubiertas por la FCPA como a su alcance extraterritorial, la Guía Práctica de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero elaborada por el DOJ y la SEC aclara que:

Las disposiciones antisoborno de la FCPA también pueden aplicar a conductas, tanto dentro como fuera de Estados Unidos. Las emisoras y las entidades domésticas -así como a sus funcio

narios, directores, empleados, agentes o accionistas- pueden ser procesadas por usar el correo de EE. UU. u otros medios o instrumentos de comercio interestatal para promover un pago corrupto a un funcionario extranjero. La Ley define “comercio interestatal” como “comercio, transporte, transporte o comunicación entre varios Estados, o entre cualquier país extranjero y cualquier Estado o entre cualquier Estado y cualquier lugar o barco fuera del mismo ...”⁵⁶ El término también incluye el uso interestatal de cualquier medio de comunicación interestatal, o cualquier otro instrumento interestatal.⁵⁷ Por lo tanto, realizar una llamada telefónica o enviar un correo electrónico, mensaje de texto o fax desde, hacia o a través de Estados Unidos implica comercio interestatal, al igual que enviar una transferencia bancaria desde o hacia un banco de EE. UU. o utilizando el sistema bancario de EE. UU., o viajando a través de las fronteras estatales o internacionalmente hacia o desde Estados Unidos⁵⁴.

Se advierte, por tanto, que el DOJ tiene numerosas posibilidades de aplicar la FCPA a un acto presuntamente corrupto, incluso si fue cometido en el extranjero y por un nacional de un país extranjero, hecho que suscita muchas críticas sobre una posible extraterritorialidad ilegal y la violación de jurisdicciones de otros países. En este sentido, es claro que las leyes destinadas a combatir la corrupción con efectos extraterritoriales, como la FCPA, tienen el potencial de servir como una herramienta para la guerra híbrida y caracterizan la guerra judicial o *lawfare*, y pueden tener un impacto abrumador en las economías de países de destino.

Si inicialmente la FCPA estaba destinada a empresas nacionales, la enmienda de 1998 también permitió que llegara a empresas y personas extranjeras que dan lugar, directamente o a través de agentes, a actos de corrupción dentro del territorio estadounidense, o empresas cuyos valores son administrados por bolsas de valores operadas dentro del país o que vengan a participar, directa o indirectamente, en operaciones ilícitas con efectos en su territorio. La FCPA se con-

virtió entonces en el principal instrumento legal para la extraterritorialidad del derecho estadounidense, sometiendo a empresas y Estados a la jurisdicción de ese país y transformando las buenas prácticas anticorrupción “en armas normativas para absorber o eliminar competidores y ampliar mercados⁵⁵”. Es claro el potencial nocivo que las leyes anticorrupción dotadas de extraterritorialidad puede tener en las relaciones internacionales, incluso generando sanciones económicas a empresas públicas y privadas estratégicas⁵⁶ en países emergentes.

Como resultado, las empresas extranjeras se vuelven extremadamente vulnerables a posibles acusaciones basadas en la FCPA, y pueden verse afectadas por elementos de conexión muy frágiles, como un correo electrónico que ha transitado por servidores en EE. UU., reuniones que se han realizado en ese país, entre otras construcciones que pretendan ubicar la operatividad del negocio desde el territorio estadounidense. Debido a las multas exorbitantes, una empresa sujeta a la FCPA a menudo se puede ver seriamente perjudicada o incluso completamente destruida. El peligro es aún mayor cuando los operadores jurídicos extranjeros cooperan con EE. UU. para castigar a las empresas bajo la FCPA, como lo demostraron los fiscales en la Operación Lava Jato en Brasil, que trabajaron con las autoridades estadounidenses contra las empresas brasileñas y sus ejecutivos.

Un interesante relevamiento de las acciones que aplicaron la FCPA muestra que gran parte de los pagos indebidos fueron a países en desarrollo, entre ellos Brasil, que ocupa el segundo lugar en la lista, solo después de China⁵⁷. Esto es a pesar del hecho de que, desde la enmienda de 1988, si la ley del país del funcionario extranjero permite el ofrecimiento de un obsequio, pago u otra ventaja, tal acto no puede ser punible bajo la FCPA en virtud de la *local law defense*. Según la Guía Práctica de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero,

Para que sea aplicable la defensa de la ley local, un acusado debe

establecer que “el pago, regalo, oferta o promesa de cualquier cosa de valor que fue realizado, fue legal bajo las leyes escritas y regulaciones del funcionario de gobierno extranjero, del partido político, de los oficiales del partido, o del país del candidato”.¹⁴³ El acusado debe establecer que el pago fue legal bajo las leyes y regulaciones del país extranjero en el momento de la ofensa. En la creación de la defensa de la ley local en 1988, el Congreso buscaba “dejar claro que la ausencia de leyes escritas en el país del funcionario de gobierno extranjero no es suficiente por sí mismo para satisfacer esta defensa.”¹⁴⁴ Por lo tanto, el hecho de que los sobornos no sean procesados bajo una ley local es insuficiente para establecer esta defensa. En la práctica, la defensa de la ley local surge con poca frecuencia, dado que las leyes escritas y regulaciones, rara vez, o nunca, permiten pagos corruptos. Sin embargo, si un acusado puede establecer que la conducta que de otro modo cae dentro del alcance de las disposiciones antisoborno de la FCPA era legal según la ley local escrita, él o ella tendría una defensa ante una prosecución⁵⁸.

Esta excepción, sin embargo, tiene poca aplicación en la práctica, ya que si bien algunos países son tolerantes con la corrupción, es raro que exista una legislación que autorice expresamente la recepción de ventajas caracterizadas como soborno. “Sin embargo, si un acusado puede establecer que una conducta que de otro modo cae dentro del alcance de las disposiciones antisoborno de la FCPA era legal según la ley escrita local, él o ella tendría una defensa contra la acusación⁵⁹”⁶⁰.

Por otro lado, una pregunta pertinente que se puede hacer aquí es: ¿Cómo se enteran las autoridades de cumplimiento de la FCPA de las violaciones cometidas por empresas extranjeras? La lista de posibles respuestas va más allá del alcance del presente estudio, sin embargo, no se puede dejar de pensar en la formación de operadores jurídicos latinoamericanos en las *International Law Enforcement Academies* (ILEA) o Academias Internacionales para el Cumpli-

miento de la Ley, que fueron establecidas en 1995 por el entonces presidente Bill Clinton para luchar oficialmente contra el crimen internacional mediante el fortalecimiento de la cooperación internacional. Las ILEA son administradas por el Departamento de Estado de Estados Unidos. Incluso hay indicios de que el objetivo de la ILEA en las Américas es la formación de operadores jurídicos latinoamericanos para promover la guerra híbrida en la región, y más específicamente la guerra judicial.

En el caso de la cooperación criminal entre los fiscales de la Operación Lava Jato en Brasil y las autoridades de EE. UU., ejecutivos brasileños fueron arrestados en EE. UU. y altísimas multas fueron pagas al Departamento del Tesoro de EE. UU. (DOT). También hizo posible que se designaran monitores estadounidenses en empresas brasileñas para ‘seguir sus actividades’ y, por supuesto, tener acceso a toda la información de estas empresas, incluidas las estratégicas y confidenciales.

Cabe señalar que hay mucho espacio para discutir la relación entre el uso abusivo de la extraterritorialidad, sin suficientes elementos de conexión con la jurisdicción estadounidense, y la legalidad internacional, ya que muchos procesos judiciales se articulan a partir del uso extraterritorial de la FCPA, que incluso puede tener por objeto la asfixia económica, la desestabilización política y el llamado “cambio de régimen” del país de destino⁶¹. Por ello, son muchos los estudios que afirman que la FCPA viola el principio de territorialidad del derecho penal e incluso el principio de igualdad soberana previsto en la Carta de las Naciones Unidas⁶².

Estas críticas, sin embargo, a menudo tienden a ser deslegitimadas, debido a la tendencia a interpretar cualquier cuestionamiento de la lucha anticorrupción -incluso si esta lucha se lleva a cabo de forma abusiva- como tolerancia a la corrupción, cuando no como la defensa misma de la corrupción: ¿Cómo alguien se atreve a cuestionar que está prohibido corromper a los servidores públicos? En

este caso, el discurso está totalmente distorsionado, ya que, por el contrario, se trata de no aceptar que EE. UU. utilice una jurisdicción ampliada con el fin de intervenir en otros países, cuestionando la forma como se está utilizando. De hecho, la expansión indebida y abusiva de la FCPA sólo fue posible porque los países objetivo acordaron o aceptaron pasivamente la interferencia de EE. UU. en sus territorios, a menudo debido a la colaboración criminal de operadores legales cooptados.

Con base en las razones anteriores, la FCPA de 1977 ha sido considerada un instrumento para combatir la corrupción en el ámbito económico mundial, partiendo de la premisa de que la legislación estadounidense constituye un parámetro a seguir, pues se supone que es un Estado democrático ejemplar. La consecuencia de esta premisa es que EE. UU. tendría legitimidad para imponer su modelo a otros países, aunque la FCPA puede ser utilizada como una verdadera arma que apunte a los intereses económicos de ese país, o incluso a la viabilidad del proyecto económico hegemónico imperialista en una escala mundial. Por tanto, aquí se entiende que la FCPA es una de las legislaciones más utilizadas para la práctica del *lawfare*, entendido como la “cooptación del poder del Estado para hacer un uso estratégico del derecho con fines políticos, geopolíticos, comerciales y militares⁶³”. La FCPA permite a EE. UU. actuar como una especie de autoridad judicial internacional anticorrupción, concentrando en su territorio los procesos judiciales que involucran casos de corrupción en los países latinoamericanos, contribuyendo al debilitamiento de los sistemas judiciales y administrativos en los países de la región y fortaleciendo su condición de subalternidad en relación con el poder hegemónico.

Tenga en cuenta que, aunque la FCPA data de 1977, se aplicó con más intensidad después de la crisis económica de 2008 para ayudar a la recuperación de la economía estadounidense. Las sanciones impuestas por la aplicación de la FCPA a empresas estratégicas estatales o privadas, así como a personas físicas extranjeras en cualquier

país del mundo, además de multas muy altas, pueden incluir privación de libertad, congelamiento de activos, inclusión en listas negras y hasta restricciones para hacer negocios con ciertos Estados. Es fundamental prestar atención a las bases legales que sustentan la aplicación extraterritorial de la FCPA y a todo el marco legal e institucional en el que se inserta.

5.

La FCPA y el Marco Institucional de Estados Unidos para combatir la corrupción

En el ámbito de la legislación estadounidense, la aplicación de la FCPA cuenta con una amplia estructura institucional, que incluye el *Departamento de Justicia* (DOJ), la *Securities and Exchange Commission* (SEC), que es equivalente a las Comisiones Nacionales de Valores en países latinoamericanos, además de la colaboración con otras agencias importantes como el *Department of Treasury* (DOT) o Departamento del Tesoro e su *Office of Foreign Assets Control* u Oficina de Control de Bienes Extranjeros, conocida como OFAC.

La OFAC se creó en 1950⁶⁴ y funciona como una agencia de inteligencia y cumplimiento financiero para el DOT. Según su sitio web oficial, la OFAC “administra y hace cumplir las sanciones económicas y comerciales basadas en la política exterior de EE. UU. y los objetivos de seguridad nacional contra países y regímenes extranjeros seleccionados, terroristas, narcotraficantes internacionales, quienes participan en actividades relacionadas con la proliferación de armas de destrucción masiva y otras amenazas a la seguridad nacional, la política exterior o la economía de Estados Unidos⁶⁵”.

Por lo tanto, las políticas de la OFAC prohíben o restringen las transacciones de ciertos productos, con ciertos países y con ciertas personas. Para publicitar países y personas embargados o restringidos, la OFAC publica regularmente una lista conocida como la *SDN list* -

“Specially Designated Nationals” (“SDN”): “Nacionales especialmente designados”. Esta lista contempla “personas y empresas de propiedad o controladas por, o actuando para o en nombre de los países objetivo”. También enumera personas, grupos y entidades, como terroristas y traficantes de narcóticos, designados en programas que no son específicos de un país. Los activos de los miembros de la lista están bloqueados y los ciudadanos estadounidenses tienen prohibido comerciar con ellos. Por otro lado, están sujetos a las políticas de la OFAC todos los ciudadanos estadounidenses, nacionales o nacionalizados, independientemente de dónde se encuentren; todas las personas y entidades ubicadas en EE. UU.; cualquier empresa constituida por empresas nacionales y sus sucursales en el extranjero, subsidiarias extranjeras de propiedad o controladas por EE. UU.⁶⁶.

El *Federal Bureau of Investigation* (FBI) históricamente ha sido el principal socio del DOJ en los casos de la FCPA, una especie de supervisión del DOJ. Una de las prioridades del FBI es luchar contra la corrupción en todos los niveles, ya que se considera una amenaza para la seguridad nacional. Desempeña un papel más agresivo en las investigaciones de la FCPA de lo que se permite a los investigadores del DOJ. Por ejemplo, el FBI puede realizar escuchas telefónicas autorizadas judicialmente, realizar operaciones de vigilancia y encubiertas, así como entrevistar a informantes y fuentes que puedan tener información sobre denuncias de corrupción. Según el propio sitio web del FBI, su programa de Corrupción Pública se enfoca en:

“Investigar violaciones de la ley federal por parte de funcionarios públicos en los niveles de gobierno federal, estatal y local; Supervisar la investigación a nivel nacional de denuncias de fraude relacionadas con adquisiciones, contratos y programas financiados por el gobierno federal; Combatir la amenaza de la corrupción pública a lo largo de las fronteras y los puntos de entrada de la nación para disminuir la vulnerabilidad del país al tráfico de drogas y armas, el contrabando de extranjeros, el espionaje y el terrorismo; Abordar los delitos ambientales, el frau-

*de electoral y los asuntos relacionados con las adquisiciones, los contratos y los programas financiados por el gobierno federal*⁶⁷”.

En 2008, el FBI creó la *International Corruption Unit (ICU)* o Unidad Internacional de Corrupción para supervisar el creciente número de investigaciones que involucran fraude global contra el gobierno de EE. UU. y corrupción de funcionarios del gobierno federal fuera del territorio. Las tareas de la UCI incluyen:

*“Supervisar la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA) de la Oficina y los casos antimonopolio; Mantener la supervisión operativa de varios grupos de trabajo internacionales contra la corrupción en los contratos, que investigan y enjuician a las personas y empresas involucradas en sobornos, gratificaciones ilegales, extorsión de contratos, manipulación de licitaciones, colusión, conflictos de intereses, sustitución de productos, artículos y/o servicios facturados sin entrega, robo, desvío de bienes y conspiraciones individuales y corporativas en todos los niveles de las operaciones del gobierno de Estados Unidos*⁶⁸”.

Finalmente, la ICU del FBI actúa como la principal entidad de investigación en la lucha contra la corrupción extranjera y administra cinco programas: FCPA; Programa de Cleptocracia/Corrupción Extranjera; Antimonopolista; Fraude internacional contra el Gobierno y Corrupción Internacional de Funcionarios Públicos Federales⁶⁹. Además, supervisa dos iniciativas importantes: la gestión de programas de cuatro escuadrones internacionales de corrupción dedicados a investigar casos de FCPA, cleptocracia y antimonopolio, y el desarrollo de un sólido programa de divulgación del sector privado. Con respecto a los escuadrones antes mencionados, estos son:

recurso vital para luchar contra los cárteles internacionales y la corrupción. Las violaciones que abordan son igualmente reconocidas por el DOJ y el FBI como riesgos para los intereses nacionales de EE. UU. Estos escuadrones no sólo brindan recursos

*adicionales a una amenaza global, sino que también permiten que el FBI ataque sujetos y use técnicas de investigación sofisticadas que el FBI ha utilizado con éxito durante mucho tiempo para abordar problemas criminales complejos*⁷⁰.

Lava Jato trabajó de cerca con el FBI en muchas etapas de las investigaciones, incluida la solicitud de asistencia técnica sin pasar por los canales formales previstos en tratado internacional, y comparó más con los agentes estadounidenses sobre el progreso de los procedimientos que con las propias autoridades brasileñas⁷¹.

La *National Security Agency/Central Security Service* (NSA/CSS), o Agencia de Seguridad Nacional/Servicio Central de Seguridad, es parte del *Department of Defense* o Departamento de Defensa de EE. UU. y es responsable de la llamada “seguridad cibernética”, además de proporcionar *Foreign Signals Intelligence* (SIGINT) -o Inteligencia de Señales Extranjeras- a organismos gubernamentales. SIGINT se define como “inteligencia derivada de señales y sistemas electrónicos utilizados por objetivos extranjeros, como sistemas de comunicaciones, radares y sistemas de armas”⁷². La NSA se define a sí misma como:

*un miembro clave de la comunidad de inteligencia y, por su propia naturaleza, requiere un alto grado de confidencialidad. La Agencia recopila, procesa y difunde información de inteligencia de señales electrónicas extranjeras para fines de inteligencia y contrainteligencia nacional extranjera y para apoyar operaciones militares. La NSA/CSS también tiene la tarea de evitar que los adversarios extranjeros obtengan acceso a información confidencial de seguridad nacional*⁷³.

Todas estas instituciones demuestran que EE.UU. ha vinculado la corrupción a temas que amenazan su economía, política exterior, seguridad nacional y la estabilidad del orden internacional, como el blanqueo de capitales y activos, el narcotráfico, el terrorismo y

su financiamiento, la proliferación de armas de masa destrucción, entre otros. Luego de los atentados del 11 de septiembre de 2001, la administración del entonces presidente George W. Bush expresó su percepción de la corrupción como un tema de amenaza a la seguridad, e incluso hay indicios de que la NSA está involucrada en espionaje económico con fines de aplicación de la FCPA⁷⁴. Se abrió la posibilidad del uso combinado de la Ley y las instituciones para imponer medidas coercitivas, cuando se alegó la necesidad de prevenir atentados terroristas. En este sentido, el concepto de corrupción, como mal sistémico, supranacional, se vincula al de terrorismo, en tanto se entiende que el criminal corrupto, potencialmente miembro de una organización criminal, tiene el potencial de mover dinero a través de las fronteras nacionales⁷⁵. La securitización de la lucha contra la corrupción se vuelve cada vez más agresiva con la asociación de instituciones estadounidenses e internacionales, como se verá a continuación.

6.

La FCPA y el marco institucional internacional para combatir la corrupción

A nivel institucional, la FCPA también opera a través de organizaciones internacionales. Uno de ellos es el *Financial Action Task Force* o Grupo de Acción Financiera contra el Blanqueo de Capitales y la Financiación del Terrorismo GAFI/GAFI, creado en 1989 con motivo de la Cumbre del G7 celebrada en París, por los jefes de Estado o de Gobierno del G7 y por el presidente de la Comisión Europea, a partir del reconocimiento de la amenaza que supone para el sistema bancario y las entidades financieras, con el objetivo de formular políticas contra el blanqueo de capitales y activos y la financiación del terrorismo⁷⁶. El GAFI incluye el trabajo conjunto con organismos regionales, como la OEA, y organismos nacionales, como las Unidades de Inteligencia Financiera (UIF) creadas en cada país. Para Zaffaroni, el GAFI abusa de su autoridad al extorsionar con graves sanciones económicas

a los países latinoamericanos, con el pretexto de controlar el financiamiento del terrorismo, al tiempo que los obliga a criminalizar el terrorismo y abre la posibilidad de criminalizar a los disidentes y las minorías, como sucedió con los indios Mapuche en Chile⁷⁷.

Brasil, por ejemplo, como miembro del GAFI, asumió el compromiso de seguir e implementar sus Cuarenta Recomendaciones⁷⁸, entre ellas la Recomendación 29⁷⁹, que prevé la existencia obligatoria de una UIF con jurisdicción nacional y autonomía operativa. Una UIF es un organismo nacional central responsable de recibir, analizar y difundir a las autoridades competentes información sobre transacciones financieras inusuales que pueden representar indicios de actos ilícitos. En Brasil, la Ley n° 9.6134, del 3 de marzo de 1998, tipificó el delito de lavado de dinero y creó el Consejo de Control de Actividades Financieras (COAF) como unidad de inteligencia financiera en Brasil, o sea, el COAF es la UIF brasileña, actuando como coordinador nacional con el GAFI y el Grupo de Acción Financiera de América Latina (GAFILAT).

Otro organismo que opera a nivel internacional, en el marco del sistema de lucha contra el blanqueo de capitales y el financiamiento del terrorismo, es el Grupo Egmont⁸⁰. Se trata de un grupo informal de 164 UIF unidas en una plataforma para intercambiar información con el supuesto objetivo común de combatir esos delitos. Este grupo de UIF se reunió en el Palacio Egmont Arenberg en Bruselas, Bélgica, y decidió establecer una red informal con el fin de estimular la cooperación internacional, dando origen al Grupo Egmont. El Grupo Egmont reconoce diferentes modelos de actuación para las UIF, tales como modelos administrativos, judiciales, penales o mixtos.

El COAF brasileño es parte del Grupo Egmont y se constituye en el modelo administrativo, es decir, la UIF realiza labores de inteligencia financiera, y no es de su competencia, por ejemplo, realizar investigaciones, bloquear valores, realizar detenciones, interrogatorios y otras actividades de esta naturaleza. La Ley brasileña n° 13.974, del

7 de enero de 2020, lo reestructuró y lo vinculó administrativamente al Banco Central, pero no se modificaron sus facultades⁸¹.

A nivel regional, también existe el GAFILAT, organismo internacional integrado por 17 países miembros, seis países observadores y varias organizaciones observadoras⁸² siendo Brasil miembro fundador. Fue creado en 2000 bajo el nombre de Grupo de Grupo de Acción Financiera de América del Sur (GAFISUD). GAFILAT es un organismo reflejado en el GAFI que actúa a nivel regional, “con el objetivo de combatir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva, a través de un compromiso de mejora continua de las políticas nacionales de prevención y control de estas actividades, así como la profundización de los diferentes mecanismos de cooperación entre los países miembros⁸³.

GAFILAT es uno de los grupos regionales del Grupo de Acción Financiera - FATF/GAFI y está integrado por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay. GAFILAT obtuvo el estatus de miembro asociado del GAFI y por lo tanto participa en la elaboración, revisión y modificación, adhiriéndose a las 40 Recomendaciones emitidas por este mismo organismo. Estas mejores prácticas son el estándar internacional más reconocido en el mundo en materia de prevención y lucha contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo.

GAFILAT apoya a sus miembros en la implementación de las 40 Recomendaciones y en la creación de un sistema regional para prevenir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Las principales herramientas de apoyo a los países son las acciones de capacitación y asistencia técnica (mediante la elaboración de guías, informes y documentos de respaldo) y las evaluaciones mutuas.

7.

Consideraciones finales

El presente estudio tuvo como objetivo contextualizar históricamente la construcción del marco normativo e institucional que existe hoy en día para la supuesta lucha contra la corrupción, a partir del Caso Watergate y la famosa “guerra contra las drogas” iniciada por el expresidente Richard Nixon.

El referido marco regulatorio se inició de manera contundente en 1977, con la adopción en EE.UU. de la primera legislación estatal para tipificar como delito el soborno transnacional, la cual fue la *Foreign Corrupt Practices Act*, conocida como FCPA. El objetivo principal de la Ley era prohibir el pago de sobornos a funcionarios públicos extranjeros, lo que terminó impactando la capacidad competitiva de las empresas estadounidenses en el mercado global. En ese momento, las empresas competidoras extranjeras podían practicar libremente el soborno para garantizar contratos en el exterior, incluida muchas veces la posibilidad de deducir los montos pagados como sobornos en las declaraciones del impuesto sobre la renta, configurando así una clara ventaja competitiva para las empresas de los demás países. Por lo tanto, la FCPA terminó generando una desventaja comercial para las empresas estadounidenses que, al observar estándares anticorrupción más estrictos, tenían prohibido hacer uso de los mecanismos que aún emplean sus competidores globales, no sujetos a los grilletes de esa Ley.

En este contexto, el gobierno de Estados Unidos comenzó a ejercer una fuerte presión a nivel internacional para que se adoptaran medidas similares en instrumentos internacionales. A nivel interamericano, y más precisamente en la OEA, se adoptó el primer tratado sobre el tema, a saber, la Convención Interamericana contra la Corrupción de la OEA de 1996. La presión fue, por lo tanto, más fuerte sobre los países de origen de las empresas competidoras, en particular las de Europa Occidental, y tuvo lugar en el marco de la OCDE,

donde se negoció y adoptó en 1997 la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, el primer tratado multilateral dedicado a combatir el soborno de funcionarios públicos extranjeros, firmado por Estados miembros de la OCDE, a los que se sumaron otros países como Brasil, Argentina y Chile. A esto le siguió la adopción de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 a nivel universal.

La FCPA ha sufrido cambios a lo largo del tiempo, el más importante de los cuales tuvo lugar en 1998 para implementar las disposiciones de la Convención Anticohecho de la OCDE de 1997. Entre las enmiendas, la que tuvo mayor impacto fue la ampliación del alcance de la FCPA para extender su jurisdicción más allá de las fronteras de EE. UU. Si en un principio la FCPA estaba destinada a empresas nacionales, la enmienda de 1998 también permitió que llegara a empresas y personas extranjeras que dieran lugar, directamente o a través de agentes, a actos de corrupción dentro del territorio estadounidense, o empresas cuyos valores fueran manejados por las bolsas de valores que operen en el interior del país o que participen, directa o indirectamente, en operaciones indebidas con efectos en su territorio. La FCPA se convirtió entonces en el principal instrumento jurídico de la extraterritorialidad del derecho estadounidense, sometiendo a empresas y Estados a la jurisdicción de ese país. A partir de ahí, las empresas extranjeras se vuelven extremadamente vulnerables a eventuales acusaciones basadas en la FCPA, pudiendo verse afectadas por elementos de conexión muy frágiles, como un correo electrónico que ha transitado por servidores en USA, reuniones que se han realizado en ese país, entre otras dudosas articulaciones que pretenden situar la operatividad del negocio desde el territorio estadounidense.

Con base en ello, la FCPA de 1977 ha sido considerada un instrumento para combatir la corrupción en el ámbito económico mundial, partiendo de la premisa de que la legislación estadounidense cons

tituye un parámetro a seguir. La consecuencia de esta premisa es que EE. UU. tendría legitimidad para imponer su modelo a otros países, aunque la FCPA pueda ser utilizada como arma económica para ese país. A partir de ahí, no es difícil entender por qué la FCPA es una de las legislaciones más utilizadas para la práctica del *lawfare*, o la llamada guerra judicial. La FCPA permite a EE. UU. actuar como una especie de autoridad judicial internacional anticorrupción, concentrando en su territorio los procesos judiciales que involucran casos de corrupción en los países latinoamericanos, contribuyendo al debilitamiento de los sistemas judiciales y administrativos en los países de la región y fortaleciendo su condición de subalternidad en relación con el poder hegemónico.

Las sanciones impuestas por la aplicación de la FCPA a empresas estratégicas estatales o privadas, así como a personas físicas extranjeras en cualquier país del mundo, además de multas muy altas, pueden incluir privación de libertad, congelamiento de activos, inclusión en listas negras e incluso restricciones para hacer negocios con ciertos Estados. Queda claro, por tanto, el potencial nocivo que este tipo de legislación anticorrupción dotada de extraterritorialidad puede tener en las relaciones internacionales, especialmente para los países emergentes.

El artículo demostró que hubo un proceso progresivo de “securitización” de la lucha contra la corrupción, lo que la equiparó con una amenaza a la seguridad nacional de Estados Unidos, al igual que el lavado de dinero y el terrorismo, entre otros. A partir de este proceso de securitización, se incrementó el marco normativo y principalmente institucional para la lucha contra la corrupción, por lo que es fundamental prestar atención a todo el entramado legal e institucional donde se insertan las bases que sustentan la aplicación extraterritorial de la FCPA.

Como se muestra en este estudio, se trata de un megaentramado institucional estadounidense, que ha sido fortalecido y potenciado

por un megaentramado internacional. El análisis de estas instituciones demuestra la complejidad, sofisticación y poder de toda esta construcción instrumentalizada para la práctica del *lawfare* en América Latina.

Notas

1. HAMMERGREN, Linn. *Expanding the Rule of Law: Judicial Reform in Latin America*, 4 Wash. U. Global Stud. L. Rev. 601 (2005). Disponible en: <https://openscholarship.wustl.edu/law_globalstudies/vol14/iss3/8/>. Acceso en: 12 de mayo de 2021.

2. Raúl Zaffaroni se refiere a los *think tanks* como organizaciones no gubernamentales financiadas por grupos empresarios, que desarrollan reportes e información orientada a crear opinión pública, y trae el ejemplo de Transparencia Internacional, que de acuerdo con él, inventa las categorías de “corrupción” y “transparencia” y luego las usan ellos mismos para evaluar a los países a “gusto y piacere”. ZAFFARONI, Raúl Zaffaroni; CAAMAÑO, Cristina; WEIS Valeria Vegh; *i-Bienvenidos al Lawfare!: Manual de pasos básicos para demoler el derecho penal*. Madrid: Capital Intelectual, 2021, p. 27.

3. ROMANO, Silvina y Tirado, Arantxa. *Lawfare y guerra híbrida: la disputa geopolítica en América Latina*. CELAG. Disponible en: <<https://www.celag.org/lawfare-guerra-hibrida-disputageopolitica-america-latina/>>. Acceso en: 12 marzo de 2021.

4. No original: “In addition, the current U.S. National Security Strategy underscores that poverty, weak institutions, and corruption can make states vulnerable to terrorist networks and drug cartels and argues that efforts to address these challenges in developing countries can contribute directly to U.S. national security”. EUA. UNITED STATES AGENCY FOR INTERNATIONAL DEVELOPMENT (USAID). USAID Anticorruption Strategy. Disponible en: <<https://www.usaid.gov/sites/default/files/documents/1868/200mbo.pdf>>. Acceso en: 04 de octubre de 2021.

5. El Comando Sur de EE. UU. (SOUTHCOM), ubicado en Doral, Florida, es uno de los 11 Comandos Combatientes Unificados (COCOM) del Departamento de Defensa, y es responsable de brindar planificación de contingencia, operaciones y cooperación en materia de seguridad en su área de responsabilidad asignada, que incluye Centroamérica, Suramérica y el Caribe, y también es responsable de la protección de la fuerza de los recursos militares estadounidenses en estos lugares. SOUTHCOM también es responsable de garantizar la defensa del Canal de Panamá. Es un comando conjunto compuesto por más de 1200 miembros del personal militar y civil que representan al Ejército, la Armada, la Fuerza Aérea, la Infantería de Marina, la Guardia Costera y varias otras agencias federales. Coo-

pera con otras agencias y organizaciones internacionales. EUA. UNITED STATES SOUTHERN COMMAND (SOUTHCOM). Disponible en: <<https://www.southcom.mil>>. Acceso en 20 de febrero de 2021.

6. EUA. UNITED STATES SOUTHERN COMMAND STRATEGY (SOUTHCOM). Disponible en: <https://www.southcom.mil/Portals/7/Documents/SOUTHCOM_Strategy_2019.pdf?ver=2019-05-15-131647-353>. Acceso en 20 de febrero de 2021.

7. “The strengths and opportunities of our hemisphere are set against a complex array of threats and challenges. Governance and institutional capacity remain uneven across the region. Weak governance and corruption are among the most important challenges. They allow threats to flourish and provide opportunities for malign regional and external state actors to expand their influence. They also increase vulnerability to environmental shocks, including natural disasters”.

EUA. UNITED STATES SOUTHERN COMMAND STRATEGY. Acceso en: <https://www.southcom.mil/Portals/7/Documents/SOUTHCOM_Strategy_2019.pdf?ver=2019-05-15-131647-353>. Acceso en 1º de marzo de 2021.

8. EUA. THE NATIONAL DEFENSE STRATEGY OF THE UNITED STATES OF AMERICA. March 2005. Disponible en: <<https://archive.defense.gov/news/Mar2005/d20050318nds1.pdf>>. Acceso en 20 de febrero de 2021.

9. EUA. U.S. ARMY. U.S. Army Special Forces Unconventional Warfare Training Manual November 2010. Disponible en: <<https://publicintelligence.net/u-s-army-special-forces-unconventional-warfare-training-manual-november-2010/>>. Acceso en: 03 de marzo de 2021.

10. EUA. NATIONAL SECURITY STRATEGY OF THE UNITED STATES OF AMERICA. December 1917. Disponible en: <<https://trumpwhitehouse.archives.gov/wp-content/uploads/2017/12/NSS-Final-12-18-2017-0905.pdf>>. Acceso en: 15 de febrero de 2021. Traducción libre de: “PILLAR I: Protect the American People, the Homeland; PILLAR II: Promote American Prosperity; PILLAR III: Preserve Peace through Strength and PILLAR IV: Advance American Influence”.

11. “President Nixon, with his newly appointed Drug authority at his side, declared drug abuse “public enemy number one.” “In order to fight and defeat this enemy,” he continued, “it is necessary to wage a new, all-out offensive.” With that statement, the “war on drugs” began.”. NIXON FOUNDATION. Disponible en: <<https://www.nixonfoundation.org/2016/06/26404/>>. Acceso en: 28 de septiembre de 2021.

12. “In his message, the president announced the creation of the Special Action Office of Drug Abuse Prevention (SAODAP) responsible for all drug related programs including education, treatment, and research efforts. The director of the SAODOP reported directly to the White House and remained under the executive branch to develop program requirements and allocate funding for drug abuse measures. The first director, Jerome Jaffe, built a reputation for implementing new drug treatment programs in New York and Illinois. Jaffe utilized methadone treatments in his facilities and reported successful results when administered to heroin users”. NIXON FOUNDATION. Disponible en: <<https://www.nixonfoundation.org/2016/06/26404/>>. Acceso en: 28 de septiembre de 2021.

13. “La DEA se estableció en 1973 como la organización federal encargada de hacer cumplir las leyes de sustancias controladas de los Estados Unidos. Hoy, miles de empleados de DEA ubicados en cientos de oficinas en todo el país y en todo el mundo están dedicados a cumplir la misión de DEA y continuar con nuestra Tradición de Excelencia. Somos expertos en la aplicación de la ley de drogas: agentes especiales, investigadores de desvío, científicos forenses, especialistas en investigación de inteligencia y personal de apoyo altamente capacitado, y trabajamos juntos en un solo equipo para mantener a los estadounidenses a salvo de las drogas peligrosas y de quienes las trafican”. EUA. DRUG ENFORCEMENT AGENCY (DEA). Disponible en: <<https://www.dea.gov/>>. Acceso en 15 de septiembre de 2021.

14. EUA. DRUG ENFORCEMENT AGENCY (DEA). Disponible en: <<https://www.dea.gov/>>. Acceso en 15 de septiembre de 2021.

15. BRAGATO, Adelita Aparecida. O Compliance no Brasil: A empresa entre a ética e o lucro. Tesina de maestría. Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho. São Paulo, 2017, p. 74. Disponible en: <<https://bibliotecatede.uninove.br/bitstream/tede/1646/2/Adelita%20Aparecida%20Podadera%20Bechela-ni%20Bragato.pdf>> Acceso en 06 de abril de 2021.

16. INTERACT. Disponible en: <<https://www.interact.com.br/noticia/compliance-na-historia-o-nascimento-da-area/?pt>>. Acceso en: 06 de abril de 2021

17. En ese momento, los mecanismos legales y regulatorios para manejar estos pagos involucraron acciones de la Securities and Exchange Commission (SEC) contra empresas públicas por ocultar la realización de pagos tan sustanciales, incluso a servidores de gobiernos extranjeros. También se consideró el potencial de acción antimonopolio sobre restricciones comerciales o demandas por fraude

por parte del Departamento de Justicia (Department of Justice - DOJ).

18. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm> Acceso en: 20 de abril de 2021. O FCPA inspiró el proceso de adopción de la Ley 12.846/2013 en Brasil (Ley Anticorrupción - LAC), que resultó principalmente de las presiones externas, y especialmente por parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

19. ONU. UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. A/RES/3514(XXX). Measures against corrupt practices of transnational and other corporations, their intermediaries and others involved. Disponible en: <[https://undocs.org/en/A/RES/3514\(XXX\)](https://undocs.org/en/A/RES/3514(XXX))>. Acceso en: 03 de mayo de 2021.

20. OCDE. OECD 1976 Declaration on International Investment and Multinational Enterprises. Disponible en: <<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0144>>. Acceso en: 03 de mayo de 2021.

21. La SEC es una agencia reguladora 'cuasi-judicial' independiente, cuya creación fue el resultado de la gran depresión que acompañó al desplome de la Bolsa de Valores de Nueva York en 1929. Fue creada el 6 de junio de 1934, mediante la adopción del Securities Exchange Act, en la administración del entonces presidente Franklin Delano Roosevelt. Esta Ley otorgó a la SEC amplios poderes para regular el sector de valores, incluida la Bolsa de Valores de Nueva York, y también permitió acciones civiles contra personas y empresas que violaron la Ley. EUA. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION (SEC). Disponible en: <<https://www.sec.gov/>>. Acceso en: 15 de marzo de 2021.

22. El DOJ es similar al Ministerio de Justicia de Brasil.

23. EUA. THE FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT OF 1977 (FCPA). Disponible en: <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>>. Acceso en 1º de marzo de 2021.

24. INTERACT. Disponible en: <<https://www.interact.com.br/noticia/compliance-na-historia-o-nascimento-da-area/?pt>>. Acceso en 06 de abril de 2021.

25. TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Disponible en: <<https://www.transparency.org/en/about>>. Acceso en: 12 de mayo de 2021.

26. La Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, concluida en París, el 17 de diciembre de 1997, fue promulgada en Brasil por el Decreto n° 3.678, de 30 de noviembre de 2000.

27. CASSEN, Bernard. “Transparência Internacional” ou cortina de fumaça? Disponible en: <<https://diplomatie.org.br/transparencia-internacional-ou-cortina-de-fumaca/>>. Acceso en: 15 de marzo de 2021.

28. “Artículo 1. 1. 1. Cada parte tomará las medidas que sean necesarias para tipificar que conforme a su jurisprudencia es un delito penal que una persona deliberadamente ofrezca, prometa o conceda cualquier ventaja indebida pecuniaria o de otra índole a un servidor público extranjero, ya sea que lo haga en forma directa o mediante intermediarios, para beneficio de éste o para un tercero; para que ese servidor actúe o se abstenga de hacerlo en relación con el cumplimiento de deberes oficiales, con el propósito de obtener o de quedarse con un negocio o de cualquier otra ventaja indebida en el manejo de negocios internacionales.”. BRASIL. DECRETO N° 3.678, DE 30 DE NOVIEMBRE DE 2000. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm>. Acceso en: 15 de septiembre de 2021.

29. ZANIN, Cristiano; MARTINS, Valeska e VALIM, Rafael. “Lawfare: uma introdução”. São Paulo: Contracorrente, 2019, p. 49.

30. OCDE. OECD 1976 Declaration on International Investment and Multinational Enterprises. Disponible en: <<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0144>>. Acceso en: 03 de mayo de 2021.

31. ONU. OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances. Disponible en: <<https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/illicit-trafficking.html>>. Acceso en: 12 marzo de 2021.

32. Brasil promulgó la Convención por el Decreto n° 154, de 1991. BRASIL. DECRETO N° 154 DE 26 DE JUNIO DE 1991. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm>. Acceso en: 15 de septiembre de 2021.

33. FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF). Disponible en: <<https://www.fatf-gafi.org/about/>>. Acceso en 20 de febrero de 2020.

34. EUROPA. CONSELHO DA EUROPA. Civil Law Convention on Corruption. Disponible en: <<https://rm.coe.int/168007f3f6>>. Acceso en: 15 de marzo de 2021.

35. EUROPA. CONSELHO DA EUROPA. Criminal Law Convention on Corruption. Disponible en: <<https://rm.coe.int/168007f3f5>>. Acceso en: 15 de marzo de 2021.

36. ÁFRICA. UNIÃO AFRICANA. Convenção Africana sobre a Prevenção e Combate à Corrupção. Disponible en: <https://au.int/sites/default/files/treaties/36382-treaty-0028_-_african_union_convention_on_preventing_and_combating_corruption_p.pdf>. Acceso en 06 de abril de 2021.

37. “El Comité de Basilea, inicialmente denominado Comité de Normas Bancarias y Prácticas de Supervisión, fue establecido por los gobernadores de los bancos centrales del Grupo de los Diez países a fines de 1974, luego de graves perturbaciones en los mercados monetarios y bancarios internacionales (...) El Comité, con sede en el Banco de Pagos Internacionales de Basilea, se estableció para mejorar la estabilidad financiera mejorando la calidad de la supervisión bancaria en todo el mundo y para servir como foro de cooperación regular entre sus países miembros en materia de supervisión bancaria. (...) Desde su creación, el Comité de Basilea ha ampliado su membresía del G10 a 45 instituciones de 28 jurisdicciones (...) El Comité ha establecido una serie de estándares internacionales para la regulación bancaria, más notablemente sus publicaciones históricas de los acuerdos sobre suficiencia de capital que se conocen comúnmente como Basilea I, Basilea II y, más recientemente, Basilea III”. BANCO DE COMPENSAÇÕES INTERNACIONAIS (BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS (BIS)). THE BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION (BCBS). Disponible en: <<https://www.bis.org/bcbs/>>. Acceso en: 15 de septiembre de 2021.

38. BANCO DE COMPENSAÇÕES INTERNACIONAIS (BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS (BIS)). THE BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION (BCBS). Prevention of criminal use of the banking system for the purpose of money-laundering. Disponible en: <<https://www.bis.org/publ/bcbsc137.htm>>. Acceso en: 15 de septiembre de 2021.

39. La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, también conocida como Convención de Palermo, es el principal instrumento internacional en la lucha contra el crimen organizado transnacional. Fue adoptada por la resolución de la Asamblea General 55/25 del 15 de noviembre de 2000 y entró en vigor el 29 de septiembre de 2003. La Convención se complementa además con tres Protocolos, que tienen por objeto ámbitos y manifestaciones de la delincuencia organizada: el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños; el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire; y el Protocolo contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, sus Piezas y Componentes y Municiones. ONU. OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto <<https://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/intro/UNTOC.html>>. Acceso en: 03 de mayo de 2021.

40. La Convención Interamericana contra la Corrupción, de 29 de marzo de 1996, fue promulgada en Brasil por el Decreto n. 4410 de 7 de octubre de 2002, con reserva para o art. XI, parágrafo 1o, inciso “c”. BRASIL. DECRETO Nº 4410 DE 7 DE OCTUBRE DE 2002. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm>.

41. OEA. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_reptom_normas.pdf>. Acceso en: 12 marzo de 2021.

42. ONU. UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. A/RES/3514(XXX). Measures against corrupt practices of transnational and other corporations, their intermediaries and others involved. Disponible en: <[https://undocs.org/en/A/RES/3514\(XXX\)](https://undocs.org/en/A/RES/3514(XXX))>. Acceso en: 03 de mayo de 2021.

43. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 9 de diciembre de 2003, fue promulgada en Brasil por el Decreto n. 5687 de 31 de enero de 2006.

44. Los acuerdos de cooperación internacional suscritos con autoridades extranjeras en el marco de la Operación Lava Jato tienen su origen, en gran parte, en estos convenios internacionales cuyo objetivo era incentivar la creación de instrumentos normativos para combatir la corrupción.

45. EUA. CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE (CRS). Foreign Corrupt Practices Act (FCPA): Congressional Interest and Executive Enforcement, In Brief. Michael V. Seitzinger, Legislative Attorney. March 15, 2016. Disponible en: <<https://sgp.fas.org/crs/misc/R41466.pdf>> Acceso en: 30 de septiembre de 2021. De acuerdo con el sitio web, “These documents were prepared by the Congressional Research Service (CRS). CRS serves as nonpartisan shared staff to congressional committees and Members of Congress. It operates solely at the behest of and under the direction of Congress”.

46. EUA. CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE (CRS). Foreign Corrupt Practices Act (FCPA): Congressional Interest and Executive Enforcement, In Brief. Michael V. Seitzinger, Legislative Attorney. March 15, 2016. Disponible en: <<https://sgp.fas.org/crs/misc/R41466.pdf>> Acceso en: 30 de septiembre de 2021. De acuerdo con el sitio web, “These documents were prepared by the Congressional Research Service (CRS). CRS serves as nonpartisan shared staff to congressional committees and Members of Congress. It operates solely at the behest of and under the direction of Congress”.

47. FCPA Americas. Disponible en: <<https://fcpamericas.com/languages/portugues/introducao/#>>. Acceso en 22 de febrero de 2021.

48. MARTINS, Tiago do Carmo. *O Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) e uma reflexão sobre o microssistema anticorrupção brasileiro.* Revista Digital de Direito Administrativo, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 88-111, 2021. Disponible en: <<https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/185311>>. Acceso en: 29 set. 2021. El autor señala que: “En esto, hay un gran contraste con la Ley Anticorrupción de Brasil, Ley 12.846/2013, que, aunque inspirada en la contraparte norteamericana, prevé un régimen de responsabilidad objetiva de la empresa corrupta, por el simple hecho de no tener adoptado medidas que eviten el resultado de la corrupción; mientras que la FCPA “prevé la responsabilidad de las empresas solo si se prueba que autorizaron (implícita o explícitamente) o tuvieron conocimiento de actos de terceros, como abogados o consultores, considerados ilícitos”. En el original: “Nisto há grande contraste com a Lei Anticorrupção brasileira, Lei 12.846/2013, a qual, embora se inspire na congênere norte-americana, prevê regime de responsabilidade objetiva da empresa corrupta, pelo simples fato de não ter adotado medidas que evitem o resultado corrupção; enquanto o FCPA “prevê a responsabilidade das empresas apenas se provado que ela autorizou (implícita ou explícitamente) ou tinha conhecimento de atos de terceiros, como advogados ou consultores, considerados ilícitos”.

49. EUA. CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE (CRS). *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA): Congressional Interest and Executive Enforcement, In Brief.* Michael V. Seitzinger, Legislative Attorney. March 15, 2016. Disponible en: <<https://sgp.fas.org/crs/misc/R41466.pdf>> Acceso en: 30 de septiembre de 2021.

50. El 3 de julio de 2020, la División Criminal del DOJ y la División de Ejecución de la SEC publicaron una nueva versión del documento *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act* o Guía Práctica de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, en traducción libre, que había sido publicada por primera vez en noviembre de 2012, con el objetivo de brindar a las empresas y profesionales que laboran en compliance, información detallada sobre los conceptos y aplicación de la FCPA. La Guía práctica presenta casos hipotéticos y jurisprudencia relacionados con la aplicación de la FCPA, así como opiniones emitidas por el DOJ. Los principales temas abordados son: (i) quién está sujeto a las disposiciones contables y antisoborno de la FCPA; (ii) la definición de “funcionario extranjero”; (iii) el alcance extraterritorial de la FCPA; (iv) tipos de pagos correctos e incorrectos; (v) aplicación de la responsabilidad del sucesor en el contexto de fusiones y adquisiciones; (vi) los sellos distintivos de un programa de compliance

corporativo efectivo; y (vii) los diferentes tipos de resoluciones civiles y penales disponibles en el contexto de la FCPA. La Guía Práctica también establece los factores considerados por el DOJ y la SEC al decidir abrir una investigación o presentar cargos, como, entre otros, la divulgación voluntaria, la cooperación total y la reparación oportuna y adecuada, incluida la implementación de un programa efectivo de compliance y ética. Sobre estos y otros temas, la Guía proporciona información detallada sobre los requisitos legales, así como información sobre las políticas y prácticas de cumplimiento del DOJ y la SEC a través de hipótesis, ejemplos de acciones de cumplimiento y declinaciones, y resúmenes de la jurisprudencia aplicable. DEPARTMENT OF JUSTICE (DOJ) AND SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION (SEC). *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices*. Disponible en: <[justice.gov/criminal-fraud/file/1292051/download](https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1292051/download)>. Acceso en: 03 de septiembre de 2021.

51. Guía Práctica de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, p. 10. En el original: “The FCPA’s anti-bribery provisions apply to corrupt payments made to (1) “any foreign official”; (2) “any foreign political party or official thereof”; (3) “any candidate for foreign political office”; or (4) any person, while knowing that all or a portion of the payment will be offered, given, or promised to an individual falling within one of these three categories.¹¹¹ Although the statute distinguishes between a “foreign official”, “foreign political party or official thereof,” and “candidate for foreign political office,” the term “foreign official” in this guide generally refers to an individual falling within any of these three categories. The FCPA defines “foreign official” to include: any officer or employee of a foreign government or any department, agency, or instrumentality thereof, or of a public international organization, or any person acting in an official capacity for or on behalf of any such government or department, agency, or instrumentality, or for or on behalf of any such public international organization.¹¹² As this language makes clear, the FCPA broadly applies to corrupt payments to “any” officer or employee of a foreign government and to those acting on the foreign government’s behalf.¹¹³ The FCPA thus covers corrupt payments to low-ranking employees and high-level officials alike.¹¹⁴ The FCPA prohibits payments to foreign officials, not to foreign governments. ¹¹⁵ That said, companies contemplating contributions or donations to foreign governments should take steps to ensure that no monies are used for corrupt purposes, such as the personal benefit of individual foreign officials”. EUA. DEPARTMENT OF JUSTICE (DOJ) AND SECURITIES AND

EXCHANGE COMMISSION (SEC). A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices. Disponible en: <justice.gov/criminal-fraud/file/1292051/download>. Acceso en: 03 de septiembre de 2021.

52. MARTINS, Tiago do Carmo. O Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) e uma reflexão sobre o microssistema anticorrupção brasileiro. Revista Digital de Direito Administrativo, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 88-111, 2021. Disponible en: <<https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/185311>>. Acceso en: 29 set. 2021.

53. Guía Práctica de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, p. 10. En el original: “The FCPA applies only to payments, offers, or promises made for the purpose of: (i) influencing any act or decision of a foreign official in his official capacity, (ii) inducing a foreign official to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such official, (iii) securing any improper advantage; or (iv) inducing a foreign official to use his influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality.⁶³ In addition, the payment, offer, or promise must be made in order to assist “in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person.”⁶⁴ This requirement is known as the “business purpose test” and is broadly interpreted.⁶⁵ Not surprisingly, many enforcement actions involve bribes to obtain or retain government contracts.⁶⁶ The FCPA also prohibits bribes in connection with conducting business or to gain a business advantage.⁶⁷ For example, bribe payments made to secure favorable tax treatment, to reduce or eliminate customs duties, to obtain government action to prevent competitors from entering a market, or to circumvent a licensing or permit requirement, can all satisfy the business purpose test.⁶⁸”. EUA. DEPARTMENT OF JUSTICE (DOJ) AND SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION (SEC). A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices. Disponible en: <justice.gov/criminal-fraud/file/1292051/download>. Acceso en: 03 de septiembre de 2021.

54. Guía Práctica de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, p. 10. En el original: “The FCPA’s anti-bribery provisions can apply to conduct both inside and outside the United States. Issuers and domestic concerns—as well as their officers, directors, employees, agents, or stockholders—may be prosecuted for using the U.S. mails or any means or instrumentality of interstate commerce in furtherance of a corrupt payment to a foreign official. The Act defines “interstate commerce” as “trade, commerce, transportation, or communication among the several States, or between any foreign country and any State or between any Sta

te and any place or ship outside thereof” The term also includes the intrastate use of any interstate means of communication, or any other interstate instrumentality. Thus, placing a telephone call or sending an e-mail, text message, or fax from, to, or through the United States involves interstate commerce—as does sending a wire transfer from or to a U.S. bank or otherwise using the U.S. banking system, or traveling across state borders or internationally to or from the United States”. EUA. DEPARTMENT OF JUSTICE (DOJ) AND SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION (SEC). A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices. Disponible en: <justice.gov/criminal-fraud/file/1292051/download>. Acceso en: 03 de septiembre de 2021.

55. PRONER, Carol. Quando a parcialidade é extraterritorial, tudo se explica. In: Lenio Streck; Marco Aurélio de Carvalho. (Org.). O livro das suspeições: o que fazer quando sabemos que Moro era parcial e suspeito? 1ed. Rio de Enero: Editora Telha, 2020, p. 284-299.

56. “Un caso de extraterritorialidad evidente involucra a la empresa brasileña J&F, acusada de pagar sobornos a autoridades en Brasil para acceder a financiamiento público y otras oportunidades de negocios. Aunque los sobornos beneficiaron a los funcionarios públicos brasileños, para facilitar los negocios en Brasil; y mientras las autoridades nacionales ya estaban investigando el esquema, incluyendo la ejecución de acuerdos de clemencia y colaboración premiada; el DOJ y la SEC también iniciaron acciones contra la empresa brasileña, basándose en que los pagos se realizaron a través de bancos e inmuebles ubicados en Estados Unidos. J&F acordó pagar una multa de US\$ 256 millones a las autoridades estadounidenses, que tuvo en cuenta en este cálculo el monto ya negociado con las autoridades brasileñas”. Continúa: “Como dijo el agente especial del FBI a cargo de las investigaciones, James A. Dawson: “No importa dónde tenga lugar, el FBI y nuestros socios globales están comprometidos a erradicar la corrupción que traiciona la confianza pública y amenaza la economía libre. Este acuerdo demuestra el compromiso del FBI con la lucha contra la corrupción extranjera que azota a los Estados Unidos, y [estas] acciones envían un fuerte mensaje de que no transigiremos en nuestros esfuerzos por cumplir con la ley y hacer que todos los responsables jueguen de la misma manera bajo las normas justas”. FOX, Tom. J&F FCPA Resolution: Bribery Schemes, Huge Fines, and Lessons Learned for Today’s Compliance Professionals. 2020. Disponible en: <<https://www.corporatecomplianceinsights.com/jf-fcpa-resolution/>>. Acceso en: 21/02/2021.

57. STANFORD LAW SCHOOL. Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse: a collaboration with Sullivan & Cromwell LLP. Disponible en: <<http://fcpa.stanford.edu/>>. Acceso en: 13/09/2021.

58. Guía Práctica de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, p. 10. En el original: "For the local law defense to apply, a defendant must establish that "the payment, gift, offer, or promise of anything of value that was made, was lawful under the written laws and regulations of the foreign official's, political party's, party official's, or candidate's country". The defendant must establish that the payment was lawful under the foreign country's written laws and regulations at the time of the offense. In creating the local law defense in 1988, Congress sought "to make clear that the absence of written laws in a foreign official's country would not by itself be sufficient to satisfy this defense". EUA. DEPARTMENT OF JUSTICE (DOJ) AND SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION (SEC). A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices. Disponible en: <justice.gov/criminal-fraud/file/1292051/download>. Acceso en: 03 de septiembre de 2021.

59. Guía Práctica de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, p. 24. En el original: "Nevertheless, if a defendant can establish that conduct that otherwise falls within the scope of the FCPA's anti-bribery provisions was lawful under written, local law, he or she would have a defense to prosecution". EUA. DEPARTMENT OF JUSTICE (DOJ) AND SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION (SEC). A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices. Disponible en: <justice.gov/criminal-fraud/file/1292051/download>. Acceso en: 03 de septiembre de 2021.

60. "Otro punto interesante es que los actos de conspiración en los que individuos o empresas combinan la práctica de la corrupción pueden enmarcarse en la FCPA, independientemente de la ocurrencia real del soborno. Por lo tanto, en caso de que una empresa extranjera que no tenga valores registrados en la SEC se colude con una empresa estadounidense para realizar un acto prohibido por la FCPA, ambas están sujetas a responsabilidad en virtud del estatuto. Algo un poco similar al delito de organización criminal previsto en la legislación brasileña o al delito de formación de cártel, que se satisface con el mero ajuste de la fijación de precios o el dominio del mercado, independientemente de la consecución efectiva del resultado". Guía Prático da Lei de Práticas de Corrupção no Exterior, p. 35. EUA. DEPARTMENT OF JUSTICE (DOJ) AND SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION (SEC). A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices.

Disponible en: <justice.gov/criminal-fraud/file/1292051/download>. Acceso en: 03 de septiembre de 2021.

61. ROMANO, Silvina. El lawfare para América Latina en la era Trump Disponible en: <<https://www.nodal.am/2020/10/el-lawfare-para-america-latina-en-la-era-trump-por-silvina-m-romano-especial-para-nodal/>>. Acceso en: 12 marzo de 2021.

62. “Artículo 2. Para la realización de los Propósitos consignados en el Artículo 1, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios: 1. La Organización esta basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros.”. Carta de las Naciones Unidas. Disponible en: <<https://www.un.org/es/about-us/un-charter/chapter-1>> Acceso en: 15 de julio de 2021.

63. ZANIN MARTINS, y otros. “Lawfare, uma introdução”. São Paulo: Contracorrente, 2019.

64. La OFAC se creó formalmente en diciembre de 1950, luego de la entrada de China en la Guerra de Corea, cuando el presidente Harry S. Truman declaró una emergencia nacional y bloqueó todos los activos chinos y norcoreanos sujetos a la jurisdicción estadounidense.

65. En el original: la OFAC “administers and enforces economic and trade sanctions based on US foreign policy and national security goals against targeted foreign countries and regimes, terrorists, international narcotics traffickers, those engaged in activities related to the proliferation of weapons of mass destruction, and other threats to the national security, foreign policy or economy of the United States”. EUA. U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY. OFAC. Office of Foreign Assets Control - Sanctions Programs and Information. Disponible en: <<https://home.treasury.gov/policy-issues/office-of-foreign-assets-control-sanctions-programs-and-information>>. Acceso en: 03 de mayo de 2021.

66. EUA. U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY. OFAC. Office of Foreign Assets Control - Sanctions Programs and Information. Disponible en: <<https://home.treasury.gov/policy-issues/office-of-foreign-assets-control-sanctions-programs-and-information>>. Acceso en: 03 de mayo de 2021.

67. En el original: “Investigating violations of federal law by public officials at the federal, state, and local levels of government; Overseeing the nationwide investigation of allegations of fraud related to federal government procurement, contracts, and federally funded programs; Combating the threat of public corruption along the nation’s borders and points of entry in order to decrease the

country's vulnerability to drug and weapons trafficking, alien smuggling, espionage, and terrorism; Addressing environmental crime, election fraud, and matters concerning the federal government procurement, contracts, and federally funded programs". EUA. FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION (FBI). PUBLIC CORRUPTION. Disponible en: <https://www.fbi.gov/investigate/public-corruption>
Acceso en: 03 de mayo de 2021.

68. En el original: "Overseeing the Bureau's Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) and antitrust cases; Maintaining operational oversight of several International Contract Corruption Task Forces, which investigate and prosecute individuals and firms engaged in bribery, illegal gratuities, contract extortion, bid rigging, collusion, conflicts of interest, product substitution, items and/or services invoiced without delivery, theft, diversion of goods, and individual and corporate conspiracies on every level of U.S. government operations". EUA. FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION (FBI). PUBLIC CORRUPTION. Disponible en: <https://www.fbi.gov/investigate/public-corruption>
Acceso en: 03 de mayo de 2021.

69. EUA. FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION (FBI). PUBLIC CORRUPTION. Disponible en: <https://www.fbi.gov/investigate/public-corruption>. Acceso en: 03 de mayo de 2021.

70. En el original: "The ICS are a vital resource to combat international cartels and corruption. The violations addressed by the ICS are equally recognized by both DOJ and the FBI as risks to U.S. national interests. These squads not only lend additional resources to a global threat, but they also allow the FBI to attack the matters and use sophisticated investigative techniques that have long been successfully utilized by the FBI to address complex criminal matters". EUA. FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION (FBI). PUBLIC CORRUPTION. Disponible en: <https://www.fbi.gov/investigate/public-corruption>. Acceso en: 03 de mayo de 2021.

71. Quizás el principal ejemplo de esta cercanía sea el de la agente Leslie R. Backschie, designada en 2014 para ayudar en las investigaciones brasileñas. La historia fue contada por Agência Pública, en un reportaje de la serie "Vaza Jato". Leslie ha participado en conferencias de abogados del DOJ y agentes del FBI a los fiscales federales para enseñar el funcionamiento de la FCPA. Actualmente, encabeza la Unidad Internacional de Corrupción del FBI, la misma que abrió una oficina en Miami solo para investigar casos de corrupción en países estratégicos de Sudamérica. El enfoque de la unidad está en la especialidad de Leslie: hacer cumplir la FCPA. CONJUR. Ligação entre "lava jato" e agentes do FBI vem se estreitando desde

2014. Disponible en: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-01/ligacao-entre-la-va-jato-fbi-vem-estreitando-2014>>. Acceso en: 15 de septiembre de 2021.

72. EUA. NATIONAL SECURITY AGENCY CENTRAL SECURITY SERVICE (NSS/CSS). Disponible en: <<https://www.nsa.gov/>>. Acceso en: 15 de marzo de 2021.

73. En el original: “The National Security Agency/Central Security Service (NSA/CSS) is a key member of the Intelligence Community and, by its very nature, requires a high degree of confidentiality. The Agency collects, processes, and disseminates intelligence information from foreign electronic signals for national foreign intelligence and counterintelligence purposes and to support military operations. NSA/CSS is also tasked with preventing foreign adversaries from gaining access to classified national security information”. EUA. NATIONAL SECURITY AGENCY CENTRAL SECURITY SERVICE (NSS/CSS). Disponible en: <<https://www.nsa.gov/>>. Acceso en: 15 de marzo de 2021.

74. FCPA COMPLIANCE AND ETHICS REPORT. THE REPORT ON ALL THINGS COMPLIANCE RELATED. Disponible en: <<https://fcpacompliancereport.com/>>. Acceso en 22 de febrero de 2021.

75. El Patriot Act de 2001 otorgó a los órganos de seguridad de los Estados Unidos el derecho a adoptar medidas extremas que no requieren autorización especial del sistema de justicia. Entre ellos, interceptaciones telefónicas y acceso a correos electrónicos de organizaciones y personas de cualquier nacionalidad cuando sean sospechosas de involucrarse en terrorismo internacional. Más concretamente, su título 3, titulado “International Money Laundering Abatement and Financial Anti-Terrorism Act of 2001”, está dedicado a la prevención, detección y enjuiciamiento del blanqueo de capitales internacional y la financiación del terrorismo. Entre las agencias que se beneficiaron de esta ampliación de las prerrogativas de la Patriot Act, la principal fue la National Security Agency (NSA), entidad que, como denunció Edward Snowden en 2013, es la mayor agencia de espionaje del mundo.

76. FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF). Disponible en: <<https://www.fatf-gafi.org/about/>>. Acceso en 20 de febrero de 2020. “El Grupo de Acción Financiera Internacional (FATF, por sus siglas en inglés) es el organismo de control mundial contra el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo. El organismo intergubernamental establece estándares internacionales que tienen como objetivo prevenir estas actividades ilegales y el daño que causan a la sociedad. Como organismo de formulación de políticas, el GAFI trabaja para generar la

voluntad política necesaria para llevar a cabo reformas legislativas y reglamentarias nacionales en estas áreas. Con más de 200 países y jurisdicciones comprometidos con su implementación. El GAFI ha desarrollado las Recomendaciones del GAFI, o Estándares del GAFI, que aseguran una respuesta global coordinada para prevenir el crimen organizado, la corrupción y el terrorismo. Ayudan a las autoridades a perseguir el dinero de los delincuentes que trafican con drogas ilegales, trata de personas y otros delitos. El GAFI también trabaja para detener la financiación de armas de destrucción masiva. El GAFI revisa las técnicas de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo y fortalece continuamente sus estándares para abordar nuevos riesgos, como la regulación de activos virtuales, que se han extendido a medida que las criptomonedas ganan popularidad. El GAFI monitorea a los países para garantizar que implementen los Estándares del GAFI de manera completa y efectiva, y pide cuentas a los países que no cumplen”.

77. ZAFFARONI, Raúl Zaffaroni. *El derecho latino-americano en la fase superior del colonialismo.* Buenos aires: Ediciones Madres de la Plaza de Mayo, 2015, p.

61. Disponible en: <<http://www.matiashailone.com/dip/Zaffaroni%20-%20El%20derecho%20latinoamericano%20en%20la%20fase%20superior%20del%20capitalismo.pdf>>. Acceso en 8 de marzo de 2021.

78. FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF). Disponible en: <<https://www.fatf-gafi.org/about/>>. Acceso en 20 de febrero de 2020.

79. “29. Financial intelligence units. Countries should establish a financial intelligence unit (FIU) that serves as a national centre for the receipt and analysis of: (a) suspicious transaction reports; and (b) other information relevant to money laundering, associated predicate offences and terrorist financing, and for the dissemination of the results of that analysis. The FIU should be able to obtain additional information from reporting entities, and should have access on a timely basis to the financial, administrative and law enforcement information that it requires to undertake its functions properly”. FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF). Disponible en: <<https://www.fatf-gafi.org/about/>>. Acceso en 20 de febrero de 2020.

80. EGMONT GROUP. Disponible en: <<https://egmontgroup.org/en/>>. Acceso en: 15 de septiembre de 2021.

81. BRASIL. CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS (COAF). Disponible en: <<https://www.gov.br/coaf/pt-br>>. Acceso en: 15 de septiembre de 2021.

82. GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA DE LATINOAMÉRICA (GAFILAT). Disponible en: <<https://www.gafilat.org/index.php/es/>>. Acceso en: 15 de septiembre de 2021.

83. GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA DE LATINOAMÉRICA (GAFILAT). Disponible en: <<https://www.gafilat.org/index.php/es/>>. Acceso en: 15 de septiembre de 2021.

Referencias

ÁFRICA. UNIÃO AFRICANA. *Convenção Africana sobre a Prevenção e Combate à Corrupção*. Disponible en: <https://au.int/sites/default/files/treaties/36382-treaty-0028_-_african_union_convention_on_preventing_and_combating_corruption_p.pdf>. Acceso en 06 de abril de 2021.

BANCO DE COMPENSAÇÕES INTERNACIONAIS (BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS (BIS)). THE BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION (BCBS). Disponible en: <<https://www.bis.org/bcbs/>>. Acceso en: 15 de septiembre de 2021.

BANCO DE COMPENSAÇÕES INTERNACIONAIS (BANK FOR INTERNATIONAL SETTLEMENTS (BIS)). THE BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION (BCBS). *Prevention of criminal use of the banking system for the purpose of money-laundering*. Disponible en: <<https://www.bis.org/publ/bcbcs137.htm>>. Acceso en: 15 de septiembre de 2021.

BRAGATO, Adelita Aparecida. *O Compliance no Brasil: A empresa entre a ética e o lucro*. Dissertação de mestrado. Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho. São Paulo, 2017, p. 74. Disponible en: <<https://bibliotecatede.uninove.br/bitstream/tede/1646/2/Adelita%20Aparecida%20Podadera%20Bachelani%20Bragato.pdf>>. Acceso en 06 de abril de 2021.

BRASIL. CARTILHA. 2016. *CONVENÇÃO SOBRE O COMBATE DA CORRUPÇÃO DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS ESTRANGEIROS EM TRANSAÇÕES COMERCIAIS INTERNACIONAIS*. MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLE - MTFC. Disponible en: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-da-ocde/arquivos/cartilha-ocde-2016.pdf>>. Acceso en: 06 de abril de 2021.

BRASIL. CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS (COAF). Disponible en: <<https://www.gov.br/coaf/pt-br>>. Acceso en: 15 de septiembre de 2021.

BRASIL. DECRETO Nº 154 DE 26 DE JUNHO DE 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm>. Acesso em: 15 de setembro de 2021.

BRASIL. DECRETO Nº 3.678, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3678.htm>. Acesso em: 15 de setembro de 2021.

BRASIL. DECRETO Nº 4410 DE 7 DE OUTUBRO DE 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm>. Acesso em: 15 de setembro de 2021.

BRASIL. LEI Nº 9.613, DE 3 DE MARÇO DE 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613.htm>. Acesso em: 15 de setembro de 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLE (MTFC). SECRETARIA DE TRANSPARÊNCIA E PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO. Convenção Interamericana contra a Corrupção. Cartilha. 2016. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/articulacao-internacional-1/convencao-da-oea/documentos-relevantes/arquivos/cartilha-oea-2016.pdf>>. Acesso em: 20 de setembro de 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA, FISCALIZAÇÃO E CONTROLE (MTFC). SECRETARIA DE TRANSPARÊNCIA E PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO. CARTILHA. 2016. Convenção Sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/articulacao-internacional-1/convencao-da-ocde/arquivos/cartilha-ocde-2016.pdf>>. Acesso em: 06 de abril de 2021.

CASSEN, Bernard. “Transparência Internacional” ou cortina de fumaça? Disponível em: <<https://diplomatie.org.br/transparencia-internacional-ou-cortina-de-fumaca/>>. Acesso em: 15 de março de 2021.

CONJUR. Ligação entre “lava jato” e agentes do FBI vem se estreitando desde 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-01/ligacao-entre-lava-jato-fbi-vem-estreitando-2014>>. Acesso em: 15 de setembro de 2021.

EGMONT GROUP. Disponible en: <<https://egmontgroup.org/en>>. Acceso en: 15 de septiembre de 2021.

EUA. CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE (CRS). Foreign Corrupt Practices Act (FCPA): Congressional Interest and Executive Enforcement, In Brief. Michael V. Seitzinger, Legislative Attorney. March 15, 2016. Disponible en: <<https://sgp.fas.org/crs/misc/R41466.pdf>> Acceso en: 30 de septiembre de 2021.

EUA. DEPARTMENT OF JUSTICE (DOJ). Foreign Corrupt Practices Act (FCPA). Disponible en: <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>>. Acceso en 22 de febrero de 2021.

EUA. DEPARTMENT OF JUSTICE (DOJ) AND SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION (SEC). A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices. Disponible en: <[justice.gov/criminal-fraud/file/1292051/download](https://www.justice.gov/criminal-fraud/file/1292051/download)>. Acceso en: 03 de septiembre de 2021.

EUA. DRUG ENFORCEMENT AGENCY (DEA). Disponible en: <<https://www.dea.gov/>>. Acceso en 15 de septiembre de 2021.

EUA. FEDERAL BUREAU OF INVESTIGATION (FBI). PUBLIC CORRUPTION. Disponible en: <<https://www.fbi.gov/investigate/public-corruption>>. Acceso en: 03 de mayo de 2021.

EUA. FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF). Disponible en: <<https://www.fatf-gafi.org>>. Acceso en 22 de febrero de 2021.

EUA. NATIONAL SECURITY AGENCY CENTRAL SECURITY SERVICE (NSS/CSS). Disponible en: <<https://www.nsa.gov/>>. Acceso en: 15 de marzo de 2021.

EUA. NATIONAL SECURITY STRATEGY OF THE UNITED STATES (2003). Disponible en: <<http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.html>>. Acceso en: 04 de octubre de 2021.

EUA. NATIONAL SECURITY STRATEGY OF THE UNITED STATES OF AMERICA. December 1917. Disponible en: <<https://trumpwhitehouse.archives.gov/wp-content/uploads/2017/12/NSS-Final-12-18-2017-0905.pdf>>. Acceso en 15 de febrero de 2021.

EUA. OFFICE OF THE SECRETARY OF DEFENSE (OSD). THE HISTORICAL OFFICE OF THE OFFICE OF THE SECRETARY OF DEFENSE (OSD). Disponible en: <<https://history.defense.gov/Historical-Office/Mission/>>. Acceso en: 24 de agosto de 2021.

EUA. SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION (SEC). Disponible en: <<https://www.sec.gov/>>. Acceso en: 15 de marzo de 2021.

EUA. SOUTHCOM. Acceso en: <https://www.southcom.mil/Portals/7/Documents/SOUTHCOM_Strategy_2019.pdf?ver=2019-05-15-131647-353>. Acceso en 1º de marzo de 2021.

EUA. THE FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT OF 1977 (FCPA). Disponible en: <<https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>>. Acceso en 1º de marzo de 2021.

EUA. THE NATIONAL DEFENSE STRATEGY OF THE UNITED STATES OF AMERICA. March 2005. Disponible en: <<https://archive.defense.gov/news/Mar2005/d20050318nds1.pdf>>. Acceso en 20 de febrero de 2021.

EUA. UNITED STATES SOUTHERN COMMAND STRATEGY (SOUTHCOM). Disponible en: <https://www.southcom.mil/Portals/7/Documents/SOUTHCOM_Strategy_2019.pdf?ver=2019-05-15-131647-353>. Acceso en 20 de febrero de 2021.

EUA. UNITED STATES AGENCY FOR INTERNATIONAL DEVELOPMENT (USAID). Disponible en: <<https://www.usaid.gov/>>. Acceso en: 04 de octubre de 2021.

EUA. UNITED STATES AGENCY FOR INTERNATIONAL DEVELOPMENT (USAID). USAID ANTICORRUPTION STRATEGY. <<https://www.usaid.gov/sites/default/files/documents/1868/200mbo.pdf>>. Acceso en: 04 de octubre de 2021.

EUA. UNITED STATES AGENCY FOR INTERNATIONAL DEVELOPMENT (USAID). CENTER FOR DEMOCRACY, HUMAN RIGHTS, AND GOVERNANCE (DRG CENTER). Disponible en: <<https://www.usaid.gov/democracy/democracy-human-rights-and-governance-center>>. Acceso en: 24 de agosto de 2021.

EUA. UNITED STATES AGENCY FOR INTERNATIONAL DEVELOPMENT (USAID). USAID STRATEGY FOR DEMOCRACY, HUMAN RIGHTS AND GOVERNANCE (JUNE 2013). Disponible en: <https://www.usaid.gov/sites/default/files/documents/1866/USAID-DRG_fina_6-24-31.pdf>. Acceso en: 24 de agosto de 2021.

EUA. U.S. ARMY. U.S. Army Special Forces Unconventional Warfare Training Manual November 2010. Disponible en: <<https://publicintelligence.net/u-s-army-special-forces-unconventional-warfare-training-manual-november-2010/>>. Acceso en 03 de marzo de 2021.

EUA. U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY. OFAC. Office of Foreign Assets Control - Sanctions Programs and Information. Disponible en: <<https://home.treasury.gov/policy-issues/office-of-foreign-assets-control-sanctions-programs-and-information>>. Acceso en: 03 de mayo de 2021.

EUROPA. CONSELHO DA EUROPA. Civil Law Convention on Corruption. Disponible en: <<https://rm.coe.int/168007f3f6>>. Acceso en: 15 de marzo de 2021.

EUROPA. CONSELHO DA EUROPA. Criminal Law Convention on Corruption. Disponible en: <<https://rm.coe.int/168007f3f5>>. Acceso en: 15 de marzo de 2021.

FCPA Americas. Disponible en: <<https://fcpamericas.com/languages/portugues/introducao/#>>. Acceso en 22 de febrero de 2021.

FCPA COMPLIANCE AND ETHICS REPORT. THE REPORT ON ALL THINGS COMPLIANCE RELATED. Disponible en: <<https://fcpacompliancereport.com/>>. Acceso en 22 de febrero de 2021.

FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF). Disponible en: <<https://www.fatf-gafi.org/about/>>. Acceso en 20 de febrero de 2020.

FOX, Tom. J&F FCPA Resolution: Bribery Schemes, Huge Fines, and Lessons Learned for Today's Compliance Professionals. 2020. Disponible en: <<https://www.corporatecomplianceinsights.com/jf-fcpa-resolution/>>. Acceso en: 21 de febrero de 2021.

GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA DE LATINOAMÉRICA (GAFILAT). Disponible en: <<https://www.gafilat.org/index.php/es/>>. Acceso en: 15 de septiembre de 2021.

HAMMERGREN, Linn. Expanding the Rule of Law: Judicial Reform in Latin America, 4 Wash. U. Global Stud. L. Rev. 601 (2005). Disponible en: <https://openscholarship.wustl.edu/law_globalstudies/vol4/iss3/8/>. Acceso en: 12 de mayo de 2021.

INTERACT. Disponible en: <<https://www.interact.com.br/noticia/compliance-na-historia-o-nascimento-da-area/?pt>>. Acceso en 06 de abril de 2021.

MARTINS, Tiago do Carmo. O Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) e uma reflexão sobre o microssistema anticorrupção brasileiro. Revista Digital de Direito Administrativo, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 88-111, 2021. Disponible en: <<https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/185311>>. Acceso en: 29 set. 2021.

NIXON FOUNDATION. Disponible en: <<https://www.nixonfoundation.org/2016/06/26404/>>. Acceso en: 28 de septiembre de 2021.

OCDE. OECD 1976 Declaration on International Investment and Multinational Enterprises. Disponible en: <<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0144>>. Acceso en: 03 de mayo de 2021.

OEA. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_reptom_normas.pdf>. Acceso en: 12 marzo de 2021.

OEA. JUSTICE STUDIES CENTER OF THE AMERICAS (JSCA). Disponible en: <<https://cejamericas.org/>>. Acceso en: 04 de octubre de 2021.

OEI. JUSTICE STUDIES CENTER OF THE AMERICAS (JSCA). ESTATUTO DO CENTRO DE ESTUDOS DA JUSTIÇA PARA AS AMÉRICAS. Disponible en: <<https://cejamericas.org/en/what-is-jsca/jsca-institutional-documents/>>. Acceso en: 04 de octubre de 2021.

ONU. OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances. Disponible en: <<https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/illicit-trafficking.html>>. Acceso en: 12 marzo de 2021.

ONU. OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto <<https://www.unodc.org/unodc/en/organized-crime/intro/UNTOC.html>>. Acceso en: 03 de mayo de 2021.

ONU. UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. A/RES/3514(XXX). Measures against corrupt practices of transnational and other corporations, their intermediaries and others involved. Disponible en: <[https://undocs.org/en/A/RES/3514\(XXX\)](https://undocs.org/en/A/RES/3514(XXX))>. Acceso en: 03 de mayo de 2021.

ROMANO, Silvina. El lawfare para América Latina en la era Trump Disponible en: <<https://www.nodal.am/2020/10/el-lawfare-para-america-latina-en-la-era-trump-por-silvina-m-romano-especial-para-nodal/>>. Acceso en: 12 marzo de 2021.

ROMANO, Silvina. ¿Es la corrupción el problema de América Latina? CELAG. Disponible en: <<https://www.celag.org/la-corrupcion-problema-america-latina-2/>>. Acceso en: 14 de abril de 2021.

ROMANO, Silvina. Lawfare: ¿guerra judicial o guerra política? Disponible en: <<https://eltopo.tejido.io/lawfare-guerra-judicial-o-guerra-politica/>>. Acceso en: 12 marzo de 2021.

ROMANO, Silvina y Tirado, Arantxa. *Lawfare y guerra híbrida: la disputa geopolítica en América Latina*. CELAG. Disponible en: <<https://www.celag.org/lawfare-guerra-hibrida-disputageopolitica-america-latina/>>. Acceso en: 12 marzo de 2021.

STANFORD LAW SCHOOL. *Foreign Corrupt Practices Act Clearinghouse: a collaboration with Sullivan & Cromwell LLP*. Disponible en: <<http://fcpa.stanford.edu/>>. Acceso en: 13/09/2021.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Disponible en: <<https://www.transparency.org/en/about>>. Acceso en 12 de mayo de 2021.

ZAFFARONI, Raúl Zaffaroni. *El derecho latino-americano em la fase superior del colonialismo*. Buenos aires: Ediciones Madres de la Plaza de Mayo, 2015, p. 61. Disponible en: <<http://www.matiabailone.com/dip/Zaffaroni%20-%20El%20derecho%20latinoamericano%20en%20la%20fase%20superior%20del%20capitalismo.pdf>>. Acceso en 8 de marzo de 2021.

ZANIN, Cristiano; MARTINS, Valeska e VALIM, Rafael. “Lawfare: uma introdução”. São Paulo: Contracorrente, 2019.

5.

Lawfare, judicialización de la política y corrupción transnacional. La nueva dinámica en la democratización incompleta de América Latina¹

Lina María Mejía Torres²

Mauricio Jaramillo Jassir³

1. El presente trabajo hace parte del proyecto de investigación V-FPC009 titulado ‘La respuesta del derecho internacional a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado’, desarrollado desde la línea de investigación ‘Crítica al Derecho Internacional desde Fundamentos Filosóficos’, y cofinanciado por la Dirección de Investigación e Innovación y la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Bogotá, Colombia.

2. Abogada. doctoranda en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas de la Universidad Autónoma de Madrid. Magíster (LL.M.) en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de American University Washington College of Law. Consultora en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Profesora de la Maestría en Defensa de los Derechos Humanos de la Universidad Santo Tomás.

3. Profesor asociado de las Facultad de Estudios Internacionales, Políticos y Urbanos de la Universidad del Rosario. Doctor en Ciencia Política de la Universidad de Toulouse, Máster en Geopolítica de la Universidad París 8 y Ciencia Política de Sciences Po Toulouse e Internacionalista de la Universidad del Rosario.

Resumen

El propósito consiste en proponer una definición rigurosa del *lawfare*, noción cada vez más presente en la Ciencia Política y el Derecho. Por consiguiente, el artículo representa una contribución en uno de los debates más complejos para América Latina sobre la evocación constante del *lawfare* o de la judicialización de la política, como el recurso a los procesos judiciales para perseguir políticamente a contradictores. Al mismo tiempo se explora la posibilidad de que altos funcionarios desvíen la atención sobre actos de corrupción y la ausencia de transparencia y el proceso del *lawfare* como una afectación a los derechos humanos. El texto se divide en tres partes: se describe el origen del término hasta llegar a sus usos más recientes; posteriormente, se analiza la forma como el *lawfare* se inserta en medio de las acusaciones de corrupción contra exmandatarios del ciclo progresista en América Latina, y, finalmente, se propone una reflexión sobre el impacto de la denominada judicialización de la política sobre la democracia. Se apela a un análisis conceptual recurriendo a fuentes secundarias, y observando el correlato entre dos variables: la judicialización de la política, independiente y la calidad de la democracia, dependiente.

Palabras clave: democracia, corrupción política, poder político, participación política, administración de justicia

Lawfare, judicialization of politics and political corruption. New dynamics in the Latin-America's unachieved democratization

Abstract

The main purpose of this article is to propose the basis for a *lawfare* definition, a concept that has been frequently evoked in Political Science and Law literature as well as in politicians' speeches during the last years. The document contributes to one of the most complex discussions in Latin-American politics that consists in the extensive use of *lawfare* or the so called *judicialization of politics* both conceived as the instrumentalization of judicial procedures to eliminate political adversaries. It is necessary to determine whether

through the use of lawfare an abuse of law is taking place, human rights are being violated or some politicians try to avoid responsibility and accountability for political corruption. The text is divided in three parts: lawfare origins as well as their recent uses are described; therefore, the *judicialization of politics* is analyzed in the context of determined Pink Tie governments in Latin-America; and finally, lawfare effect in democracy is explored.

Key words: democracy, political corruption, political power, political participation, justice administration

1.

Introducción

En los últimos años, América Latina ha presenciado escándalos ligados a la corrupción que en varios casos han terminado con la detención de figuras políticas, incluidos expresidentes acusados del desvío de fondos o del aprovechamiento de su posición para obtener recursos. Es cada vez más frecuente ver procesos en curso en contra de altos funcionarios que en el pasado no solían ser investigados, o por lo menos no con tanta frecuencia a escala regional y las acusaciones contra exmandatarios por hechos de corrupción parecen el común denominador. El presente artículo explora el debate sobre el uso reciente del *lawfare* para describir la judicialización de la política con un doble propósito: se pretende entender mejor la noción y, sobre todo, determinar hasta qué punto existe una definición aplicable a la realidad política reciente; o si se trata más bien de un recurso retórico para desviar la atención sobre la comisión de delitos ligados a la corrupción.

Para ello el artículo se divide en tres secciones. En primer lugar, se propone una genealogía de la guerra jurídica o *lawfare* para poner en evidencia la forma tan disímil como nació el concepto y las connotaciones variadas que ha venido adquiriendo en el último tiempo, especialmente en América Latina. Sus más recientes evocaciones están muy poco relacionadas con el uso inicial y el espíritu con el que fue acuñado. No obstante, como se verá al margen de las diferencias, existen algunos puntos en común reveladores sobre la postura cada vez más crítica que se ha asumido frente a la politización del derecho, la justicia o las cortes, así como la noción que este tiene desde una perspectiva de los derechos humanos.

En segundo lugar, se explica la forma como se produjeron rupturas políticas en los casos de Argentina, Brasil y Ecuador para comienzos de siglo. Se describirá la llegada de partidos políticos que reivindicaban una suerte de refundación estatal en medio de la cual se promovieron procesos de transparencia y control ciudadano a la actividad política a través de la participación. La idea de esta segunda sección es observar de qué forma esa refundación derivó en procesos de participación masiva que presuponían la idea de que en la medida en que la población se involucrara, el control político, así como la transparencia aumentarían. En ese mismo sentido, se describe la salida de los proyectos progresistas que se convirtieron en hegemónicos pero cuyo abandono abrupto supuso: o bien el descubrimiento de prácticas corruptas apoyadas en dinámicas transnacionales y cobijadas por los organismos de control o, la utilización del aparato de justicia para la persecución de algunos políticos, denominado *lawfare*.

En la última parte, se analizan los llamados *poderes fácticos* que se pueden definir según dos categorías; aquellos no estatales, como los medios de comunicación, algunos gremios o multinacionales presumiblemente con una incidencia en las decisiones judiciales e incluso organizaciones no gubernamentales ligadas a interés políticos específicos; y, los poderes del Estado que se extralimitan afectando estas decisiones. En ambos casos (estatales y no estatales) tienen un papel de la mayor relevancia en la judicialización de la política y son una variable determinante para entender el papel cada vez más político de la justicia, una tendencia largamente estudiada en América Latina pero cuya revisión, actualización y comparación son pertinentes.

La mayor parte de la literatura dedicada al *lawfare* se enfoca en el fenómeno sin tomar en cuenta la teoría sobre democratización, esencial para entender a cabalidad las formas de incidencia de este sobre los regímenes en América Latina. En eso consiste uno de los aportes fundamentales de este texto, conjugar la reflexión sobre

la guerra jurídica con las nociones sobre la consolidación hacia la democracia en América Latina, con una influencia notoria de la literatura estadounidenses y, por ende, un sesgo liberal, por lo cual urgen lecturas heterodoxas tal como ha sucedido con la profundización de la democracia en la zona profundamente permeada por formas alternativas que no fueron tenidas en cuenta por esa literatura (O'Donnell, 1996; Schimtter, 1998 ; Schedler, 1998; Linz y Stepan 1996). Desde el punto de vista metodológico, este trabajo apela a un análisis conceptual del término *lawfare* recurriendo a fuentes secundarias y tratando de observar el correlato entre dos variables: la *judicialización de la política* como variable independiente y la *calidad de la democracia* como dependiente.

2.

Genealogía del *lawfare*: un origen remoto pero revelador

En 2014 la operación “Lava Jato” llevada a cabo en Brasil visibilizó como pocas veces en la historia, la corrupción en varios países de América Latina poniendo al descubierto la manera en que políticos y empresarios se habrían lucrado del lavado de activos. Aquello que se empezó a asumir como el escándalo más grande de corrupción en la historia brasileña, terminó contemplándose como el mayor en la historia del mundo, al menos en la época contemporánea desde que existen medios masivos de comunicación (Watts, 1 de junio de 2017). Sin duda, una de las medidas más polémicas que se tomaron a propósito de esta operación fue la condena contra Luis Inacio Lula da Silva a 12 años de prisión por los delitos de lavado de activos y corrupción, pues, según la acusación, habría recibido sobornos e inmuebles -como un apartamento en Guarujá en el Estado de San Pablo- o habría obtenido provecho de obras públicas para sus propiedades (Borges y Galarraga Cortázar, 7 de febrero de 2019).

Al caso contra Lula se sumaron procesos judiciales por causas distintas en contra de Dilma Rousseff, quien terminaría enfrentando un juicio político y su destitución consiguiente. Posteriormente aparecieron los casos de Cristina Fernández, Rafael Correa y Evo Morales, que han llevado a que en medios de comunicación y de forma más incipiente en la literatura especializada se hable de *lawfare* o judicialización de la política. Su uso se empezó a evocar por parte de los propios imputados que argumentaban una politización de las cortes y una judicialización de la política para lograr dos objetivos: imponer retaliaciones por decisiones políticas asumidas durante sus mandatos e impedir su retorno a la política o el de sus partidos o movimientos.

El término *lawfare* fue acuñado por John Carlson y Neville Yeomans en 1975, quienes lo definieron como una táctica en la que la guerra era reemplazada por batallas jurídicas (Lodi Ribeiro, 2018: 182). En 2001, el general Charles Dunlap utilizaría el término para describir el uso que se hacía del derecho y en particular del derecho internacional humanitario para contrarrestar las operaciones militares lideradas por Estados Unidos y la OTAN en el contexto de la Posguerra Fría (Dunlap, 2001: 2).

La mayor parte de la literatura que se ha ocupado del *lawfare* tiende a reconocer la definición de Dunlap como pionera, pues en el nuevo siglo su uso se normalizó asociándola a la *guerra jurídica* en medio de un conflicto armado, que buscaba debilitar a las fuerzas irregulares enemigas impidiendo que “abus[en] de las cortes y buscando el apoyo de la justicia en la lucha contra estos grupos” en el marco de la estrategia antisubversiva (Holzer, 2012).

En algunos conflictos considerados asimétricos o híbridos¹ se ha apelado a la noción para poner en evidencia la relevancia de los instrumentos jurídicos para imponerse en la guerra. Tal es el caso de Tomáš Bruner y Martin Faix que apelaron al término *lawfare* para explicar la manera como Rusia pudo anexionar a Crimea en el contexto de la guerra o las tensiones geopolíticas con Ucrania. La tesis de los

autores señala que Moscú obtuvo provecho del denominado *problema de atribución* que consiste en que los Estados no pueden asumir la responsabilidad por lo que hagan personas en nombre propio. Bajo esa lógica, militares no identificados como parte de Rusia habrían desempeñado un papel esencial en la toma del territorio en disputa, sin asumir ninguna responsabilidad respecto del derecho internacional (Bruner y Faix, 2018 :80). Los autores hacen énfasis en la necesidad de desarrollar más estudios al respecto, pues a diferencia de otros medios utilizados en las guerras asimétricas como el terrorismo, sobre el *lawfare* existe muy poco conocimiento.

De esta manera, se sientan las primeras bases para consolidar una primera versión del término como el avance de la guerra jurídica que reemplaza las guerras de las “espadas” y los argumentos por la guerra de las instancias judiciales. Así, se realiza la “aniquilación” de un personaje por la vía de mecanismos judiciales, es decir, por un proceso aparentemente legal.

De igual forma, en Colombia ha sido frecuente el uso de la expresión guerra jurídica para describir el uso del sistema judicial a favor de los grupos subversivos y por obvias razones, la mayoría de los estudios al respecto ha sido desarrollado por el sector seguridad y defensa, y en especial por militares. Una novedad en el caso colombiano es que atribuye la guerra jurídica o *lawfare* a la concepción maoísta de la guerra popular prolongada:

Los grupos terroristas en Colombia han aplicado la teoría de Mao de la guerra popular prolongada, tratando de utilizar todos los medios disponibles de lucha para lograr sus objetivos revolucionarios de contrarrestar la política de gobierno. Una manera en que las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), el Ejército de la Liberación Nacional (ELN) y grupos paramilitares ilegales confrontan a la nación es el uso de la “guerra jurídica” que se define como el uso por parte de fuerzas de oposición de sistemas judiciales nacionales y extranjeros, para lograr la victoria y ganar legitimidad, por cuanto no pueden enfrentar militarmente al Gobierno (Padilla, 2012: 2012).

En términos generales, este tipo de nociones comparten el hecho de que se trata del uso del sistema jurídico en el contexto de la guerra asimétrica o híbrida para obtener por la vía legal aquello que resulta imposible en el escenario de la guerra. También, se entiende como el traslado de la guerra armada al terreno político como ocurre en las transiciones cuando se pactan desmovilizaciones.

A partir de 2015, el panorama cambió y el término *lawfare* reapareció con fuerza para denunciar los procesos judiciales en contra de quienes se acaban de convertir en expresidentes, Cristina Fernández y Luis Inacio Lula da Silva. Paradójicamente, el concepto que había sido evocado ampliamente por sectores conservadores o de derecha aparecía con frecuencia en el léxico progresista. Vollenweider y Romano (2017) propusieron como definición:

[...] 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 este sea más vulnerable a las acusaciones sin prueba. El objetivo: lograr que pierda apoyo popular para que no disponga de capacidad de reacción (1).

La evolución del término es notoria pues dejó de estar sujeto al contexto de los conflictos armados para ser leído como una suerte de abuso de instrumentos en apariencia democráticos para el logro de fines que resultan incompatibles con la alternación, la pluralidad y el Estado de derecho.

Desde ese entonces, se ha traído a colación para describir los procesos jurídicos en América Latina en contra de expresidentes por casos de corrupción que han alcanzado unas dimensiones significativas, especialmente desde que se develara la manera como la multinacional brasileña Odebrecht operó en varias naciones y pudo

acceder a las esferas más altas de los Estados. Nunca en la historia de América Latina se habían destapado tantos procesos por corrupción a escala regional, hecho que coincidía además con el agotamiento del ciclo progresista que había comenzado con la llegada de gobiernos de izquierda desde comienzos de siglo, pero que se fue debilitando, como se verá más adelante.

A partir de ello, se afianzó el término y en consecuencia se determinó que el *lawfare* da espacio a que en otras esferas se haga uso de la violencia y el poder inherente a la ley para producir resultados políticos. Así, la guerra jurídica ha sido liderada por poderes fácticos que intervienen en política sin tener ninguna responsabilidad ni control institucional de sus actos.

La evolución del concepto ha evidenciado, además, al menos tres hechos relevantes. El primero es que, a pesar de las diferencias entre las nociones de *lawfare*, todas coinciden en señalar a la *judicialización de la política* como un antivisor, cuya gravedad es aún mayor por ser un fenómeno subrepresentado en las investigaciones bien sea sobre conflictos, para las primeras definiciones o sobre la democracia para su versión más contemporánea. En segundo lugar, la evolución del concepto también demuestra una tendencia riesgosa a poner en tela de juicio selectivamente el sistema de administración de justicia, postura que puede socavar el Estado de derecho con la excusa de que los jueces o magistrados se han extralimitado o co-gobiernan como comúnmente se esgrime. Y, en tercer lugar, la frecuencia en aumento con la que se habla en América Latina y en otras regiones de *lawfare* muestra que se trata de un fenómeno que no sólo afecta a exmandatarios, sino incluso a periodistas, abogados, o líderes como en los casos de Julian Assange y Edward Snowden señalados como víctimas de dicha práctica.

Entender la evolución y el alcance del término obliga a diferenciar la *judicialización de la política* de la *politización de la justicia*, que, aunque se suelen equiparar, son profundamente distintas especial

mente en lo que respecta a su incidencia en la democracia o la democratización². El primero, que para efectos de este documento es más relevante, fue definido por Torbjörn Vallinder en los siguientes términos:

(1) una expansión de las competencias de los tribunales y los jueces a expensas de políticos o administradores públicos, transfiriendo la capacidad decisoria de la rama ejecutiva, legislativa o del servicio civil a las cortes, o (2) el desbordamiento de los métodos y lógicas jurídicas por fuera del campo de la administración de la justicia. En resumidas cuentas, se trata de convertir un asunto cualquiera en un proceso judicial (Vallinder, 1994: 91).

Para Ran Hirschl este fenómeno se explica en buena parte por el empoderamiento de la rama judicial en los procesos de profundización de la democracia. Más concretamente, se puede hallar en la forma como se van robusteciendo los controles por parte de los tribunales para defender las constituciones de alteraciones por parte de gobiernos de turno. La revisión constitucional se ha convertido en uno de los parámetros más determinantes del Estado de derecho como atributo de la democracia. En un estudio comparado de reformas constitucionales en Canadá (1982), Israel (1992), Nueva Zelanda (1990) y Suráfrica (1993) Hirschl concluye que en el fortalecimiento de la revisión constitucional se produce una “intrusión cada vez mayor de la rama judicial en las prerrogativas de las ramas legislativa y ejecutiva, así como una aceleración del proceso por medio del cual las agendas políticas se van judicializando” (2000: 92-93). Ha sido tal el alcance del fenómeno, que varios académicos lo consideraron el tema de mayor desarrollo para la política comparada (Gibson, Caldeira, and Baird, 1998: 343 Citados por Hirschl, 2000: 92-93).

De una forma más contemporánea y extrema, se ha definido esta judicialización como el traslado de las controversias políticas a los tribunales, para vencer al rival político cuando resulta imposible

hacerlo dentro de la competencia electoral, característica de la democracia moderna, pero que se ha convertido en un terreno donde se evidencian las principales amenazas en su contra. Para efectos de este artículo *lawfare* y judicialización de la política se equiparán.

Por su parte, la *politización de la justicia* describe la manera como los actores que hacen parte de la administración de justicia expresan públicamente sus filiaciones políticas y, a su vez, los partidos o movimientos tratan de ubicar o incidir para que ciertos jueces y magistrados ocupen puestos para promover sus valores partidistas o colectivos. La búsqueda de influencia característica de la *politización de la justicia* no parece resultar tan nociva para la democracia, pues es cada vez más evidente la identificación de ciertas posturas relativas a los derechos sexuales y reproductivos, la eutanasia, las drogas, el mínimo vital y los derechos de la población LGBTIQ+, entre otros. Las diferencias entre partidos son fundamentales y la justicia desempeña un papel no sólo determinante sino necesario promoviendo ciertos principios, valores y creencias. En contraste, no se puede decir lo mismo de la *judicialización de la política*.

Ahora bien, ¿pueden el *lawfare* o la judicialización de la política empujar a ciertos sistemas hacia el autoritarismo, tal como lo denuncian quienes los evocan? El problema radica en que las nociones para definir los autoritarismos en el último tiempo no toman en cuenta ese fenómeno. Conviene recordar que de acuerdo con la definición de *autoritarismo competitivo* de Steven Levitsky y Lucan Way las elecciones se llevan a cabo periódicamente sin que ocurra un fraude masivo, pero, a su vez, se produce un ataque sistemático a cualquier manifestación de disidencia. El gobierno de turno abusa de los recursos estatales y a la oposición se le niega el acceso a medios de comunicación y se intimida a los periodistas que la cubren o visibilizan. Además, a los comunicadores, políticos opositores y críticos del Gobierno se les persigue, amenaza, intimida o incluso se les priva de la libertad a través del recurso al sistema judicial, por lo que muchos terminan exiliados y en casos extremos asesinados (2002: 53). En resumidas

cuentas, en estos autoritarismos competitivos puede existir de algún modo una independencia de poderes, elecciones periódicas e incluso, aunque de manera débil, una concepción del Estado de derecho. Empero, no existen posibilidades reales para la oposición de competir con el Gobierno. Se trata de un régimen no democrático cuyo carácter es más difícil de identificar que aquellos sistemas autoritarios militares que de forma obvia interrumpían la separación de poderes albergados en la excusa de la seguridad nacional. A esto habría que añadir que tras la Tercera Ola de Democratización³ la enorme mayoría de sistemas políticos se reivindica como democrático.

Los regímenes autoritarios tratan de mimetizarse cada vez más con los democráticos, aun así, es posible rastrear prácticas que denigran las garantías del Estado de derecho. Dicho de otro modo, así como se transitó de regímenes totalitarios y autoritarios en los que la negación del carácter democrático era fehaciente, a regímenes no-democráticos más “blandos” (Linz, 2000: 34) siendo los *híbridos* (Diamond, 2002: 21) las *democracias delegativas* (O’Donnell, 1994: 57) y los *autoritarismos competitivos* los más representativos, es prudente interrogarse si con esta *judicialización de la política* se asiste a una nueva forma de degradación democrática. Esto de ninguna manera implica que el fenómeno surgiera del nacimiento de un nuevo tipo de régimen no democrático, sino que describe una práctica nociva para la democracia, especialmente para la alternación y la pluralidad, dos de las características más afectadas en el último tiempo en las democracias latinoamericanas. Como lo sugiere Pierre Rosanvallon, las amenazas contra la democracia no vienen tanto de la posibilidad de que emerja un régimen autoritario o de que una dictadura se imponga⁴, sino de que la democracia se degrade paulatinamente por las constantes críticas a la representatividad y a las instituciones y la multiplicación de correcciones al sistema por la vía de contrapoderes sociales y mecanismos de democracia directa (Rosanvallon, 2006:11). De forma más reciente, en la problematización de fenómenos que degradan la democracia se debe contemplar la judicialización de la política o *lawfare*.

3.

El *lawfare* desde un enfoque del derecho y nuevos mecanismos de transgresión de los derechos humanos en el marco de la legitimidad

La judicialización de la política se ha establecido a través de la utilización de los estrados judiciales y espacios mediáticos para dirimir controversias y competencias que antes se daban en los escenarios democráticos. En este espacio, el poder judicial coadyuva al uso del derecho penal de manera ilegítima, transgrediendo los principios constitucionales y los elementos del debido proceso.

Del mismo modo, el auge de la politización de la justicia ha permitido que las categorías y normas elementales del debido proceso como la presunción de inocencia, el debido proceso, el principio de contradicción, el juez natural, el derecho de defensa y la distribución de la carga de la prueba sean instrumentos de persecución por parte de las guerras híbridas y no garantías fundamentales para los individuos. Estas categorías hacen parte del proceso global que tiene repercusiones en la democracia y la división de poderes, lo que da paso a la existencia de un estado de excepción cuando elementos como la alteración al sistema de justicia criminal, el *lawfare* y el combate al enemigo con apariencia de legalidad subsisten en el mismo espacio; por consiguiente, este estado de excepción del sistema de justicia consagrado en las diferentes constituciones funciona ahora como un agente desestabilizador y a partir de ello se les atribuye legitimidad a prácticas que desde el autoritarismo están “disfrazadas” de legalidad.

Teniendo en cuenta estos aspectos, en el marco del derecho los elementos descritos se traducen en violaciones a los derechos fundamentales y derechos humanos, principios constitucionales y estatuyen un proceso penal de excepción.

Así, desde la perspectiva de los derechos humanos esto se enlaza con la protección de los derechos civiles y políticos en sus distintas dimensiones. En este aspecto a nivel de estándares internacionales las Convenciones y Pactos a nivel internacional disponen un núcleo de protección al derecho a elegir y ser elegido, lo cual tiene conexión directa con las situaciones descritas en el aparte anterior y cómo a través de nuevos instrumentos presuntamente legítimos se transgrede este núcleo esencial de protección y se desvía el efecto útil y fin de aquel. En lo relativo al Sistema Interamericano, el artículo 23 (derechos políticos) de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) dispone que “Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) 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) tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país” (Organización de Estados Americanos, 1969); a su vez, el artículo 23.2 de la Convención determina cuáles son las causales que permiten restringir los derechos reconocidos en el artículo 23.1 y los requisitos para que procedan dichas restricciones⁵.

Frente al desarrollo y la interpretación del contenido de este derecho, la jurisprudencia del Sistema⁶ ha sido constante en señalar que el ejercicio de los derechos políticos debe ser efectivo debido a que constituye un fin en sí mismo y se configura como un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos de la Convención (Corte IDH, 2008). Por este motivo, los titulares deben gozar no sólo de este derecho, sino también de oportunidades.

Por otro lado, el artículo 25 (participación y elección) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos refiere que “todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportuni-

dades: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) 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; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”. En tal sentido, su interpretación ha señalado que el contenido del artículo está directamente relacionado con el derecho de los pueblos a la libre determinación, lo que comprende el derecho a disponer de su condición política y el derecho a elegir la forma de su constitución o gobierno (Comité de Derechos Humanos, 1996). De esta forma, el derecho tiene un espectro de protección de cada uno de los ciudadanos y cualquier condición que se imponga al ejercicio de aquel se debe basar en criterios objetivos y razonables.

En la vasta jurisprudencia a nivel internacional, existen algunos casos de referencia que son relevantes a la luz del presente análisis y que se configuran como una conexión fundamental de los derechos políticos y el derecho a elegir y ser elegido. Para el caso del Sistema Interamericano, la Corte Interamericana (Corte IDH) ha determinado que las restricciones que se podrían imponer al derecho consagrado en el artículo 23 de la CADH deben respetar las limitaciones previstas en éste. De esta manera, en el caso *López Mendoza vs. Venezuela* se establece que el artículo 23 de la CADH no permite que un órgano administrativo pueda aplicar una sanción que implique una restricción a los derechos políticos de un funcionario público democráticamente elegido. La Corte entiende que este punto se debe resolver mediante la aplicación directa de lo dispuesto por el artículo en mención, porque se trata de sanciones que impusieron una clara restricción a uno de los derechos políticos reconocidos por el párrafo 1 de dicho artículo (Corte IDH, 2015: 5), sin ajustarse a los requisitos aplicables de conformidad con el párrafo 2 del mismo, es decir, se debería tratar de una condena, por juez competente en proceso penal. Por tanto, si no se cumple ninguno de los requisitos se vulneran las garantías judiciales y el debido proceso.

En la misma línea, en el caso *Petro vs. Colombia* se determina que la concentración de las facultades investigativas y sancionadoras en una misma entidad, característica común en los procesos administrativos disciplinarios, no es sí misma incompatible con el artículo 8 (garantías judiciales) de la Convención Americana, siempre que dichas atribuciones recaigan en distintas instancias o dependencias de la entidad de que se trate, cuya composición varíe de manera que tal que los funcionarios que resuelvan sobre los méritos de los cargos formulados sean diferentes a quienes hayan formulado la acusación disciplinaria y no estén subordinados a estos últimos. Por otro lado, la Corte estima que la falta de imparcialidad afectó transversalmente el proceso, tornando en ilusorio el derecho de defensa del señor Petro (Corte IDH, 2020: 48). Además, el Tribunal concluye que en el caso existió una violación al principio de Jurisdiccionalidad, puesto que la sanción contra el señor Petro fue ordenada por una autoridad de naturaleza administrativa y no por un juez competente como predica el artículo 23 de la CADH.

En este orden, en el caso *Castañeda Gutman vs. México* se predica que solamente la ley puede reglamentar el ejercicio y las oportunidades a los derechos políticos exclusivamente en razón de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental o condena por juez competente en proceso penal, lo que, en consonancia, extiende una protección frente a evitar la posibilidad de discriminación contra individuos en el ejercicio de sus derechos políticos (Corte IDH, 2008: 45). De igual forma, dispone que las limitaciones a este derecho a nivel interno no pueden ser desproporcionadas o irrazonables.

En una línea similar, el caso *Argüelles y otros vs. Argentina* prevé que toda limitación a los derechos políticos se debe relacionar con la finalidad de la medida restrictiva; esto es, que la causa que se invoque para justificar la restricción sea permitida por la Convención Americana, prevista en disposiciones específicas que se incluyen en determinados derechos (por ejemplo, las finalidades de protección

del orden o salud públicas, entre otras), o bien, “en las normas que establecen finalidades generales legítimas (por ejemplo, los derechos y libertades de las demás personas, o las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática) (Corte IDH, 2010: 58)”.

En lo concerniente al Sistema de Naciones Unidas, el Comité de Derechos Humanos (2018: 14) estableció en el caso de Eduardo Humberto Maldonado Iporre vs. Bolivia que el ejercicio de los derechos de participación y elección no se puede suspender ni negar, salvo por motivos previstos en la legislación y que sean razonables y objetivos. Bajo este aspecto, cualquier restricción impuesta se debe basar en criterios razonables y objetivos claramente previstos por la ley.

De forma análoga, en el caso Lula vs. Brasil el Comité de Derechos Humanos (2018) determinó que no se debe impedir a un candidato presentarse en las elecciones hasta tanto no se hayan completado los recursos previstos en la ley mediante procedimientos justos respetando el debido proceso. El Comité igualmente estableció que todo candidato debe gozar de condición de igualdad frente a los demás.

En síntesis, se puede ver cómo en varias resoluciones, declaraciones y decisiones se ha establecido que se presentan vulneraciones a los derechos civiles y políticos cuando existen restricciones desproporcionadas e injustificadas en contra de candidatos a cargos de elección popular y que frente a las restricciones al derecho a ser elegido deben ser razonables, objetivas además de necesarias y proporcionales.

Siguiendo casos ejemplificados en párrafos anteriores y la línea decisional y jurisprudencial en los respectivos sistemas de protección de derechos humanos se determina que si bien los instrumentos de protección no imponen un sistema electoral concreto, sí establecen que este debe ser compatible con la esencia de garantías amparadas bajo los derechos políticos y, por ello, respetar la libre expresión de la voluntad de los electores. Como lo establece la Corte Interameri

cana (Corte IDH, 2008: 43), no se impone un sistema electoral determinado ni una modalidad específica para el ejercicio de los derechos a votar y a ser votado, lo que se establecen son lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de los derechos políticos y permite a los Estados que dentro de los parámetros convencionales regulen esos de acuerdo con sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso dentro de una misma, en distintos momentos históricos.

4.

El ciclo progresista latinoamericano y el *lawfare* en la agenda regional

Luego del agotamiento del ciclo progresista, como se podría denominar la llegada de gobiernos de la llamada nueva izquierda desde comienzos de los 2000, surgió lo que Rafael Correa llamó peyorativamente la “restauración conservadora”, administraciones que, a juicio de la mayoría de los expresidentes progresistas intentó incidir en la justicia para tomar retaliaciones en su contra.

Los casos de Argentina, Brasil, Bolivia y Ecuador aparecen como los más representativos del *lawfare* por su constante evocación en medio de procesos judiciales por corrupción. También se observa como común denominador relevador que esos gobiernos de corte progresista hubiesen tenido una duración extensa, en el caso argentino 12 años (2003-2015), el ecuatoriano 10 (2007-2017) y el brasileño (2003-2016) y boliviano 13 (2006-2019).

Dentro de los programas de gobierno aparecían como ideales: la redistribución, un componente de participación que incluyó en el caso de Bolivia y Ecuador una refundación constitucional y un discurso antiestablecimiento pues se le consideraba corrupto, excesivamente neoliberal y de espaldas a las necesidades de los más excluidos.

En el caso de Néstor Kirchner la conjugación del discurso anties-
tablecimiento y la lucha contra la corrupción era fehaciente: “Con
la fuerza de los vientos del Sur voy a limpiar todo lo que haya que
limpiar. No voy a dar ni un paso hacia atrás, no voy a pactar con la
corrupción ni con los corruptos” (Morosi, 13 de junio 2003).

Tal como lo plantea Mariano Dagatti en términos más extensos y de-
tallados en un estudio a la semiótica del kirchnerismo (2012, 73):

*La “refundación” que sus discursos postulaban como solución de-
finitiva para los “males de la Patria” significaba a la vez la constatación de una memoria colectiva [...] La cultura del trabajo, las banderas generacionales, el contacto directo, la militancia con sus convicciones, sueños e ideales postergados, la transparencia, la sinceridad, la racionalidad, la humildad, el valor de la familia, la pluralidad, la tolerancia, el consenso, los derechos humanos, la crítica a la impunidad y la corrupción definen el universo semiótico de los primeros discursos y configuran las redes de sentido en las que el líder como garante debería reconocerse y hacerse reconocer (73).*

La corrupción se imponía en estos primeros momentos de gestación del kirchnerismo como un rasgo sobresaliente del antiguo orden, por ende, se justificaba plenamente la refundación del sistema político o un replanteamiento de algunos valores extraviados por la política tradicional, reivindicaciones típicas del progresismo latinoamericano. No se trataba solamente del discurso que promovía la transparencia, presente en cualquier plataforma ideológica, sino con la particularidad de asociar la política tradicional (partidos y sus cuadros) con el abuso del poder y la corrupción, fórmula que, sin duda, prosperó y explica parcialmente la debacle de la mayoría de los partidos tradicionales en la zona a comienzos de siglo.

En Ecuador ocurrió algo similar y la postura contra el establecimiento al que se tildaba en su conjunto de corrupto se denominó

“partidocracia”, como Rafael Correa definía a los partidos que habían controlado la política desde el restablecimiento democrático en 1979. Esa partidocracia se apoyaba en cuatro poderes:

[...] la mayoría silenciosa venciendo, a todos juntos, a los cuatro poderes más grandes que tiene este país, que han dominado a este país históricamente: banca y poder económico, poder comunicacional, poder eclesiástico y poder de la partidocracia; los cuatro, unidos, no han logrado vencer a la revolución ciudadana y a su pueblo; los dueños del poder siguen negando que esa población es la que constituye, desde hace rato, [...], el verdadero pueblo.

A diferencia de los casos emblemáticos de gobiernos autoritarios del Cono Sur, el pasado militar en Ecuador se vincula al desarrollismo y a algunas conquistas sociales, por lo que era difícil justificar un discurso de ruptura respecto del pasado como el que primó en la era democrática en Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay. En el caso ecuatoriano, la narrativa del correísmo apuntó al despilfarro de recursos de los partidos tradicionales y cuya máxima expresión fue, sin duda, el llamado *feriado bancario* a finales de 1999, cuando el gobierno de Jamil Mahuad decretó una congelación de las cuentas bancarias y posteriormente la dolarización que implicó pérdidas de gran cuantía para la clase media cuyos activos eran líquidos. Las acusaciones de Correa contra el gobierno de ese entonces consistían en que, aliado con la banca privada, trasladó el costo de la crisis a los más vulnerables mientras sus capitales permanecieron resguardados en paraísos fiscales (*El Comercio*, 8 de marzo de 2017).

La debacle del establecimiento obligaba a una refundación y, por ello, se llevó a cabo un proceso de reforma constitucional que terminó en un sistema político renovado con cinco ramas del poder público, una de ellas bautizada como Transparencia y Control Social para permitir una veeduría permanente por parte de la ciudadanía a la gestión pública.

En Brasil, el centro del discurso de Luis Inacio Lula da Silva era la lucha contra la pobreza producto de la concentración, uno de los bemoles más visibles de la economía más grande de América Latina. En su primera ceremonia de investidura enfatizó que “La misión de mi vida estará cumplida si al final de mi mandato cada uno de los brasileños puede desayunar, almorzar y cenar cada día” (*El País*, 01 de enero de 2003). La corrupción era uno de los factores explicativos de la pobreza y del hambre que golpeaban hasta a 50 millones de brasileños: “No permitiremos que la corrupción, el engaño y el desperdicio continúen privando a la población de recursos que son suyos y que tanto podrían ayudarles en su dura lucha por la supervivencia” (Lula da Silva, 2002: 193).

Para su segundo mandato y con escándalos de corrupción a costas relacionados con cuadros del Partido de los Trabajadores, Lula reconocía que nunca en la historia, la clase política había estado tan desacreditada por cuenta del fenómeno (Arias, 01 de enero de 2007). La llegada del PT debía significar el fortalecimiento de la democracia participativa, pues en la política subregional ese movimiento había logrado convertir el caso de Porto Alegre en un paradigma replicable a otras ciudades de Brasil y América Latina. La Ley Orgánica de 1990 en su artículo 116 reconoció el derecho a la participación en “todas las etapas de la orientación presupuestal”, lo que llevó a que en el Estado de Rio Grande do Sul se potenciara la descentralización política y administrativa, aumentando el número de municipios (de 224 a 497) e introduciendo mecanismos de participación tales como el referendo, el plebiscito, la iniciativa popular para la redacción de leyes y la cogestión en distintas áreas de las políticas públicas. Para 2000, se estima que unas 70 ciudades habían replicado el modelo de presupuesto participativo implantado en Porto Alegre por el PT y en 33 municipios otras plataformas de izquierda habrían apelado a sistemas similares (Rendón Corona, 2004:11).

En términos generales, la izquierda en América Latina vio en la participación ciudadana el mejor antídoto para luchar contra la

corrupción, lo cual se puede observar en la manera como nacieron los presupuestos participativos, normalmente considerados como cosecha del PT, pero cuyos orígenes están ligados a experimentos de partidos de izquierda en algunas ciudades de la región (Goldfrank, 2006:5).

El proceso brasileño muestra la manera como fue naciendo dentro del progresismo la necesidad de apoyar la transparencia y la participación como herramientas para combatir los malos hábitos de la vieja política. En Brasil, además, aquello era el punto de llegada de la transición a la democracia cuyo inicio había sido la Constitución de 1985, pero cuyo desarrollo posterior no ocurrió de forma exclusiva, pero especialmente por cuenta del PT y el empoderamiento *desde abajo* para la transformación.

Dentro del ideario progresista era palpable la noción de una democracia radical con énfasis en la participación. Los gobiernos comenzaron así un ciclo progresista con fuerte acento en ella y que se diferenciaba de la izquierda tradicional en aspectos fundamentales que les daban a la transparencia y a la participación una ponderación renovada, sobre todo tomando en cuenta que uno de los principales defectos de la Unión Soviética consistió en la falta de mecanismos efectivos de rendición de cuentas. La nueva izquierda se alejaba de la ortodoxia del comunismo y del marxismo-leninismo para incorporar demandas de grupos que se sintieron apartados por el comunismo como la población LGBTI, afros, indígenas⁷, ambientalistas e incluso liberales. No es de extrañar que, a diferencia del pasado, la llamada nueva izquierda reivindicase la democracia liberal y hubiese abandonado la *democracia popular* en el imaginario comunista el sistema político por excelencia. Es decir, se desechó la idea de la economía estatizada, los planes quinquenales y el control del aparato legislativo por parte del Partido Comunista. Por ende, el reconocimiento del juego de partidos y de principios liberales como la economía de mercado, constituyen los rasgos más significativos para diferenciar el comunismo del progresismo.

El retorno de la izquierda a la escena política latinoamericana, por tanto, se debe entender como un proceso evolutivo ideológico en el que urgía desmarcarse de los errores cometidos a nombre del socialismo real. Por ello, la nueva izquierda contemplaba la alternación y no fue extraño que luego de completar un ciclo extenso se hubiesen dado cambios en Argentina, Brasil y Ecuador.

Sin embargo, los nuevos gobiernos que sucedieron a los progresistas buscaron desmarcarse de sus antecesores en buena medida porque su prestigio se agotó; la expansión económica fue más compleja con la contracción de los precios de las materias primas y cuyo ascenso vertiginoso había permitido financiar programas de transferencias focalizadas; y, sobre todo, con el colapso de Venezuela, el progresismo sufrió una pérdida de legitimidad que acabó con su hegemonía. Este ciclo tuvo dos reveses mayores, primero con la derrota del candidato del kirchnerismo en Argentina en 2015, Daniel Scioli, que permitió la llegada a la Presidencia de Mauricio Macri, y con la destitución a través de un juicio político de Dilma Rousseff.

5.

El *lawfare* en Brasil, Argentina y Ecuador y otros casos de referencia

El caso brasileño desnudó varios factores clave para entender la tendencia a la aparición de crisis en toda la zona: la politización de la justicia, la fragilidad de las coaliciones de gobierno y la falta de legitimidad del juicio político como recurso que debe servir a dos propósitos: juzgar al presidente por faltas graves en el ejercicio de sus funciones y como mecanismo para la superación de crisis. Su frecuencia en América Latina la convirtió en la zona más inestable entre aquellas de la Tercera Ola de Democratización (Marsteintredet y Llanos, 2010: 3).

En 2014, Dilma Rousseff llegó al poder en Brasil no sólo con el respaldo de los ocho años de Lula da Silva, sino, como suele suceder en ese país, bajo una coalición con el Partido del Movimiento Democrático Brasileño (PMDB). Brasil es el latinoamericano más dependiente de la figura de coalición para mantener la gobernabilidad, de acuerdo con lo que Timothy Power denomina *índice de necesidad coalicional* (Power, 2010: 25) de allí la importancia del eje PT-PMDB. En el momento de la crisis, había 27 partidos en la Cámara de los Diputados y 17 en el Senado (Gatinois, 01 de junio de 2016).

Ese mismo año estalló el escándalo por una red de sobornos por parte de un conglomerado de empresas constructoras que entregaron fuertes sumas de dinero a altos funcionarios de la empresa nacional de petróleos Petrobras y a algunos congresistas. Entre los principales acusados aparecía Eduardo Cunha, cabeza del PMDB, quien por estar dentro de la coalición buscó el apoyo del PT, pero el propio Lula da Silva lo rechazó tajantemente.

A partir de ese momento se quebró la coalición, y la correlación de fuerzas en el Congreso brasileño cambió de forma tal, que Rousseff terminó destituida por: a) haber pedido recursos a la banca sin declararlo y que los débitos sólo aparecieran después de la rendición de cuentas fiscal, con lo que se habría ocultado el estado del déficit fiscal; y, b) su eventual participación en el lavado de activos, sobornos y controles de precios al interior de Petrobras. También se debe reconocer que la presión social en las calles por destituir a la presidenta aumentaba de manera significativa, pues los escándalos de corrupción asomaban desde hacía varios años, sin que se viera mayor efectividad por parte de la justicia. Este apoyo ciudadano a procesos políticos (como la destitución) o legales (causas penales) sería clave en la emergencia posterior del *lawfare*. El progresismo lo interpretó como la entrada en la escena política de jueces al servicio de partidos de derecha, amparados en un apoyo ciudadano que permitía pasar por alto faltas graves (especialmente violaciones al debido proceso de los acusados) en la judicialización de algunos políticos.

La salida de Rousseff dejó muchas dudas incluso en sectores ajenos al PT o al progresismo brasileño, pues las contradicciones en dicho juicio político fueron flagrantes.

[...] ¿“crimen de responsabilidad” de la presidenta o “golpe de Estado”? El motivo de este impeachment basado en “maniobras presupuestarias” -recurso al que han apelado todos los presidentes- es, sin duda, un pretexto. Dilma Rousseff jamás fue objetivo de investigación que comprobara enriquecimiento personal, a diferencia de Eduardo Cunha [...] La enorme mayoría de diputados que la sancionaron son sospechosos y están acusados de cargos aún más graves [...] (Mouterde, 11 de mayo de 2016).

La salida de Rousseff fue ampliamente denunciada por el PT como un golpe perpetrado por el Congreso que luego se perfeccionaría con el arresto de Lula da Silva y la imposibilidad de que llegara como candidato a las elecciones de 2018.

En el caso de Lula es necesario recordar que, desde 2016, en el momento del golpe en contra de Dilma Rousseff, varios procesos judiciales fueron creados en su contra en la ya mencionada Operación Lava Jato, comandada por el exjuez y posteriormente candidato político Sergio Moro y el procurador Deltan Dallagnol. Es de destacar que este proceso contó con una activa participación de los medios de comunicación. Los casos dentro de la Operación envolvían denuncias de corrupción en la Petrobras, de supuesta compra de un piso en Guarujá y la compra de un sitio en Atibaia y de presunta malversación de dinero público por el Instituto Lula. Producto de ello, Lula estuvo detenido un año y siete meses. En esta instancia, se le impidió participar de las elecciones presidenciales de 2018 bajo el amparo y la aplicación supuestamente legítima de la Ley de la Ficha Limpia⁸. A pesar de esto, en 2021, fue declarada la nulidad de los procesos de Lula originados de la Operación Lava Jato, debido a la suscepción del juez Moro y de la incompetencia del Tribunal para juzgar los casos de Lula.

En esta línea, el primero en aludir al concepto de *lawfare* para el caso Lula fue el profesor John Comaroff, de la Universidad de Harvard, al considerar que la justicia filtró a los medios de comunicación los audios que supuestamente comprometían al expresidente para dejar la sensación en la opinión pública de culpabilidad. De acuerdo con Comaroff, se estaba “manipulando la ley además de generar la sensación en la opinión pública de la presunción de culpabilidad” (Bilenky, 11 de abril de 2016).

En el caso de Lula tres contradicciones sobresalen. En primer lugar, resultaba llamativo que el proceso no se hubiese llevado a cabo en San Pablo, donde se habrían entregado las propiedades como parte del supuesto soborno (Carvalho y Carvalho Fonseca, 2019:108). En segundo lugar, los críticos señalan la postura del juez Moro, quien actuaba más en calidad de fiscal que de magistrado imparcial, que el fiscal del caso Deltan Dellagnol responsable del traslado del caso de la Corte Estatal de San Pablo a una Federal en Curitiba donde había garantía de que fuese declarado culpable (Lodi Riberio, 2018: 182). Y, en tercer lugar, es posible identificar a los medios hegemónicos de comunicación (escritos y televisivos) que construyeron una narrativa de “enemigo común” para justificar el uso de métodos excepcionales para administrar justicia (Proner et al., 2017: 15-16 Citado por Carvalho y Carvalho Fonseca, 2019:108).

En Argentina, el proceso contra Cristina Fernández se conoció durante el gobierno de Mauricio Macri cuando aparecieron los denominados “cuadernos K”, considerados como la prueba más contundente y donde habría registro de las transacciones fraudulentas a través de las cuales Néstor Kirchner y Fernández habrían obtenido provecho durante los 12 años de gestión. Cabe mencionar que la expresidenta tiene 12 causas judiciales en las que está siendo procesada. En siete de esas causas, la investigación estaba a cargo de un mismo juez federal, Claudio Bonadio⁹ y luego pasaron a conocimiento del juez federal Marcelo Martínez de Giorgi.

La acusación principal por los “cuadernos K” consistía en haber movilizado alrededor de 200 millones de dólares en una red de corrupción de la que se habrían beneficiado empresarios de los sectores constructor y energético, así como políticos. Los detalles del complejo entramado habrían quedado registrados en la libreta de apuntes de Óscar Bernardo Centeno, conductor de Roberto Baratta, alto funcionario del Ministerio de la Planificación en la era Fernández. El escándalo llegó a los medios de comunicación cuando las páginas escaneadas del texto llegaron a manos del diario *La Nación* y en ellos se habría constatado cada transacción incluidos nombre del destinatario, día, hora, recorridos y el monto exacto que cubría un rango desde 250.000 dólares hasta seis millones de dólares (De Carlos, 5 de agosto de 2018). Bajo esa lógica, los Kirchner fueron acusados de tráfico de influencias para apoderarse de terrenos fiscales en El Calafate, Patagonia, donde disponían de una casa que compraron a precios muy por debajo del mercado y, según algunos medios, a través de un elaborado esquema de usurpación que contempló decretos secretos, compras directas que no eran publicadas en el boletín oficial y la violación de ordenanzas sobre otorgamiento de tierras (De la Madrid, 26 de octubre de 2020).

Paralelamente, a Cristina Fernández se le acusaba de traición a la patria por haber encubierto en complicidad con el gobierno de Irán, a los responsables de los atentados contra la AMIA en 1994¹⁰. En diciembre de 2016, un año después de su salida de la Presidencia, la justicia argentina decidió abrir una investigación contra Fernández y su ministro de Relaciones Exteriores, Héctor Timmerman, por un acuerdo secreto con el gobierno iraní para que los responsables del peor atentado terrorista en la historia de Argentina no fuesen juzgados (Politi, 30 de diciembre de 2016).

Los argumentos que sustentaban la existencia de una guerra jurídica contra Fernández apelaban a la forma como los medios de comunicación habrían desempeñado un papel clave en generar o reforzar

la idea dentro de la opinión pública sobre su culpabilidad, un elemento que ya estaba presente en el caso brasileño:

De esta manera, el vínculo entre el lawfare y el poder mediático en Argentina se hizo más visible cuando en los principales diarios y medios nacionales (por ejemplo Clarín, Infobae y La Nación), sus frecuencias radiales, canales televisivos de aire y cable y redes sociales digitales se comenzó a publicar y a difundir repetidas veces al día y en horarios claves, información de las causas en que se le acusaba a la presidenta y a los funcionarios del Gobierno de corrupción y enriquecimiento ilícito (Ghea, 2019 Citado por Estepa y Maisonnave, 2020 :77).

En su primera comparecencia a la justicia en diciembre de 2019, Fernández mencionó la palabra *lawfare* 24 veces, lo que despertó críticas y los medios fueron enfáticos en señalar las contradicciones de su discurso. El diario *El Clarín*, con quienes los Kirchner sostuvieron varias disputas, publicó análisis amplios de juristas expertos en derecho constitucional que ponían en tela de juicio el uso de *lawfare* para el caso argentino. Resulta llamativo que en el artículo publicado el 8 de diciembre de 2019, se hubiese escrito una extensa nota sobre un seminario en la Universidad Abierta Iberoamericana con la participación de cuatro expertos constitucionalistas para hablar sobre el uso del *lawfare* en Argentina, pues todos coincidían en la apreciación general. Los constitucionalistas Daniel Sabsay, Andrés Gil Domínguez, Félix Logrino y Roberto Gargarella, de distintos centros universitarios, apuntaban, según el diario, en la equivocada apelación al término con frases contundentes como “una tontería, una fascinación por una palabra en inglés a la que se le contaminó su contenido original que no interesa a la Academia”, “es un nuevo relato kirchnerista para lograr la impunidad, un invento, una falacia”, y “El pacto con Irán existió, el Hotel de Calafate y sus habitaciones alquiladas pero vacías existieron; el revoleo de dinero de José López existió; Daniel Muñoz existió y por lo tanto no se inventan causas contra Cristina” (Santoro, 8 de diciembre de 2019).

No sólo la contundencia de las afirmaciones es notoria y despierta suspicacias, sino que no se hubiese reseñado ni una sola opinión contraria en el artículo publicado por Daniel Santoro para *El Clarín*. Otros diarios como *La Voz del Interior* no sólo reseñaron la opinión en contravía de Fernández, sino de juristas como Eduardo Barcesat y el exministro de Relaciones Exteriores Rafael Bielsa, quienes apoyaban la tesis de un proceso político barnizado de judicial (Aizpeolea, 6 de diciembre de 2019). No obstante, el retorno del kirchnerismo al poder luego de las elecciones de 2019, en las que se impusieron Alberto Fernández y Cristina Fernández, hizo que el caso argentino tomara otro rumbo y una vez en el poder, se insistiera en una reforma al sistema judicial de hondo calado.

Ecuador se configuró como el tercer caso emblemático en el que se evocó con insistencia el *lawfare*. Al igual que en el escenario argentino, las acusaciones más serias contra Correa comenzaron a tomar fuerza cuando abandonó el poder, y se revivieron casos judiciales desestimados en el pasado. La llegada al poder de Lenín Moreno en 2017 supuso el cambio en la Fiscalía y la salida a la luz pública de dos acusaciones graves. En primer lugar, el intento de secuestro del opositor Fernando Balda en 2012, cuando se encontraba exiliado en Colombia, por miembros de la inteligencia ecuatoriana. Inicialmente, Luis Raúl Chicaiza, agente de inteligencia, confesó que había seguido órdenes directas del entonces presidente. Y, en segundo lugar, a Correa se endilgó haber recibido dineros a cambio de la adjudicación de contratos. Su vicepresidente y quien fuera también fórmula de Lenín Moreno, Jorge Glass, terminó condenado y pagando una pena de seis años de arresto por recibir dineros de la multinacional Odebrecht.

Desde 2017, se han iniciado cerca de 40 procesos judiciales en los que se acusa a Rafael Correa de presuntos actos de corrupción. No obstante, han contado con una activa participación de los medios de comunicación y de un sector del poder judicial. Esta situación provocó el exilio de otras y otros líderes de la corriente política de Co

rea, al quedar expuesta la decisión estatal de detener y proscribir a las nuevas generaciones de progresistas, identificadas con Correa.

En el caso aparecen factores que habían estado presentes en Argentina y Brasil, a saber: el papel de los medios de comunicación predominante para mostrar información donde quedara en evidencia la culpabilidad del exmandatario; el señalamiento directo a la justicia por politización y participar del proceso ideológico; y en apariencia, contradicciones en el proceso que mostraban la debilidad de los argumentos en contra de Correa.

En Argentina, Brasil y Ecuador, se llevaron a cabo reformas al sector de las comunicaciones que fueron ampliamente rechazadas por los medios que las consideraron, de forma inmediata, como “leyes mordaza”, siendo la ecuatoriana la más radical por haberse aprobado por medio de una consulta popular y porque supuso la creación de un consejo regulador de contenidos. El enfrentamiento de Correa con los medios fue evidente cuando denunció por injuria y calumnia al periodista Emilio Palacio de *El Universo*, que lo había acusado de haber mentido en el motín policial de septiembre 2010¹¹ y abiertamente lo tildó de “dictador”. La justicia impuso una condena contra el diario ordenándole una indemnización por 42 millones de dólares que jamás se hizo efectiva pues el mandatario terminó desistiendo del proceso por el aumento de las críticas en su contra por persecución a la prensa.

Este tipo de enfrentamientos con los medios fueron creando un ambiente de polarización con incidencia en la percepción sobre la política, elemento fundamental que muestra la dificultad de estos gobiernos progresistas para llevar a cabo su idea de transformación creando un nuevo orden informativo donde la transparencia prevaleciera. El propósito consistía en evitar que las comunicaciones dejaran de ser un bien colectivo para convertirse en monopolio de poderosos conglomerados económicos, pero al hacerlo, se corrió el riesgo de afectar la libertad de prensa y atentar contra principios

constitutivos de la democracia y paradójicamente, hacer menos probable la transparencia.

Por eso no es de extrañar que cuando Correa fuese condenado por actos de corrupción, concretamente por recibir 6.000 dólares, criticó duramente a los medios señalándolos de complicidad con las decisiones de la justicia. En 2020 con miras a las elecciones generales, el partido político Centro Democrático, afín al expresidente, denunció todo tipo de maniobras dilatorias para impedir y entorpecer su registro e incluso se contempló la posibilidad de posponer las elecciones que normalmente se celebran en febrero. Algunos periodistas en Ecuador reconocen que, si bien en los diez años de Correa se generó un ambiente de censura y autocensura, en el último tiempo “gran parte de la cobertura de la prensa ecuatoriana sigue marcada por revanchismos políticos de hace más de una década”, como lo reconoció el escritor ecuatoriano Iván Ulchur-Rota, crítico de Correa. Él mismo reconoce que “muchos de los medios que Correa enfrentó durante sus años en el poder celebraron el fallo sin reparar en las advertencias sobre posibles violaciones a los derechos humanos de los acusados” (Ulchur, Rota, 10 de agosto de 2020).

De igual forma, juristas independientes han advertido sobre violaciones al debido proceso de Correa y de algunos políticos de su entonces plataforma política, Alianza País. En un hecho que parecería significativo, la Interpol le negó al Estado ecuatoriano la difusión de alerta roja contra Correa, quien se ha mantenido en el exilio en Bélgica. También sobresale el hecho de que algunos de los jueces que decidieron la condena del exmandatario días antes de conocerse la sentencia, hubiesen reconocido a la prensa la culpabilidad de los acusados, como fue el caso de Iván Saquicela.

Más allá de estos hechos, la prueba más notoria para el correísmo sobre inconsistencias consiste en la principal evidencia presentada por los medios de su culpabilidad consistente en el cuaderno de apuntes de la asesora Pamela Martínez donde se habrían registrado

todas las transacciones de los aportes de los contratistas a Alianza País. En efecto, las dudas abundan, pues Martínez habría redactado los detalles en un vuelo de 35 minutos entre Quito y Guayaquil, seis años después de lo sucedido. Genera incredulidad el hecho de que hubiese estado en la capacidad de recordar todas las cifras incluso con centavos, pues no se trataba de aproximados sino de exactos (Puente, 4 de septiembre de 2019).

Además de los citados, existen otros casos de referencia de *lawfare* en América Latina que sirven como base para explicar su alcance y su impacto en la democracia de este lado del continente, como ha sucedido en Bolivia, Chile y Colombia. A saber, en 2020, el Tribunal Supremo Electoral inhabilitó la candidatura de Evo Morales a senador para las elecciones del 18 de octubre alegando que no tenía residencia en Bolivia, desconociendo así los graves acontecimientos que condujeron a la renuncia y el exilio forzado del expresidente. La decisión vulneró el derecho de elegir y ser elegido, así como del pueblo boliviano y la legalidad constitucional y convencional en materia de derechos civiles y políticos. A esto se sumó la presunta injerencia de la Organización de Estados Americanos (OEA) en el proceso electoral y la intervención de distintas ONG extranjeras con marcados intereses políticos a contracorriente de la ola progresista.

Para el caso de Chile, en 2015, dos años antes de las elecciones presidenciales, varios fiscales acusaron de varios delitos a Marco Enríquez-Ominami. Uno de ellos, la fiscal Ximena Chong, lo acusó de haber recibido aportes de la constructora OAS, lo que habría quedado demostrado por el uso de un avión de esa empresa para el traslado del candidato. Este proceso se denominó el “caso del avión de Marco”, que a su vez estuvo acompañado de un gran cubrimiento mediático en plena campaña electoral. Así, el proceso se llevó a cabo en el Primer Tribunal Electoral de la Región Metropolitana, en donde Enríquez-Ominami fue absuelto; a pesar de esta decisión, el mismo Tribunal suspendió su derecho al sufragio, lo que excluía a Enríquez del padrón electoral para las elecciones presidenciales de 2021¹².

En Colombia, el caso de Gustavo Petro, senador y exalcalde de Bogotá, puede representar uno de los primeros casos de *lawfare* en el país. Esto se vio representado en 2013 cuando la Procuraduría General de la Nación destituyó e inhabilitó en 2013 al exmandatario local por su alegada responsabilidad por la suscripción de contratos interadministrativos y las presuntas irregularidades ocurridas con ocasión de la prestación del servicio de aseo en Bogotá. Luego de una serie de procedimientos judiciales internos el caso llegó a instancias internacionales debido a la gravedad de vulneración de los derechos políticos de Petro. El 8 de julio de 2020, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia mediante la cual declaró la responsabilidad internacional del Estado de Colombia por las violaciones a diversos derechos en perjuicio de Gustavo Petro. La Corte determinó que los derechos políticos de Petro se vieron afectados como consecuencia de la sanción disciplinaria de destitución como alcalde mayor de Bogotá, e inhabilitación por el término de 15 años para ocupar cargos públicos, que le había sido impuesta por la Procuraduría General el 9 de diciembre de 2013. De igual forma, la Corte concluyó que no se permite que un órgano administrativo aplique una sanción de restricción de derechos políticos de un funcionario público democráticamente elegido y resaltó que la violación a los derechos políticos no sólo afecta al titular de estos sino a las personas que lo eligen. A la fecha de este análisis la potestad de la Procuraduría General de la Nación para destituir o inhabilitar a funcionarios elegidos democráticamente se mantiene contraviniendo los estándares internacionales de protección de derechos humanos, la decisión de la Corte IDH al respecto y utilizándose como una herramienta de persecución a los candidatos, funcionarios y/o progresistas en Colombia.

Visto lo anterior, ¿es posible afirmar sin reservas que se trata de casos de *lawfare*? O ¿de un recurso de dirigentes políticos para encubrir delitos ligados a la corrupción? ¿Tiene sentido apelar a la noción de *lawfare* a sabiendas de que su contenido actual dista del que tuvo en sus orígenes? y, ¿es aplicable a otros casos de corrupción de

políticos que no hagan parte de la corriente ideológica descrita en estos tres escenarios?

6.

Poderes fácticos, *lawfare* y democracia en América Latina: los tres interrogantes pendientes

El origen del concepto *lawfare* es remoto no sólo por el tiempo en el que surgió, sino porque su evolución y su contenido actual distan significativamente de la noción original. Uno de los principales desafíos cuando se evoca el término consiste en llegar a una definición que sirva no sólo para describir el fenómeno coyunturalmente, sino para entender su complejidad venidera pues la judicialización de la política en América Latina no parece un hecho circunstancial. El *lawfare* obedece a una tendencia cada vez más constatable y presente en la vida de los Estados de la región, al tiempo en que la lucha contra la corrupción se convierte en uno de los elementos centrales de los regímenes democráticos.

Para efectos de este documento y como propuesta para llegar a un concepto que surja de la rigurosidad y esté menos viciado por el sesgo ideológico, se propone entender el *lawfare* como el fenómeno resultante de la judicialización de la política, es decir, del traslado de controversias, disputas y rivalidades del plano político al campo jurídico. El *lawfare* consiste en la búsqueda de la aniquilación política del rival cuando no se puede vencer en las urnas apoyándose en los denominados *poderes fácticos*, que pueden ser de dos tipos: a) institucionales y estatales, en el caso de actores del establecimiento estatal, gubernamental, o judicial que sobrepasan sus funciones; y, b) privados, como empresas, medios de comunicación u organizaciones gubernamentales con incidencia en la política y en la gobernabilidad, pero sin rendir cuentas de sus actuaciones. Los poderes fácticos son un actor indisoluble del *lawfare* y dependiendo del caso, uno u otro puede tener más incidencia.

El *lawfare* también se debe asociar con el debate sobre la crisis de la democracia en el siglo XXI y más concretamente de la representatividad. Para ello es relevante traer a colación la tesis de Collin Crouch que apunta a que la democracia habría pasado su esplendor y los sistemas estarían avanzando hacia una era que el autor califica como *posdemocrática* en la que las estructuras y los procedimientos más relevantes recaen en las élites, como ocurría antes de que la aparición de la democracia moderna (Crouch, 2004). Este agotamiento de la democracia responde a tres dimensiones (Merkel, 2015: 36-37):

a) Participativa, pues la abstención de los más jóvenes en América Latina (entre 15 y 24 años) sigue siendo de las más altas, así como se puede constatar una reducción en las afiliaciones a los partidos u organizaciones de deliberación de temas públicos. Claro está que esta baja participación se debe matizar con la aparición de las redes sociales que invita a reflexionar sobre las formas alternativas de participación y deliberación de los jóvenes;

b) Representativa, la confianza en los partidos políticos y en las instituciones del Estado también ha decaído. En la mayor parte de los países la crisis de los partidos tradicionales es fehaciente y se comprueba cada vez con más fuerza la aparición de lo que Herbert Kitschelt denominaría partidos-movimiento (2006: 278) con bases sociales y de organizaciones de base o de primer grado que sin dejar esta condición funcionan como partidos políticos, como ha ocurrido en la mayoría de casos donde el progresismo ha prosperado en América Latina (Martín, 2015: 112);

c) Gubernamental, en la medida en que los legislativos y ejecutivos han perdido poder a ojos de la ciudadanía y lo han cedido a poderes fácticos. Como lo plantea Wolfgang Merkel, la gente se pregunta con justa causa: ¿quién gobierna en realidad en el siglo XXI? ¿Los gobiernos elegidos por nosotros, legitimados

por nuestro voto, o los mercados internacionales, los Bancos centrales, los burócratas y los regímenes supranacionales? (2015:37). Valga aclarar que el autor está pensando en el caso europeo, donde el déficit democrático apunta a las instituciones del sector financiero que han socavado la soberanía popular, pero en el caso de América Latina se puede adaptar la lógica a medios de comunicación, multinacionales, Congresos y Cortes que se extralimitan.

De otro lado, el *lawfare* tal como aparece en la literatura reciente, despierta varios interrogantes y dudas sobre la rigurosidad en su elaboración y su aplicación. En primer lugar, como varios medios de comunicación lo han venido describiendo en el último tiempo, la práctica ha sido denunciada ampliamente por el progresismo, lo que hace pensar en que se trata de una identificación selectiva que podría dejar por fuera casos representativos. Hasta el momento, ningún Estado o institución internacional ha apelado al término como una amenaza para la democracia, salvo en el caso del Grupo de Puebla, un foro de exmandatarios, políticos, legisladores, académicos e independientes progresistas de América Latina y España que se han convertido tal vez en el espacio internacional donde más se alerta acerca de los efectos nocivos del *lawfare* sobre la democracia. Es tal la gravedad a juicio de los dirigentes del Grupo, que en julio de 2019 se tomó la decisión de crear el Consejo Latinoamericano de Justicia y Democracia (CLAJUD), integrado por juristas para “enfrentar la guerra jurídica que hoy aparece como una de las más serias amenazas a la institucionalidad democrática regional” (Grupo de Puebla, 19 de julio de 2019).

El gran interrogante está en cómo determinar qué casos configuran una persecución judicial y en cuáles se esgrime tal argumento para evitar la rendición de cuentas, la transparencia e incluso para debilitar la separación de poderes. En 2019, mientras el Grupo de Puebla denunciaba el *lawfare* contra Lula da Silva, Rafael Correa y Cristina Fernández, Donald Trump se consideraba una víctima de

dicha práctica y señalaba una conspiración demócrata o “cacería de brujas” (Aguirre, 6 de diciembre de 2019) en su contra.

Perú, de igual forma, constituye uno de los escenarios más significativos de la lucha contra la corrupción, lo que se observa en el hecho que todos los exmandatarios vivos se encuentran privados de la libertad. Sin embargo, no está exento de controversias sobre una supuesta extralimitación por parte del sistema judicial, puesta en evidencia en la captura inminente de Alan García y que terminó en su suicidio. Un segmento significativo de políticos peruanos, afines o no con el partido político del exmandatario, reconoció excesos de los jueces y fiscales en el proceso que ha buscado establecer responsabilidades por la entrega de millonarias sumas de dinero por parte de Odebrecht a políticos a cambio de contratos. Como lo reconocen varios juristas peruanos, se trata de una clase política que busca salir impune de tal vez el proceso político anticorrupción más importante en la historia del Perú y América Latina.

Esto último conduce al segundo interrogante respecto del *lawfare* y consiste en el papel de los medios de comunicación y la manera como, a partir de su poder en ascenso, los gobiernos pretenden regulaciones que son interpretadas como una forma de limitar libertades constitutivas de la democracia. No caben dudas respecto de la necesidad de los medios de comunicación en la rendición de cuentas y la transparencia de la gestión pública. Esto quedó en evidencia en la historia reciente de Perú, pues la caída de Fujimori, abiertamente autoritario y corrupto, se explicó en buena medida porque los medios publicaron una serie de videos en los que el director del servicio de inteligencia, Vladimiro Montesinos, entregaba dinero a congresistas a cambio de apoyo. Aquello hizo que el tercer mandato de Fujimori fuese inviable y terminara destituido por el Congreso en septiembre de 2000 (Balbi, 2000). Cuando se analizan los casos recientes en los que varios expresidentes han sido llamados a comparecer, se debe tener en cuenta la forma como existe una trayectoria de la justicia en América Latina que hace pensar en una rama ju

dicial con mayor independencia respecto del Ejecutivo y, por ende, muchas veces enfrentada a sus intereses. La salida de presidentes como Jorge Serrano Elías en Guatemala en 1993 y Lucio Gutiérrez en Ecuador en 2005 se explica por el intento por someter a los altos tribunales, que fracasó por la respuesta de la ciudadanía que defendió sus instituciones y el Estado de derecho. En buena parte de los gobiernos de corte progresista se intentaron reformas a la justicia con el fin de despolitizarla, pero paradójicamente fueron calificados como intentos por inscribir a los jueces en la corriente ideológica de los gobiernos de turno.

El tercer interrogante pasa por saber en qué momento se agrede realmente a la democracia con la judicialización de la política. Pretender que la justicia funcione de forma neutral y objetiva en un sentido absoluto implica desconocer que su labor natural, de todos modos, está ligada con la política. Martin Shapiro y Alec Stone Sweet consideran que en general los jueces “reivindican una legitimidad que parte del hecho de que son no-políticos, independientes, neutrales y funcionarios de la ley” (Citados por Martínez Barahona, 2010: 724). Ahora bien, en la práctica las Cortes terminan desempeñando un papel que excede lo meramente normativo y se destaca: la revisión de políticas públicas en medio de la cual terminan incidiendo notoriamente en su contenido; el control constitucional que los convierte en promotores de los contenidos y valores de las Constituciones; en la correlación de fuerzas políticas, por los jueces y magistrados que hacen parte de algún partido o representan una posición liberal o conservadora que divide a movimientos políticos; y, el control político y legal sobre el Ejecutivo y el Legislativo, tarea fundamental para evitar abusos de poder o extralimitaciones en el ejercicio de funciones. Esto es más importante en el último tiempo cuando se identifican tantas reformas para fortalecer el poder de los aparatos ejecutivos, o se acusa a los Congresos de extralimitaciones para destituir a mandatarios (Martínez Barahona, 2010: 724).

Este planteamiento, aunque revela un carácter político para la función judicial compatible con la democracia, no resuelve la cuestión sobre el límite entre una politización que afecta o favorece la democracia. La única vía para saberlo consiste en examinar el grado de autonomía de los jueces a la hora de tomar decisiones, lo cual es observable en tres dimensiones (Kapiszewski y Matthew, 2008: 749): la independencia respecto de los otros poderes públicos, ejecutivo y legislativo, que se puede complejizar cuando ambos poderes participen del proceso de designación o postulación de magistrados a las Cortes; la autonomía frente a los partidos y movimientos políticos, y tal vez la más difícil de observar: la independencia jerárquica o interna que consiste en que los jueces puedan decidir sin presión de sus superiores.

Transcurridos más de 40 años de la Tercera Ola de Democratización que cambió la historia política de América Latina, la zona enfrenta un arduo debate sobre los parámetros para identificar los antivaldores del sistema democrático. En el pasado, los golpes de Estado militares en el marco de la Guerra Fría configuraban el modelo autoritario por excelencia contrario a la democracia. No obstante, desde la caída de las dictaduras, y cuando todos los Estados reivindican el demoliberalismo (con la excepción de Cuba, que mantiene la *democracia popular*), las amenazas contra la democracia parecen más complejas, con lo cual se llega a la ambigua conclusión de que pueden hasta cierto punto convivir con algunos elementos autoritarios y que estos, a su vez, pueden conservar atributos democráticos como ocurre con los autoritarismos competitivos (Levitsky y Way, 2002: 53).

Por ello es que en las prácticas de *lawfare* recientes se ha advertido el riesgo de que se está afianzando un modelo de judicialización de la política por medio de un sistema de justicia parcial, en cuyo caso se manifiesta en la persecución de líderes políticos progresistas, la ofensiva de poderes fácticos y la transgresión de las reglas básicas de la democracia representativa amenazando los sistemas democráticos y debilitando el Estado de Derecho.

El *lawfare* evocado frecuentemente en la zona constituye un fenómeno que revela la forma como la lucha contra la corrupción se ha vuelto, en la práctica, el principal desafío democrático para América Latina, al tiempo que las garantías en los procesos se erigen como una de las manifestaciones más contundentes de democratización o precariedad de esta. Tal complejo entramado de versiones, acusaciones y desacuerdos alrededor del *lawfare* muestra la necesidad de seguir indagando por el rol de la función judicial en la calidad de la democracia y en la transparencia, un atributo cada vez más necesario para su consolidación.

Notas

1. Los conflictos asimétricos son aquellos en donde existe una diferencia desproporcionada en la correlación de fuerzas entre bandos, generalmente el Estado y una guerrilla. Los conflictos híbridos son aquellos en los que los grupos irregulares llegan a tener un nivel de poder que pueden apelar a tácticas de guerra regular.
2. La democracia es el sistema o régimen político, mientras que la democratización consiste en el proceso transitorio para establecer la democracia y posteriormente en la evaluación de sus niveles de consolidación.
3. (4): 450-479. El término fue acuñado por Samuel Huntington para describir tres momentos en que la democratización ha tenido una tendencia hacia la expansión. La última ola comenzó con la Revolución de los Claveles en Portugal en 1974 y apareció en América Latina a finales de los 70 (Huntington, 1996).
4. Según Carl Schmitt, la dictadura no constituía un sistema político sino un Estado de excepción en el que el soberano mostraba tener el control de la situación del orden político (Schmitt, *Teología política*, 2001: 23). Su fundamento consiste en anular la separación de poderes.
5. Para la referencia el numeral 2 establece: “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”.
6. Casos contenciosos ante la Corte IDH como el caso *Castañeda Gutman vs. México*, *López Mendoza vs. Venezuela* o *López Lone y otros vs. Honduras*.
7. Para un estudio sobre el distanciamiento y el acercamiento del comunismo con la causa indígena y afro analizando la influencia de José Carlos Mariátegui ver Becker, Marc (2006). “Mariátegui, the Comintern and the Indigenous Question in Latin America”. *Science & Society* 70 (4): 450-479.
8. Ley de (Im)probidad Administrativa (Ley núm. 8.429/1992) y la institución de la Ley de la Ficha Limpia (Ley Complementaria núm. 135/2010). En síntesis, las hipótesis de inelegibilidad que trajo la Ley de la Ficha Limpia son las siguientes: a) condenas judiciales (electorales, penales, o por improbidad administrativa, dictadas por un órgano colegiado; b) rechazo de las cuentas correspondientes al ejercicio del cargo o función pública (necesariamente colegiadas, por ser

dictadas por el Legislativo o por el Tribunal de Cuentas, en su caso); c) pérdida del cargo (electivo o de ocupación efectiva), incluidas las jubilaciones forzosas de magistrados y miembros del Ministerio Público y, para los militares, la indignidad o incompatibilidad con el rango; d) renuncia a un cargo público electivo ante la inminencia de la instauración de un proceso que pueda causar la pérdida del cargo, y e) exclusión del ejercicio de una profesión reglamentada, por decisión del órgano profesional respectivo, por violación de un deber ético-profesional. La ley fue aprobada en mayo de 2010 e impide que un condenado en dos instancias se presente como candidato.

9. El juez federal Claudio Bonadio (Q.E.P.D.) falleció el 04 de febrero de 2020 a causa de una enfermedad terminal.

10. En 1994 la explosión de un explosivo dejó 85 muertos y 300 heridos en la AMIA, asociación judía con sede en Buenos Aires.

11. El 30 de septiembre de 2010 tuvo lugar un motín policial considerado por algunos medios como un intento de golpe de Estado contra Rafael Correa. Sin embargo, un sector de la oposición consideró que jamás hubo tal y se acusó a Correa de instrumentalizar la crisis en su favor.

12. En septiembre de 2021, el Tribunal Calificador de Elecciones rechazara la impugnación contra su candidatura y autoriza Enríquez-Ominami a participar de las elecciones de noviembre de 2021.

Bibliografía

Aguirre, Joaquín (6 de diciembre de 2019). “La izquierda de la región le apunta al lawfare”. *La Voz del Interior*: 22

Agencia Anadolu. (2018, 17 agosto). Brasil: ONU pide respetar derechos de Lula como candidato presidencial. Brasil: ONU pide respetar derechos de Lula como candidato presidencial. <https://www.aa.com.tr/es/pol%C3%ADtica/brasil-onu-pi-de-respetar-derechos-de-lula-como-candidato-presidencial/1234533>

Aizpeolea, Horacio (6 de diciembre de 2019). “Miradas enfrentadas sobre el uso que le da la expresidenta”. *La Voz del Interior*: 22

Arias, Juan (01 de enero de 2007). “Lula asume su segundo mandato con el crecimiento económico como gran reto”. *El País* Disponible en línea: https://elpais.com/diario/2007/01/02/internacional/1167692423_850215.html

Balbi, Carmen Rosa (2000). “Pérou: l’élection présidentielle et l’impossible maintien au pouvoir d’un régime autoritaire”. *Problèmes d’Amérique Latine* 38: 5-28

Becker, Marc (2006). “Mariátegui, the Comintern and the Indigenous Question in Latin America”. *Science & Society* 70 (4): 450-479

Bilenky, Thais (11 de abril de 2016). “Harvard Professor sees “Presumption of Guilt” Used Against Ex - President Lula”. *Folha de S. Pablo* Disponible en línea: <https://www1.folha.uol.com.br/internacional/en/brazil/2016/11/1829328-harvard-professor-sees-presumption-of-guilt-used-against-ex-president-lula.shtml?cmpid=topicos>

Borges, Rodolfo y Galarraga Cortázar, Naiara (7 de febrero de 2019). “Lula, condenado a 12 años por un caso de corrupción”. *El País*. Disponible en línea: https://elpais.com/internacional/2019/02/06/actualidad/1549478969_312064.html

Bruner, Tomáš ; Faix, Martin (2018). “The Attribution Problem as a Tool of Lawfare”. *Obama a Statregie* 1: 80-96

Byung-Chul, Han (2013). *La sociedad de la transparencia*. Barcelona: Herder.2013.

Byung-Chul, Han (2014). *En el enjambre*. Barcelona: Herder.

Calvo, Ernesto (2015). *Anatomía Política del Twitter en Argentina*. Capital Intelectual.

Carvalho, Carlos Alberto y Carvalho Fonseca, Maria Gislene (2019). “Violência em acontecimentos políticos: jornalismo e lawfare no caso Lula”. *Galaxia 1*: 100-112

Observación General No. 25, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 25 - La participación en los asuntos públicos y el derecho de voto, 57º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 194 (1996)

Comité de Derechos Humanos. CCPR/C/122/D/2629/2015. Dictamen aprobado por el Comité a tenor del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 2629/2015

Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 1847.

Crouch, Collin. (2018) *Postdemocracy*. Polity Press.

Corte IDH. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233

Corte IDH. Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No.302

Corte IDH. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233

Corte IDH. Caso Petro Urrego Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2020. Serie C No. 406

Corte IDH. Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184

Corte IDH. Caso Argüelles y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fon-

do, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No.288 De Sousa Santos, Boaventura (2001). *Democracia y transformación social*. Bogotá: Siglo Veintiuno Editores.

Dagatti, Mariano (2012). "Aportes para el estudio del discurso político en las sociedades contemporáneas. El caso del Kirchnerismo." *De Signos y Sentidos*. 13: 52-82.

De Carlos, Carmen (5 de agosto de 2018). "Los "cuadernos de la corrupción que detallan los sobornos de los Kirchner". *Diario ABC*. Disponible en línea: https://www.abc.es/internacional/abci-cuadernos-corrupcion-detallan-sobornos-kirchner-201808050416_noticia.html

De la Madrid, Álvaro (26 de octubre de 2020). "Néstor y Cristina: usurpaciones VIP y apropiación de tierras en El Calafate". *La Nación*. Disponible en línea: <https://www.lanacion.com.ar/opinion/nelstor-cristina-usurpaciones-vip-apropiacion-tierras-el-nid2490555>

Diamond, Larry (2002). "Elections Without Democracy: Thinking About Hybrid Regimes". *Journal of Democracy*. 13 (2): 21-35

Dunlap, Charles (2001). *Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts*. Humanitarian Challenges in Military Intervention Conference. Washington: Kennedy School of Government.

El Comercio (8 de marzo de 2017). "Rafael Correa recordó el feriado bancario durante un recorrido de obras en Guayas". *El Comercio* Disponible en línea: <https://www.elcomercio.com/actualidad/rafaelcorrea-feriadobancario-recorrido-obras-guayas.html>

El País (01 de enero de 2003). "Lula jura su cargo como presidente de Brasil arropado por medio millón de personas". *El País* Disponible en línea: https://elpais.com/internacional/2003/01/01/actualidad/1041375601_850215.html

Estepa, Constanza y Maisonnave, Marcelo (2020). "Poder judicial, medios de comunicación, y política: lawfare en Argentina". *Nullius: Revista de pensamiento*

crítico en el ámbito del derecho. 1(2):70-89

Gatinois, Claire (01 de junio de 2016). "L'implosion du système brésilien". Le Monde Disponible en línea: https://www.lemonde.fr/idees/article/2016/06/07/l-implosion-du-systeme-bresilien_4940662_3232.html

Gloppen, Siri y Elin Skaar (2004) *Democratization and the Judiciary: the Accountability Function of Courts in New Democracies*. Portland: Frank Cass

Goldfrank, Benjamin (2006). "Los procesos de presupuesto participativo en América Latina: éxito, fracaso y cambio". *Revista de Ciencia Política* 26 (2) : 03-28

Grupo de Puebla (19 de julio de 2019). *Declaración conjunta sobre la necesidad de responder ante la guerra judicial o "lawfare"*. Puebla: Grupo de Puebla.

Hirschl, Ran (2000). "The Political Origins of Judicial Empowerment Through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Reforms". *Law and Social Inquiry*. 25 (1): 91-149

Huntington, Samuel (1996). *The Third Wave: Democratization in the late twentieth century*. Oklahoma: University of Oklahoma Press

Holzer, Mark. (2012). "Offensive Lawfare and the Current Conflict". *Harvard Law School National Security Journal*

Kapiszewski, Diana y Taylor, Mathew. (2008). *Doing Courts Justice? Studying Judicial Politics in Latin America*. *Perspective on Politics*. 6(6): 741-767

Levitsky, Steven, et Lucan Way. (2002). "The rise of competitive authoritarianism". *Journal of Democracy* 13 (2): 51-65

Linz, Juan (2000). *Totalitarian and Authoritarian Regimes*. Colorado: Lynne Rienner.

Linz, Juan y Stepan, Alfred (1996). *Democratic Transition and Consolidation*.

Southern Europe, South America and Post-Comunist Europe. Baltimore: Johns Hopkins University Press

Lodi Ribero, Ricardo (2018). "Lula's conviction: Brazil's most striking case of lawfare". En *Comments on a notorious verdict: the trial of Lula*. Río de Janeiro : Clacso : 182-185

Lula da Silva, Luis Inacio (2002). "Discurso del señor presidente de la República, Luiz Inacio Lula da Silva, en su toma de posesión". *Estudios Latinoamericanos* 18: 189-197

Jaramillo Jassir, Mauricio (2018). "Partidocracia, autoritarismo y refundación: una lectura de la historia transmisión ecuatoriana desde el mito del eterno retorno". En *Regards actuels sur les régimes autoritaires dans le monde luso-hispanophone: la transmission en question*. Binges: Orbis Tertius: 67-79

Kitschelt, Herbert (2006). "Movement Parties". En Katz, Richard y Crotty, William. *Handbook of Party Politics*. Londres: Sage: 278-290

Martínez Barahona, Elena (2010). "Las cortes supremas como distribución de poder: el caso de la reelección presidencial en Nicaragua y Costa Rica". *Revista de Ciencia Política* 30 (3) 723-750

Marsteintredet, Leiv y Mariana Llanos (2010). *Presidential breakdowns in Latin America: Causes and outcomes of executive instability in developing democracies*. Londres: Palgrave Macmillan

Martín, Irene (2015). "Podemos y otros modelos de partido-movimiento". *Revista Española de Sociología* 24: 107- 114

Morosi, Pablo (13 de junio de 2003). "Kirchner: no voy a pactar con la corrupción". *La Nación*. Disponible en línea: <https://www.lanacion.com.ar/politica/kirchner-no-voy-apactar-con-la-corrupcion-nid503403/>

Mouterde, Perrine (11 de mayo de 2016). "Brésil: comprendre la chute de Dilma Rousseff en 9 épisodes". *Le Monde* Disponible en línea: <https://www.lemonde>.

fr/les-decodeurs/article/2016/05/11/comprendre-la-chute-de-dilma-rousseff-en-8-episodes_4917663_4355770.html

O'Donnell, Guillermo (1994). "Delegative Democracy". *Journal of Democracy*, 5 (1): 55-69

O'Donnell, Guillermo (1996). "Illusions about Consolidation". *Journal of Democracy*, 7 (2): 34-51

Organización de Estados Americanos. (1969, 22 noviembre).: *Tratados Multilaterales > Departamento de Derecho Internacional > OEA :: Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

Politi, Daniel (30 de diciembre de 2016). "Un tribunal reabre la investigación contra Cristina Kirchner por encubrimiento el atentado contra la AMIA en 1994". *New York Times*. Disponible en línea: <https://www.nytimes.com/es/2016/12/30/espanol/un-tribunal-reabre-la-investigacion-contra-cristina-kirchner-por-encubrimiento-del-atentado-a-la-amia-en-1994.html>

Power, Timothy (2010). "Optimism, pessimism, and coalitional presidentialism: Debating the institutional design of Brazilian democracy". *Bulletin of Latin American Research* 29, (1): 18-33

Puente, Diego (4 de septiembre de 2019). "Pamela Martínez dijo que su cuaderno sobre el caso Sobornos lo escribió en el 2018". *El Comercio*

Rendón Corona, Armando (2004). "Porto Alegre, un modelo de presupuesto participativo". *Polis: investigación y análisis sociopolítico* 1 (4): 9-36

Rosanvallon, Pierre (2006). *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance*. París: Éditions du Seuil

Schedler, Andres. (1998). "What is Democratic Consolidation?". *Journal of Democracy* 9 (2): 91-107

Schmitter, Philippe y Santiso, Javier (1998). "Three Temporal Dimensions to the Consolidation of Democracy". *International Political Science Review*. 19 (1): 69-92.

Ulchur-Rota, Iván (10 de agosto de 2020). "La prensa en Ecuador debe despolarizarse". *New York Times*

Vallinder, Torbjörn. (1994). "The Judicialization of Politics. A World-Wide Phenomenon: Introduction". *International Political Science Review* 15 (2): 91-99

Vollenweimer, Camila y Romano, Silvina (2017). "Lawfare. La judicialización de la política en América Latina". Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica CELAG.

Watts, Jonathan (1 de junio de 2017). "Operation Car Wash: Is this the biggest corruption scandal in history? *The Guardian* Disponible en línea: <https://www.theguardian.com/world/2017/jun/01/brazil-operation-car-wash-is-this-the-biggest-corruption-scandal-in-history>

6.

Lawfare contra Evo Morales: la experiencia boliviana y su aporte para comprender la “guerra jurídica” en América Latina.

Diogo Bacha e Silva¹

Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira²

1. Realizó estancia de posdoctorado en Derecho en la UFMG, Doctor en Derecho por la UFRJ, Magíster en Derecho por la FDSM, Profesor. E-mail: diogobacha@gmail.com.

2. Profesor catedrático de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la UFMG, Doctor y Magíster en Derecho por la UFMG. Estancia posdoctoral con beca de la CAPES en la Università degli Studi di Roma III. Becario de Produtividad de CNPq – Nível 1 D. E-mail: mcattoni@gmail.com.

Introducción

Entre las convicciones de teóricos políticos como Montesquieu y Madison encontramos que una arquitectura constitucional de separación de poderes sería suficiente para evitar abusos. Ahora bien, si tales teóricos políticos viviesen actualmente en América Latina se sorprenderían con la actuación de una parte del Poder Judicial. Por otro lado, en el centro del pensamiento político-constitucional, se va construyendo a lo largo de los siglos XIX y XX, la idea de que al Poder Judicial le corresponde la función de resolver los conflictos que surgiesen frente a la Constitución y las leyes¹ entre los ciudadanos y entre estos y los Estados, siendo un poder o función tradicionalmente ligada a la estabilidad y al mantenimiento del orden constitucional y legal. Frente a ello, los acontecimientos recientes en toda América Latina parecen levantar dudas acerca de la capacidad del Poder Judicial para funcionar como un elemento estabilizador del orden político.

En los últimos años, el expresidente Lula en Brasil; la actual vicepresidenta de Argentina, Cristina Kirchner, y el expresidente de Bolivia Evo Morales, fueron ejemplos emblemáticos de la utilización política de procesos judiciales² –en su mayoría de índole criminal, por nombrar algunas– como evidente tentativa de persecución a las políticas implementadas por ellos, y sobre todo al simbolismo que estos líderes representaban para sus pueblos.

En este trabajo buscamos presentar un panorama del llamado *lawfare*³ contra Evo Morales. Para ello, en un primer momento de rescate histórico, buscamos mostrar cómo la relación entre el MAS y el Poder Judicial se da, desde la elección de Evo Morales en 2006, de forma conflictiva. En un segundo momento, analizaremos algunas de las causas sociales, económicas y políticas y sus factores endógenos y exógenos subyacentes a la persecución judicial, a fin de que se pueda comprender adecuadamente la complejidad de ese fenómeno en el contexto boliviano.

Finalmente, en un tercer momento, la intención es extraer lecciones de la experiencia boliviana que puedan brindar un mayor rigor teórico-conceptual a la categoría *lawfare* y posibles aprendizajes político-institucionales para el constitucionalismo latinoamericano. Seguimos, desde el inicio, un método analítico-descriptivo para presentar la experiencia boliviana de persecución judicial contra Evo Morales sin ignorar, sin embargo, la exigencia de una perspectiva crítico-reconstruktiva que busque en el plano de lo concreto los elementos que son determinantes y determinados por la categoría.

Seguramente nuestro objetivo no es agotar las posibles interpretaciones y análisis de las causas que hicieron posible una utilización abusiva de instrumentos jurídicos contra Evo Morales y todo lo que él representa para la historia latinoamericana, sino que esa experiencia sirva de aprendizaje político-social y, al mismo tiempo, de renovación de esperanza, para que nuevos vientos democráticos conduzcan a *nuestra América* hacia un futuro de igualdad y diversidad.

1.

La tensa relación entre el poder judicial y el movimiento al socialismo (mas).

Desde su independencia, en 1825, Bolivia tuvo 83 gobiernos hasta la elección de Evo Morales en 2006. De ese total, 36 no duraron más de un año, siete fueron de facto y los historiadores no saben precisar con exactitud el número de golpes de Estado e intentos militares⁴. Todo esto hizo que los autores definieran a Bolivia como un país de extrema inestabilidad política, como una historia sin fin⁵.

Sin embargo, el diagnóstico de Rene Zavaleta Mercado, un importante sociólogo e intelectual boliviano, explica que, al menos hasta 1982, la marca social de Bolivia era la de una sociedad abigarrada en la cual las múltiples formas de producción existentes en su territorio se transformaban en una sociedad con tiempos económicos distintos y una composición heterogénea, con civilizaciones yuxtapuestas⁶. La inestabilidad política boliviana, por lo tanto, era tributaria mucho más de las condiciones socioeconómicas y de la imposibilidad de que un sector se torne hegemónico frente a una sociedad *abigarrada*. De ese modo, siguiendo la línea de Rene Zavaleta Mercado, existía un cuadro de “Estado aparente” que atravesó la historia boliviana.

De un lado, entonces, la existencia de una parte de la sociedad boliviana que incorporó la forma de vida del capitalismo y usufructuó de los servicios y de las posibilidades materiales que las instituciones liberales pueden ofrecer. Del otro, la mayoría de la población permanecía al margen de la ciudadanía, sin derechos. Todo el aparato institucional y jurídico moderno, como el Poder Judicial, el Congreso, los medios, etc., estaban volcados y bajo el control de una parte minoritaria de la sociedad boliviana, la oligarquía de propietarios de la tierra y empresas ligadas a la minería⁷. Desde la

fundación de la república en 1825 hasta la revolución de 1952 los pueblos indígenas-origenarios no habían podido votar ni ser elegidos para cargos públicos.

El régimen del general Hugo Banzer perpetró el golpe militar de Estado con el apoyo de la dictadura cívico-militar brasileña, que tuvo lugar desde 1971 hasta 1977, y en ese contexto, sin legitimidad y con una inflación desenfrenada, decidió entregar el cargo, hecho que sumergió a Bolivia en un escenario de ingobernabilidad. Entre 1977 y 1980, ocurrieron tres elecciones y cuatro golpes militares. A partir de 1982, con la elección de Hernán Siles Suazo de la UDP, los tres grandes partidos del período -UDP, MNR e ADN⁸- iniciaron la fase de una democracia pactada. Para combatir la inestabilidad política, los grandes partidos pactaron la sucesión en el poder.

Sin embargo, las determinaciones socioeconómicas que causaban la inestabilidad política no fueron combatidas. Al contrario, a Hernán Suazo no le fue posible repactar con el Fondo Monetario Internacional (FMI) la deuda externa de Bolivia, por entonces el país con mayor deuda con la institución y, frente a la altísima inflación y el período de crisis económica, convocó a elecciones anticipadas en 1985. Luego de que la ADN obtuviera el 28,5 % de los votos y el 26 % el MNR, el Congreso tuvo que definir, en una elección indirecta, con un consenso entre los partidos, el nombre de Víctor Paz Estenssoro. Las elites económicas presionaban por la adopción de políticas económicas neoliberales del llamado Consenso de Washington⁹.

El MAS surgió en un contexto de décadas de políticas neoliberales, conjugadas con una amplia exclusión política y social de las minorías étnicas y raciales, sistemáticamente practicadas por los sectores dominantes y por un aparato institucional excluyente. Pero, como causa inmediata, en 1997, Hugo Banzer regresó a las urnas como candidato por el UDN. Luego de asumir el mandato, lanzó el llamado Plan Dignidad, operación militar financiada por Estados Unidos, para acabar con toda la coca plantada en el país¹⁰.

Lo que se pretendía con esto era retirar el único medio de subsistencia de los cocaleros, además de tratarse de un despojo cultural de los pueblos originarios para satisfacer los intereses económicos internacionales. Frente a ello, los cocaleros se opusieron intensamente a este tipo de política reuniéndose en una red de sindicatos, organizada bajo las influencias del movimiento Katarista de la década del 70, sobre todo la Central Sindical Única de los Trabajadores Campesinos de Bolivia (CSUTCB). Con el líder aymara Felipe Quispe, en la década del 90, la CSUTCB adoptó formas de lucha al margen de sistemas de partidos políticos, tales como las marchas hasta La Paz y el bloqueo de rutas. Existía ya desde esa época un intenso debate al interior de la institución para que esa lucha albergase también la creación de un partido político¹¹.

En los valles de Cochabamba, situados en la región de Chapare, como símbolo de la resistencia *cocalera*, con bases en el sindicalismo campesino surge el liderazgo de Evo Morales, hijo de madre aymara y padre quechua. Fue el diputado más votado en 1997 con la filiación de la Izquierda Unida (IU), Evo Morales se destacó como líder político. En las elecciones municipales de 1999, la sigla MAS-U (Movimiento al Socialismo Unzanguista) fue cedida al líder del sindicato de los cocaleros. Sin embargo, posteriormente la sigla U fue sustituida por IPSP (Instrumento Político por la Soberanía de los Pueblos)¹².

Fue en el contexto de la guerra del agua y del gas¹³ cuando el MAS adquirió protagonismo electoral, como una ofensiva de los movimientos sociales y de la izquierda contra las políticas neoliberales. El desgaste de las políticas neoliberales hizo posible que el MAS, al liderar los movimientos sociales como la COB, se convirtiera en la principal fuerza política del país. En las elecciones parlamentarias de 2002, en conjunto con el Movimiento Indígena Pachacuti (MIP), liderado por Felipe Quispe, el MAS venció en cuatro departamentos. Tal como describió Fernando Mayorga, fue la primera incursión exitosa de campesinos e indígenas en el área parlamentaria con organizaciones propias y la primera vez que un candidato de esos sectores encaró la posibilidad de disputar la Presidencia¹⁴.

En aquella elección, Evo Morales tuvo su mandato de parlamentario anulado, acusado de incitar a la violencia. En ese contexto, hay que tener en cuenta que Estados Unidos, a través de su embajador, amenazó con cortar la ayuda financiera en caso de que Evo Morales, quien por entonces ocupaba el cuarto lugar en la disputa presidencial, fuese el vencedor de las elecciones presidenciales¹⁵. La crisis política, económica y social hizo que el gobierno de Carlos Mesa, aunque sostenido por una coalición partidista que no conseguía vencer la centralidad de los movimientos sociales que ocupaban los espacios institucionales de la política, renunciara tras una convulsión social vivida en marzo de 2005.

Luego de eso, Evo Morales fue elegido con el 54 % de los votos, incluso con reductos conservadores. Se trató de uno de los hechos históricos más importantes de Bolivia, pero sobre todo de América Latina. Por primera vez, un indígena llegó a la Presidencia de la República. Simbólicamente, la victoria electoral de Evo Morales tuvo tres consecuencias inmediatas.

En primer lugar, el ascenso de un partido político que hasta ese momento no tenía representatividad puso fin a la democracia “pactada” e inició un proyecto político popular en el que los trabajadores y los pueblos originarios se vieron representados. No se trata de un hecho casual de la llegada al poder por parte de un partido político. El MAS representaba, en ese contexto, las voces de aquellos que siempre fueron excluidos.

En segundo lugar, además de quebrar con la democracia pactada entre las élites hegemónicas, el simbolismo derivado de la elección del primer presidente indígena, precisamente en un territorio que se destacaba por la exclusión, la opresión y la marginalización de los pueblos originarios. Se trató de una esperanza para los pueblos que, en los contextos político y social de América Latina, habían sido hasta ese momento marginalizados, excluidos y violentados por un patrón de poder.

Por último, aliada a esas circunstancias, la posibilidad de un pensar, vivir y saber alejada de las políticas neoliberales, principal causa de los pesados sufrimientos para el pueblo boliviano. En ese sentido, fue necesario reinventar las formas jurídico-políticas que se estaban extendiendo en el territorio boliviano. En lugar de un “Estado aparente”, se propone pensarlo en un contexto concreto. Redimensionarlo para el contexto plurinacional.

El poder judicial, por su propia composición social, albergaba los intereses financieros, oligárquicos e internacionales. Uno de los mayores ejemplos es la creación del Tribunal Constitucional en 1999. Conviviendo de forma pacífica con la democracia pactada, el órgano había bloqueado muchas veces las posibilidades de transferencia de la propiedad del excedente de los hidrocarburos¹⁶. En esa tónica, gran parte de la movilización política de la izquierda boliviana entendía que el Poder Judicial era movilizado para atender a los intereses del capital monopolista internacional y nacional que había sido loteado por los partidos hegemónicos¹⁷.

En este caso, el propio discurso de combate a la corrupción en el interior del poder judicial sirvió como justificación para la institución del Tribunal Constitucional. Transcurridos algunos años, el diagnóstico apuntaba que la institución de ese órgano atendió a intereses internacionales para asegurar la circulación del capital. Por lo tanto, una de las agendas de Evo Morales era romper ese ciclo de reproducción del capital internacional que contaba con el beneplácito del Poder Judicial. Los instrumentos jurídicos se mostraron cooptados por las elites sociales y económicas¹⁸.

En 2007, con solo un año de mandato, Evo Morales iniciaba una serie de enfrentamientos con el Poder Judicial, especialmente con el Tribunal Constitucional que, en aquel momento, era la más alta Corte del país. Evo Morales acusó a los jueces de corrupción, de ineficiencia y de asociarse a la oposición de derecha y al gobierno norteamericano para obstruir la agenda reformista de su go

bierno. Del otro lado, el Tribunal Constitucional declaraba que el presidente quería librarse de los jueces para abrir camino para un “régimen totalitario”.

La crisis comenzó cuando el Tribunal Constitucional decidió apartar a cuatro miembros indicados por el presidente al inicio del mandato para componer la Suprema Corte de Justicia, alegando que el presidente solamente podría nombrar jueces interinos por un plazo máximo de 90 días. Como respuesta, Evo Morales solicitó la apertura de juicio de responsabilidades en la Cámara de Diputados. El Congreso formó una comisión e intimó a los jueces a prestar declaración. Con la ausencia de los jueces, el Congreso emitió orden de prisión contra cuatro de los cinco miembros del Tribunal Constitucional. En respuesta, el Poder Judicial decidió realizar un paro nacional¹⁹.

No podemos perder de vista que la esencia no se confunde con la apariencia. En este caso, mucho más que un conflicto momentáneo, el episodio retrata una disputa al interior del propio Estado. Por un lado, un proyecto de poder popular que buscaba reformar las instituciones que sirvieron como instrumento para implantar un poder hegemónico del capital internacional y nacional. Por otro, el Poder Judicial como representante de los intereses del capital monopolista internacional y nacional que trataba de restaurar el orden neoliberal.

2.

La utilización del poder judicial como intento de legitimación del golpe de estado de 2019.

Una de las piedras de toque del trabajo de la Asamblea Constituyente fue el intento de romper con esa lógica institucional de un Poder Judicial cerrado que sirve de intereses al capital. La Constitución Política del Estado Plurinacional de 2009 buscó encarnar materialmente los objetivos de una de(s)colonización del derecho moderno y eurocéntrico. Más allá de la ampliación de los derechos fundamen-

tales, con nuevas perspectivas, se produjo el rediseño de las instituciones democrático-liberales.

En relación con el Poder Judicial, la propuesta de una dualidad jurisdiccional en la que se prevé un órgano de la jurisdicción ordinaria y otro responsable de la jurisdicción originaria, independientes, representa con exactitud el respeto a la autodeterminación de los pueblos originarios-campesinos. En la cumbre, la institución de un Tribunal Constitucional Plurinacional que sería responsable por el control de la constitucionalidad plural. En su composición, la previsión de elecciones es un elemento de rescate del poder popular ya que, como indica el art. 7° de la Ley 27/2010, el poder de la justicia también emana del pueblo, así como la duración del mandato de seis años, sin posibilidad de reelección continua. Además de esto, la previsión de la necesidad de paridad de género en la lista de candidatos, con el siguiente requisito, como mínimo dos de los siete elegidos debían ser oriundos de una jurisdicción originaria²⁰. Se evidencia un rediseño institucional para asegurar que el ejercicio de la jurisdicción refleje una democracia plural, más allá de la concepción liberal.

Aunque fueron importantes victorias, el solo hecho de rediseñar las instituciones no garantizaría la disolución de las tensiones existentes en la propia sociedad. Las marcas de una constitución histórica de una sociedad todavía abigarrada se hicieron presentes en el seno de la sociedad boliviana. Esos conflictos se intensificaron aún más con la llegada al poder de individuos históricamente excluidos. En ese contexto, es necesario comprender el papel que el Poder Judicial tuvo en la escalada de conflictos y en el golpe de Estado de 2019.

Dos cuestiones son fundamentales para entender el papel desempeñado por el Poder Judicial. Es que, aunque existía la pretensión de romper con la lógica del derecho moderno, la Constitución del Estado Plurinacional de 2009 todavía mantuvo algunas formas políticas del Estado Liberal y, con eso, nos recuerda a las lecciones de Marx: la forma jurídico-política esconde el contenido social de la disputa de clases²¹. Así, la propia forma del derecho moderno absorbe la dis

puta de clases en su interior, y de ahí el carácter contradictorio de la Constitución moderna²². Es necesario, por lo tanto, resaltar que esta, en su criterio moderno, contiene las condiciones que hacen posible la reproducción del capitalismo, en cuanto a las medidas que de alguna forma lo limitan. Para evitar la discusión del carácter contradictorio de la Constitución, la teoría jurídica liberal-burguesa busca comprenderla como un dato o un producto acabado de un proceso, el proceso constituyente. La teoría jurídica liberal-burguesa, al separar el producto del productor, termina encubriendo el carácter social y conflictivo del proceso constituyente.

Las condiciones de la contrarrevolución están dadas en la propia revolución. Dentro del proceso constituyente, existió el acuerdo de octubre entre el MAS y PODEMOS, es decir, entre La Paz y la región llamada la Media Luna, la más rica del país en virtud de la explotación de los hidrocarburos, que cuenta con los departamentos de Pando, Beni, Santa Cruz y Tarija, cuya población es, en su mayoría, no indígena. En virtud de ese acuerdo, al mismo tiempo que se reconocía la autonomía indígena, el texto también adoptó la reterritorialización al no modificar los límites de los departamentos. En cuanto a los recursos naturales, al prever la minería, no se pensó en limitarla buscando el respeto por el medio ambiente. Sobre los aspectos de las autonomías indígenas, el texto constitucional adoptó las circunscripciones especiales y no la representación directa del fuero. La democracia comunitaria, aunque se encontraba presente en el contexto de la autonomía indígena, no ingresó a la Asamblea Plurinacional. Finalmente, en lo que concierne a la concepción económica, se dio el reconocimiento de nuevos horizontes económicos como alternativas al poder político, pero también el fortalecimiento del Estado, que aparece como articulador y promotor en toda cadena económica.

De ahí que esas condiciones provocaran la disputa en el interior del propio Estado. El quiebre de la procedencia étnica y de las condiciones de clases realizadas por el gobierno de Evo Morales y la

agenda política del MAS fueron tan radicales que eso explica, en gran parte, el grado de beligerancia de los sectores políticos que en otro momento habían sido dominantes en relación a los gobiernos sucesivos de Evo Morales²³. El golpe de Estado de 2019 y los consecuentes conflictos sociales sólo se pueden explicar por una dimensión socioeconómica al interior de la propia Bolivia y por los intereses que allí convergen²⁴.

En 2016, con la intención de competir por otro mandato en 2019, que sería el 4° consecutivo²⁵, Evo Morales convocó a un referéndum para posibilitar un cambio constitucional. En el conocido referéndum, el “no” venció con un ínfimo margen de poco más del 2,6 % de los votos válidos. En el intento por afectar la popularidad de Evo Morales, los medios utilizaron estrategias de transmisión de noticias falsas que lo imputaban por corrupción y por el abandono de un hijo. El Caso Zapata, en cuya acusación un periodista mostraba un certificado de nacimiento de un supuesto hijo de Evo Morales llamado Ernesto Fidel Morales Zapata, con una chica llamada Gabriela Zapata, que lo habría buscado para beneficiar contratos con empresas chinas, según nos relata Igor Fuser y Fabio Castro, fue capaz de realizar estragos en sólo 18 días. No había tiempo suficiente para que una investigación verificara la información. Luego de eso, el propio periodista confesó la falsedad del certificado de nacimiento, pero poco importó²⁶.

La derrota en el referéndum indicaba para las fuerzas de la derecha y para los intereses del capital internacional un desgaste suficiente que haría que Evo Morales perdiera parte de su apoyo electoral. El Tribunal Constitucional Plurinacional fue accionado por acción de inconstitucionalidad abstracta propuesta por parlamentarios del MAS para que analizara la constitucionalidad de la prohibición de reelección. En la SCP 84/2017, aunque fue blanco de varias críticas, este órgano juzgó la aplicación preferencial del art. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ser una norma más favorable a los derechos políticos, sobre las limitaciones establecidas por la propia Constitución Política de 2009²⁷.

Se abrió la posibilidad de la candidatura de Evo Morales por decisión del TCP, confirmada por el Tribunal Electoral. En 2019, Evo Morales se postuló para el cuarto mandato consecutivo. Impugnado por la oposición y por sectores conservadores de la Media Luna, la derecha articuló una red de poder en las redes sociales y en la prensa a fin de crear un consenso negativo en torno al gobierno del MAS y para ello se basó en tres puntos clave que posibilitarían la disminución de su popularidad: 1) el autoritarismo y la ausencia de democracia por parte de Evo Morales; 2) la corrupción y el uso desmedido de tráfico de influencia en su gestión; 3) la supuesta vinculación con el tráfico de drogas y actividades terroristas²⁸.

A pesar de esta masiva utilización de los medios, durante las elecciones del 20 de octubre de 2019 Evo Morales salió vencedor en las urnas en la primera vuelta con más del 10 % de diferencia en relación con Carlos Mesa, el segundo candidato más votado. En ese momento entró en escena la figura de algunos líderes de la oposición, como Carlos Mesa y Luis Fernando Camacho, y la participación decisiva y emblemática de la Organización de Estados Americanos (OEA), a través de la figura de su presidente, Luis Almagro. En noviembre, la OEA presentó el resultado de una auditoría preliminar, luego confirmada por la auditoría definitiva de diciembre de 2019, en la que alegaba la existencia de “manipulación” y “graves irregularidades” que comprometerían el resultado de las elecciones²⁹. Recomendaba, entonces, la realización de un nuevo proceso electoral, aceptado rápidamente por Evo Morales³⁰.

No contentos con la realización de un nuevo proceso electoral, la oposición, junto con el apoyo de intereses internacionales, exigía la renuncia de Evo Morales. La OEA tuvo un papel decisivo en la formación del consenso para el retiro del MAS del poder. Eso es lo que explica, por lo tanto, la rápida escalada con episodios de violencia que tuvo lugar en Bolivia.

Las Fuerzas Armadas, por medio de su entonces jefe, Williams Kaliman, y la Policía, por medio del comandante Yuri Calderón, exigieron también la renuncia de Evo Morales con el argumento de traer el orden y la paz. Las ciudades bolivianas fueron escenarios de un caos en el que las fuerzas policiales, junto con las milicias de extrema derecha, promovieron la violencia contra los miembros del MAS y sus familiares. El palacio fue invadido en una escena en la que el líder de extrema derecha Luis Fernando Camacho ingresó con la Biblia en la mano, mientras partidarios quemaban la Whipala. Ante ese escenario y abandonado por las Fuerzas Armadas y la Policía, a fin de evitar aún más violencia, Evo Morales renunció. El presidente recibió asilo de México, a través del presidente López Obrador, y el 12 de noviembre desembarcó en la Ciudad de México, luego de ser trasladado en un avión de la Fuerza Aérea mexicana³¹.

Sabiendo que estaban ante un golpe de Estado que contaba con el aparato militar, policial, con sectores de la oposición e incluso con el organismo internacional que representaba los intereses norteamericanos, el vicepresidente, Álvaro García Linera; la presidenta del Senado, Adriana Salvatierra; el vicepresidente del Senado, Rubén Medinacelli, además del presidente de la Cámara de Diputados, Víctor Borda, renunciaron a sus cargos para dejar abierta la sucesión presidencial³².

Aun así, la segunda vicepresidenta del Senado, Jeanine Áñez, que contaba con el apoyo de las Fuerzas Armadas, se declaró presidente y asumió el cargo. El 11 de noviembre, asumía como si fuera presidente legítima, con la supuesta intención de convocar a elecciones, hecho que se dilató hasta el año 2020³³. Evo Morales, sin embargo, optó por exiliarse en Argentina, por la proximidad con Bolivia, hasta aguardar la pose del nuevo presidente³⁴, que sería Luis Arce, su entonces ministro de Economía, en conjunto con el vicepresidente, David Choquehuanca, canciller de Evo Morales y líder sindical, todos elegidos por el MAS.

La propia autodeclaración de Jeanine Áñez como presidenta fue declarada posteriormente por el Tribunal Constitucional Plurinacional como inconstitucional, lo que confirma los contornos de un golpe de Estado. En la SCP 0052/2021, el tribunal declaró que la sucesión ipso facto sólo se aplica en los términos del art. 169 de la Constitución.

La pregunta era si de hecho existía la posibilidad de la sucesión para el ejercicio del cargo de presidente de la Cámara de los Diputados después de la renuncia de Víctor Borda, cuya sucesión alegaba-se recaía sobre Susana Guzmán quien, después de una prolongada ausencia por no querer ser cómplice del golpe de Estado y no querer convocar a la sesión extraordinaria en la que juraría la presidenta de facto, se debería dar por sucedida por Margarita del Carmen. En la decisión, el TCP consideró que la Constitución buscaba asegurar la validez de la renuncia de aquellos que ejercen cargo por voto popular, para lo cual se debe averiguar la presencia de la manifestación espontánea de voluntad del poseedor del cargo, así como los requisitos formales y materiales³⁵. La expresidenta de facto terminó presa por haber participado del golpe de Estado.

La auditoría de la OEA, conforme se supo después, fue desenmascarada por investigadores del Centro de Investigación en Economía y Política (CEPR), por investigadores del Laboratorio de Ciencia y Datos Electorales del Massachusetts Institute of Technology (MIT) y por investigadores de la Universidad de Pensilvania. Los estudios muestran que no hubo fraudes electorales y que la victoria de Evo Morales era plenamente plausible, ya que el recuento de áreas favorables al MAS fue realizado por último, teniendo en cuenta la distancia geográfica del centro. Por lo tanto, el candidato superaría los 10 puntos porcentuales sobre el segundo lugar, cumpliendo el requisito constitucional³⁶.

Los estudios indican que el informe final fue realizado únicamente para corroborar las alegaciones del informe. Como afirma Larissa

Ramina, “En otras palabras, primero se aceleraron las conclusiones de fraude, y luego se tomaron todo el tiempo para preparar el informe final, que no alcanzó a comprobar aquellas conclusiones”³⁷. Uno de los investigadores encargado del estudio, incluso afirmaría que la OEA fue todavía más lejos. Esto es, manipuló información y escondió las evidencias de las elecciones bolivianas³⁸.

Por eso, como bien afirma Larissa Ramina, el *lawfare* es un uso indebido del derecho. En este caso, hubo un uso indebido del Derecho Internacional por parte de la OEA con la intención de perjudicar a enemigos políticos:

*En el caso boliviano, este trabajo defiende que hubo un uso del lawfare por parte de la OEA, teniendo en cuenta que se trata de una organización internacional, constituida por un tratado internacional, la Carta de la OEA, con poderes y competencia no sólo para observar elecciones, incluso elecciones presidenciales en sus Estados miembros, mediante acuerdo, sino también para evaluar la transparencia de los procesos electorales por medio de auditorías y de la elaboración de informes, que gozan de incuestionable autoridad y presunción de imparcialidad ante la comunidad internacional*³⁹.

Concordamos y ratificamos la conclusión expuesta por Ramina. Sin embargo, pretendemos demostrar el papel del Poder Judicial en el ámbito nacional como intento de legitimar el golpe de Estado y, además, apartar al MAS del escenario político. Simultáneamente, el Poder Judicial Nacional fue cooptado para corroborar la narrativa de que Evo Morales, y por consiguiente todo el MAS, era una gran organización criminal y que cometía crímenes terroristas para la nación. Mientras que muchos autores destacaron el papel de los medios locales e internacionales, así como el papel de líderes políticos de la oposición, autoridades militares, de Estados Unidos, de Argentina⁴⁰ y organismos internacionales como foco del consenso contra el MAS⁴¹, se olvidaron de la fuerte participación del poder judicial y

del Ministerio Público para buscar dar forma de veracidad a las acusaciones realizadas contra Evo Morales y contra el partido de una forma general.

Para ello, sería necesario manejar los instrumentos jurídicos de forma indebida, para que las acusaciones se convirtieran en “verdades” aceptadas por la población boliviana. Procesos, investigaciones y órdenes de detención serían prácticas utilizadas por el gobierno de Jeanine Áñez para la persecución de los miembros del gobierno de Evo Morales. Algunos lograron refugiarse en la embajada de México para evitar el arresto y el cercenamiento ilegal de sus libertades, además de evitar las constantes prácticas de violencia tales como la invasión y el saqueo de sus viviendas⁴².

Además de eso, como relatan Raúl Zaffaroni y Raúl Gustavo Ferreira,

El exministro de la Presidencia Juan Ramón Quintana Taborga, el exministro de Defensa Javier Zavaleta López, el exministro de Gobierno Hugo Moldis Mercado, el exministro de Justicia Héctor Arce Zaconeta, la exministra de Culturas Vilma Alanoca Mamani, el exgobernador del departamento de Oruro Víctor Hugo Vásquez, el exdirector de la Agencia de Tecnología de la Información Nicolás Laguna; todos ellos permanecen día y noche dentro de esta residencia, resguardados por un contingente de 40 policías y más de cinco vehículos por turno⁴³.

El principal objetivo, sin embargo, era Evo Morales. El objetivo de consolidación del golpe de Estado por un gobierno de derecha, que reimplantara las prácticas económicas neoliberales y patrones coloniales de actuación sólo sería posible si lograban alejar del escenario nacional al principal líder político que simbolizaba el ascenso de las capas excluidas de la sociedad boliviana.

Así, luego de asumir, el gobierno de Jeanine Áñez determinó que el Ministerio Público formulara una acusación contra Evo Morales

por “terrorismo”, más específicamente por su participación en la resistencia en el golpe de Estado. Tal hecho estaría respaldado en pruebas extremadamente frágiles como, por ejemplo, en una llamada telefónica entre Evo Morales y un dirigente campesino en el contexto de los cortes de ruta como forma de protesta contra el gobierno inconstitucional. Human Rights Watch realizó una auditoría y descubrió que el sistema judicial fue manipulado por el gobierno interino como forma de persecución contra Evo Morales y algunos de sus seguidores⁴⁴.

Las violaciones cometidas al debido proceso legal estuvieron acompañadas de detenciones ilegales. De esta forma, la organización de protección de derechos humanos constató que los fiscales y jueces que no aceptaban denunciar y arrestar a los miembros del MAS eran castigados incluso con detención⁴⁵. Evo Morales, por ejemplo, tuvo su prisión decretada. La acusación era la misma: causó disturbios sociales y practicó terrorismo contra el Estado al no aceptar los episodios de la elección de octubre de 2019.

De esta forma, en un primer momento, la utilización de procesos judiciales de forma indebida y sin el respeto a los derechos fundamentales serviría para un doble propósito: 1) ratificar las acusaciones y narrativas anteriormente formuladas por los perseguidores del MAS en las cuales se afirmaba que se trataba de una organización terrorista y, con ello, manipular a la opinión pública; 2) conferir una legitimidad al gobierno inconstitucional y al golpe de Estado. Esto se evidencia en los propios cargos sin ningún tipo de prueba y, además, en los argumentos utilizados por el gobierno de Jeanine Áñez. Esto es, que los procesos judiciales eran consecuencia del hecho de que las manifestaciones que tomaron el país después del golpe de Estado, que fueron capitaneadas por el MAS, estaban motivadas por la no aceptación ideológica de las propias conductas de su gobierno.

Las tácticas fueron llevadas a tal extremo, que para justificar toda la narrativa acerca del hijo de Evo Morales y su conducta particular, el

gobierno de Jeanine Áñez inventó contra Evo Morales una acusación de violación, abuso sexual y trata de personas. En dicha acusación, investigada por un sector inquisidor de la Policía, el expresidente habría tenido una relación con una adolescente de 19 años. Sin embargo, tal relación habría comenzado tiempo antes, cuando ella aún era menor de edad. Es interesante notar que la propia presunta víctima fue detenida por las autoridades de aquel país y acosada para corroborar las narrativas inventadas por el gobierno de facto⁴⁶.

Además de las estafalarias acusaciones sin ninguna prueba en la realidad fáctica, que llegaron al punto de entrometerse con cuestiones de la vida privada de Evo Morales, el golpe de Estado no conseguiría su intento si, en el plano político, este se hubiera alejado con su inmovilización política. Asilado en Argentina, el gobierno de Jeanine Áñez sabía muy bien que el expresidente mantenía altísima tasa de popularidad.

Un año después de las elecciones de 2019, los bolivianos volvían a las urnas para elegir un nuevo presidente. Evo Morales intentó registrar su candidatura para el Senado Federal por la región de Cochabamba, mientras que Luis Arce y David Choquehuanca serían las caras visibles de la fórmula del MAS. Exiliado en Argentina desde hacía un año, el órgano electoral impidió el registro de su candidatura con el argumento de que no residía en la región, sino en Argentina. Según el órgano, el art. 149 de la Constitución establece como requisito para el cargo legislativo haber vivido en la localidad en la que se pretende candidatear como mínimo los últimos dos años anteriores a la elección⁴⁷. Sin embargo, el órgano no abordó el tema central, es decir, si la exigencia de la residencia se aplicaría en el caso de Evo Morales y tantos otros que se refugiaron para no sufrir violencia⁴⁸.

El Tribunal Constitucional Plurinacional confirmó el rechazo del registro de candidatura de Evo Morales, sin enfrentar la cuestión de fondo. La interpretación del gobierno de Jeanine Áñez fue que, luego de haber apartado a Evo Morales de la disputa electoral, el ca-

mino quedaría libre para una coalición de los partidos en torno al proyecto neoliberal y de la derecha que volvería a gobernar Bolivia. No contaban, sin embargo, con la victoria aplastante de Luis Arce y todo el poder popular organizado desde abajo⁴⁹.

3.

A modo de conclusión: ¿qué podemos aprender con la experiencia boliviana?

El uso del término lawfare puede asumir significados diversos de acuerdo con el contexto en que es utilizado⁵⁰. El término comenzó a ganar popularidad a partir de su utilización en los debates después del 11 de septiembre en los Estados Unidos de América. Con el fin de justificar la guerra contra el “terror” y todo el aparato jurídico creado a partir de ese objetivo, como el Patriotic Act, el Coronel Charles J. Dunlap publicó un artículo defendiendo la sustitución de las intervenciones militares por la utilización de mecanismos jurídicos que tendrían el papel de causar daños menores a la propia población norteamericana y, en consecuencia, mayores beneficios al imponer una derrota a los enemigos⁵¹. En ese sentido, lawfare aparece con el objetivo de utilizar instrumentos jurídicos con objetivos militares⁵².

Siguiendo la línea de Clausewitz, la victoria militar exigiría una combinación de energía entre gobierno, población y militares⁵³. Así, existe la necesidad de disponer de instrumentos jurídicos para que se imponga la derrota a los enemigos elegidos por los dueños del poder. En ese caso, se exige una politización autoritaria a los moldes schmittianos de los órganos responsables de la aplicación del derecho.

En lugar de que el derecho cuide de tutelar los derechos de los individuos, sirve como arma para infligir dolor y sufrimiento a aquellos que son tratados como enemigos. El lawfare exige que la lógica amigo y enemigo penetre en el aparato institucional del Estado. Se aparta del núcleo de dichas instituciones la perspectiva de que el

respeto y la garantía de los derechos fundamentales y de los derechos humanos son los fines del derecho a la libre circulación. Al contrario, se adopta una perspectiva instrumental en la cual la finalidad del derecho es alcanzar el objetivo político de destrucción del enemigo político.

De ese modo, se desprende que el derecho tiene una finalidad instrumental que sirve de medio/instrumento para alcanzar esos objetivos políticos. El derecho, en lugar de ser un mecanismo de contención de la violencia y de garantía de justicia y democracia, se convierte en violencia y arma. La ley y los procesos sólo sirven para determinados resultados políticos⁵⁴. El debido proceso legal y las garantías constitucionales son vistos como formas que supuestamente legitiman el ejercicio de poder y nada más. No se ven como garantías sustanciales de un Estado de Derecho.

Estos elementos constituyen la configuración mínima de las prácticas de actores jurídicos que pueden ser caracterizadas como “guerra jurídica”. Sin embargo, estas prácticas asumen formas distintas según se trate de contextos de países centrales y de países periféricos del capitalismo mundial. Es decir, los instrumentos jurídicos fueron utilizados como objeto de persecución política también en el contexto de países como Estados Unidos, tanto en la época del marxismo como después del 11 de septiembre.

Si en esos países los instrumentos jurídicos son utilizados como forma de protección de una supuesta “seguridad nacional”, es sobre todo en América Latina que la “guerra jurídica” está determinada por la confluencia de intereses financieros internacionales y nacionales representados por una oligarquía que se beneficia de las políticas económicas neoliberales. Esto es, en América Latina, existe una fuerte relación entre *lawfare* y neoliberalismo⁵⁵.

Con toda razón, algunos autores afirman que el *lawfare* es producido por el imperialismo en los países periféricos del capitalismo

mundial. Indirectamente, se pretende utilizar los códigos penales y los poderes de emergencia para, en el fondo, disciplinar a los sujetos a través del significado de la violencia y mostrar la soberanía que, en este caso, es del capital monopolista⁵⁶.

Los emblemáticos casos del presidente Lula en Brasil y de Evo Morales en Bolivia demuestran que no hay forma de comprender la extensión y la profundidad de la guerra jurídica si no se consideran las determinaciones económicas y sociales que la engendran. La categoría del *lawfare* sólo se comprende a la luz del sistema económico capitalista.

Hay autores como Roberto Gargarella que se resisten a reconocer la existencia de *lawfare* en América Latina en relación con los gobiernos populares. Para él, en realidad, el Poder Judicial en la región es crónicamente dependiente del Poder Ejecutivo y sumiso a sus intereses⁵⁷. De esa forma, no correspondería hablar de guerra jurídica contra los detentores de mandatos en América Latina, aun cuando se trate de gobiernos populares de izquierda⁵⁸.

La experiencia del golpe de Estado de Bolivia de 2019 y las posteriores persecuciones demuestran muy bien que, contrariamente a lo que piensa este autor argentino, hay una relación de determinación socioeconómica más profunda de lo que parece a simple vista. El Poder Judicial está determinado socialmente por los extractos de las clases privilegiadas. Por lo tanto, no se debe ignorar que el propio Poder Judicial está determinado también por la disputa de los intereses económicos entre clases.

Así, si aconteciera una total conciliación entre el Gobierno y los intereses económicos, nacionales e internacionales, no habría necesidad de persecución, sea judicial o política, ya que los programas y las políticas estatales estarían orientados a la tutela de los intereses del capital nacional o internacional. El *lawfare* en la región latinoamericana surge, sin embargo, cuando hay gobiernos progre

sistas que rompen con esa lógica. En lugar de atender sólo a los imperativos de los intereses del capital, promueven políticas públicas de redistribución de ingresos y de transformación social.

Es en ese momento cuando el capital se rearticula para desplazar a tales gobiernos y eventualmente a los líderes que los representan. En síntesis, la utilización del sistema judicial para la persecución de los líderes populares ocurre, según los ejemplos prácticos de la región desde Lula a Evo Morales, cuando el capital sufre una derrota en una disputa electoral y también cuando sus imposiciones político-económicas no son adoptadas. Por lo tanto, junto con las diferencias entre los países, el sistema judicial parece ser también un arma más (en algunos casos, la principal) utilizada por el capital para perpetuar un sistema económico-político que favorezca a las clases dominantes y mantener las mismas políticas que agravan la desigualdad. Es decir, la guerra jurídica existe para el mantenimiento de una sociedad dependiente.

Pero no todo está perdido. El mayor aprendizaje que dejó la experiencia boliviana del *lawfare* contra Evo Morales reside, paradójicamente, en la importancia de concretar estructuras democráticas desde abajo, que (re)fundan el orden político y social del Estado y de la sociedad. La victoria de Luis Arce y del MAS en las elecciones de 2020 representó una fuerte reacción popular contra el golpe de Estado.

Si las fuerzas antidemocráticas representadas por los intereses financieros internacionales y la oligarquía de los terratenientes locales instrumentaron el aparato institucional y los medios, nacionales e internacionales, para debilitar las políticas sociales y económicas del MAS, fue la construcción de una democracia de base, aliada a una profunda redistribución de ingresos junto con la nacionalización de la explotación de los hidrocarburos y fuertes políticas sociales, las que posibilitaron una resistencia político-democrática al golpe de Estado de 2019.

La victoria de Luis Arce con un porcentaje de más de 26 puntos por encima del candidato que alcanzó el segundo lugar, Carlos Mesa, y más de 40 puntos sobre el candidato elegido en el tercer puesto, el representante de las fuerzas conservadoras, Luis Fernando Camacho, mostró la fuerza de un proyecto de construcción de una sociedad enfocada en la emancipación y en la adopción de políticas económicas igualitarias. Luis Arce aumentó los votos de Evo Morales. Mientras que este habría tenido más del 40 %, el actual presidente de Bolivia tuvo más del 50 % de los votos. Desde tal perspectiva, estos hechos se deben interpretar como un profundo rechazo de la población boliviana al golpe de Estado y a las prácticas de violencia y antidemocráticas, así como una muestra clara de voluntad de retomar una profunda experiencia democrática articulada a partir de la base, de los sindicatos, de las rondas campesinas y de las prácticas tradicionales de los pueblos originarios.

Por otro lado, después de que Luis Arce asumiera la Presidencia, los órganos jurisdiccionales iniciaron un movimiento de responsabilización de todos los que participaron del golpe de Estado y de las prácticas de violencia que incluyeron homicidio en serie, quema de casas, etc. La detención de Jeanine Áñez, bajo la acusación de genocidio por la muerte de más de 20 manifestantes en 2019 a manos de la Policía, indica la reafirmación de la Constitución de 2009 y toda la arquitectura de un Estado Plurinacional que alberga a los más diversos sujetos constitucionales.

Así, para hablar desde una perspectiva descolonizadora del derecho y del Estado, lo que las fuerzas conservadoras y los intereses internacionales no consideraron es que no se pueden paralizar las luchas campesinas, indígenas y las luchas de los trabajadores encarnados en el proyecto político del MAS. Como bien reconoció Álvaro García Linera:

El significado para Bolivia es que el proyecto nacional popular que el MAS construyó sigue siendo el horizonte infranqueable de esta época. El año pasado, este proyecto no fue derrotado, fue pa

ralizado. Puedes derrotar algo cuando le quitas su fuerza moral o su energía. Y eso no sucedió. Ellos (el gobierno golpista) fueron impuestos, gracias a problemas obvios y a nuestra votación, que no fue tan alta como ahora. Pero la prueba es lo que está pasando ahora. El proyecto que intentaron paralizar y cortar por la fuerza el año pasado renació con un vigor impresionante, porque su energía aún no se ha agotado, no ha terminado. En ese sentido, el proyecto del MAS de inclusión social, crecimiento económico y distribución de riqueza continúa siendo el horizonte de esta nueva década que se avecina. Y para todo el continente, creo que la lección es que, si uno apuesta en procesos que benefician fundamentalmente a las personas más simples, más necesitadas, más trabajadoras, no está fallando. Puedes tener problemas, puedes tener dificultades, contratiempos, esas vueltas y volteretas ocurren, pero es una apuesta que va con el sentido de la historia. Es distinto de aquellos proyectos que apuestan por colocarse del lado de las empresas, de los ricos, de los privilegiados, y que pretenden, a partir de ahí, aprovecharse del resto de la sociedad. Ese proyecto está agotado, cada vez más rígido, autoritario. Por otro lado, si a la hora de tomar posición, apuestas por los trabajadores, si te aferras a continuar apostando por la emancipación, por la lucha, por el bienestar, por la mejora de las clases trabajadoras, puede que cedas temporalmente, pero la historia continuará caminando a tu lado⁵⁹.

Que el proyecto político-democrático y de justicia social sea el faro que ilumine la historia da América Latina, y que su pueblo, sufrido y desposeído, resista y responda con democracia e igualdad, en detrimento de la violencia y de la dominación.

Notas

1. Sería pertinente, sin embargo, considerar las diferencias, por un lado, entre la tradición francesa de lo contencioso administrativo y del control político de constitucionalidad y, por otro lado, la tradición judicial norteamericana, pero recordando que incluso lo contencioso administrativo pasa a estructurarse en forma de jurisdicción, aunque interna a la propia administración pública. Y eso, sin embargo, sin olvidar que en las monarquías constitucionales no había lugar para un control de constitucionalidad de las leyes propiamente dicho (cf. CARVALHO NETTO, Menelick de. *A Sanção no Procedimento Legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992; KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug e outros. São Paulo: Martins Fontes, 2003).
2. Sobre el uso político del proceso judicial, véase la obra clásica, KIRCHHEIMER, Otto. *Political Justice: The use of legal procedure for political ends*. Princeton: Princeton University Press, 1961.
3. Cf. STRECK, Lenio Luiz, PRONER, Carol, CARVALHO, Marco Aurélio de, SANTOS, Fabiano Silva dos (orgs.). *O Livro das Parcialidades*. Rio de Janeiro: Telha, 2021. Disponible en <https://www.prerro.com.br/wp-content/uploads/2021/03/O-Livro-das-Parcialidades-Grupo-Prerrogativas-Marc%C3%A7o-2021.pdf> E PRONER, Carol. Dilemas e desafios do Lawfare. *Esquerda Petista*, n. 12, fev. de 2021, p. 48-51. Disponible en https://www.pagina13.org.br/wp-content/uploads/2021/02/EP12_CAROL_pags48a51.pdf
4. SIVAK, Martín. *Jefazo - retrato íntimo de Evo Morales*. Buenos Aires: Debate, 2008.
5. GUIMARÃES, César, DOMINGUES, José Maurício, MANEIRO, Maria Maneiro. 2009. *Bolivia - A História Sem Fim*. In: DOMINGUES, José Maurício et al (orgs.) *A Bolívia no Espelho do Futuro*. Belo Horizonte, Rio de Janeiro: EDUFMG, 2009.
6. ZAVALTA MERCADO, Rene. *Lo nacional-popular en Bolivia*. La Paz: Plural Editores, 2008.
7. FUSER, Igor. *Bolívia*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2016. p. 18.
8. La Unidad Democrática Popular (UDP), formada por el ala izquierda del MNR, por el Partido Comunista de Bolivia (PCB) y por el Movimiento de Izquierda Revolucionaria (MIR), con el apoyo de la Central Obrera de Bolivia (COB) y de sectores del movimiento indígena. El Movimiento Nacionalista Revolucionario (MNR), se compone por una alianza entre el sector militar y un sector civil, coordinados por intelectuales urbanos de origen pequeño burgués y presenta posiciones

conservadoras. *La Acción Democrática Nacionalista (ADN)* es el partido creado por Hugo Banzer con el apoyo de los terratenientes de Santa Cruz (FUSER, Igor. *Bolívia. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2016.p. 25).*

9. BACHA E SILVA, Diogo. *Desconstruindo o novo constitucionalismo latino-americano: o tribunal constitucional plurinacional e a jurisdição constitucional decolonial.* Belo Horizonte: Conhecimento, 2020.

10. FUSER, Igor. *Bolívia. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2016.p. 33.*

11. MAYORGA, Fernando. *Encrucijadas: Ensayos sobre democracia y reforma estatal en Bolivia.* La Paz: Editorial Gente Común, 2007.

12. VIANA, João Paulo Saraiva Leão, MIGUEL, Vinícius Raduan. *Bolívia: ascensão indígena ao poder e o Movimento ao Socialismo (MAS).* Revista *Cadernos de Estudos Sociais e Políticos*, v.1, n.1, jan-jul/2012

13. Para mayores informaciones sobre la guerra del agua, véase: FLORES, Carlos Crespo. *La guerra del agua en Cochabamba: movimientos sociales y crisis de dispositivos del poder.* Revista del Sur -*Debates Ambientales*, vol. 20, 2000, p. 59-70. Sobre a guerra do gás, QUIROGA, Carlos Villegas. *Rebelión popular y los derechos de propiedad de los hidrocarburos.* OSAL, ano IV, n. 12, Sep.-Diciembre, 2003.

14. MAYORGA, Fernando. *Encrucijadas: Ensayos sobre democracia y reforma estatal en Bolivia.* La Paz: Editorial Gente Común, 2007.p. 101.

15. EUA ameaçam cortar ajuda se cocaleiro for eleito. *Folha de São Paulo, São Paulo, quinta-feira, 27 de junho de 2002.* Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft2706200207.htm>, acesso em 16 de outubro de 2021.

16. BACHA E SILVA, Diogo. *Desconstruindo o novo constitucionalismo latino-americano: o tribunal constitucional plurinacional e a jurisdição constitucional decolonial.* Belo Horizonte: Conhecimento, 2020.

17. MEDEIROS FILHOS, João Telésforo Nóbrega de. *Neoconstitucionalismo, democracia neoliberal e colonialidade do poder: o caso da criação do Tribunal Constitucional da Bolívia (1992-1999).* Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília- UNB. Brasília, 2017.

18. BACHA E SILVA, Diogo. *Desconstruindo o novo constitucionalismo latino-americano: o tribunal constitucional plurinacional e a jurisdição constitucional decolonial.* Belo Horizonte: Conhecimento, 2020.p. 223.

19. Poder Judiciário boliviano para em protesto a Evo Morales. *Consultor Jurídico, São Paulo, 05 de junho de 2007.* Disponível em: https://www.conjur.com.br/2007-jun-05/judiciario_boliviano_protesto_evo_morales, acesso em 17 de outubro de 2021.

- 20.** BACHA E SILVA, Diogo. *Desconstruindo o novo constitucionalismo latino-americano: o tribunal constitucional plurinacional e a jurisdição constitucional decolonial*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020; RODRIGUEZ, José Luis Exeni, OSORIO, Martín Bazurco. *Bolivia: Justicia indígena en tiempos de plurinacionalidad*. In: SOUSA SANTOS, Boaventura, RODRÍGUEZ, José Luis Exeni(orgs). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. Quito: Abya-Yala, 2012; CLAVERO, Bartolomé. *Tribunal Constitucional no Estado Plurinacional: o desafio constituinte da Bolívia*. Revista. Faculdade Direito UFG, v. 39, n.2, p. 13 -41, jul. dez. 2015.
- 21.** MARX, Karl. *O 18 de Brumário de Luís Bonaparte*. Trad. Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2011. p. 80. Sobre isso, ver também PACHUKANIS, Eugeni. *Teoria Geral do Direito e Marxismo*. Trad. Paula Vaz de Almeida. São Paulo: Boitempo, 2017. E NEUMANN, Franz. *The Rule of Law. Political Theory and Legal System in Modern Society*. Leamington: Berg, 1986.
- 22.** GOMES, David Francisco Lopes. *Sobre o conceito moderno de constituição: proposta de uma nova abordagem*.in: CATTONI DE OLIVEIRA Marcelo Andrade (org.) *Constitucionalismo e história do direito*. 2ª ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020, p. 239. GOMES, David F. L. *Constitucionalismo e dependência: em direção a uma Teoria da Constituição como Teoria da Sociedade*. In: CUNHA, José Ricardo (org.). *Teorias Críticas e Crítica do Direito*, vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 149-187. Cf também CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Contribuições para uma teoria crítica da Constituição*. 2ª ed. Belo Horizonte: Conhecimento, 2021, p.112 e p. 121-139.
- 23.** LINERA, Álvaro García. *El Estado*. Campo de lucha. La Paz: Muela del Diablo editores, 2010. p. 17.
- 24.** CEBALLOS, Alejandro Carrillo. *Bolivia a la penumbra de la “Media Luna”*. *Contextualizaciones Latinoamericanas*, 52 Año 12, número 24, Enero-Junio, 2021.
- 25.** *Se observa que la Constitución de 2009 permite únicamente dos mandatos consecutivos. Sin embargo, el mandato anterior a la vigencia de la Constitución de 2009 no sería considerado*.
- 26.** FUSER, Igor, CASTRO, Fábio. *A Bolívia reabre a disputa pela América Latina*. *Outras Palavras*. Disponível em: <https://outraspalavras.net/estadoemdisputa/boliviareabre-a-disputa-pela-america-latina/#sdfootnote3sym> Acesso em 18 de outubro de 2021.

- 27.** BOLIVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional, *Sentencia Constitucional Plurinacional 084/2017 de 28 de noviembre de 2017.*
- 28.** ROMANO, Silvina, LAJTMAN, Tamara, GARCÍA, Anibal, TIRADO, Arantza. *El consenso negativo en torno al gobierno del MAS: Estado Unidos y la red de derecha oculta.* In: ROMANO, Silvina et. al. (orgs.) *Bolivia y las implicaciones geopolíticas del golpe de estado.* Buenos Aires: Clacso, 2021. p. 260
- 29.** OEA. Organización dos Estados Americanos. *Declaração da Missão de Observação Eleitoral da OEA na Bolívia* Disponível em: https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-085/19 Acesso em 17 de outubro de 2021.
- 30.** RAMINA, Larissa. *O golpe de Estado na Bolívia e a OEA como agente viabilizador do lawfare.* In: HACHEM, Daniel Wunder, LÓPEZ, Luisa Fernanda García, GUSSOLI, Felipe Klein (orgs.). *Corte americana de direitos humanos e seus impactos na América Latina.* Curitiba: Íthala, 2020. p. 150.
- 31.** RAMINA, Larissa. *O golpe de Estado na Bolívia e a OEA como agente viabilizador do lawfare.* In: HACHEM, Daniel Wunder, LÓPEZ, Luisa Fernanda García, GUSSOLI, Felipe Klein (orgs.). *Corte americana de direitos humanos e seus impactos na América Latina.* Curitiba: Íthala, 2020. p. 152-153.
- 32.** El art. 169, I de la Constitución de 2009 dispone que: “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”.
- 33.** RAMINA, Larissa. *O golpe de Estado na Bolívia e a OEA como agente viabilizador do lawfare.* In: HACHEM, Daniel Wunder, LÓPEZ, Luisa Fernanda García, GUSSOLI, Felipe Klein (orgs.). *Corte americana de direitos humanos e seus impactos na América Latina.* Curitiba: Íthala, 2020. p. 154.
- 34.** RAMINA, Larissa. *O golpe de Estado na Bolívia e a OEA como agente viabilizador do lawfare.* In: HACHEM, Daniel Wunder, LÓPEZ, Luisa Fernanda García, GUSSOLI, Felipe Klein (orgs.). *Corte americana de direitos humanos e seus impactos na América Latina.* Curitiba: Íthala, 2020. p. 154.
- 35.** BOLÍVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. SCP 0052/2021 de 29 de septiembre de 2021. Disponível em: [https://buscador.tecpbolivia.bo/_buscador/\(S\(swbs-gottz4cnpzpqpgzvbbdj\)\)/Wfr/Resoluciones1.aspx](https://buscador.tecpbolivia.bo/_buscador/(S(swbs-gottz4cnpzpqpgzvbbdj))/Wfr/Resoluciones1.aspx), acesso em 18 de outubro de 2021.

- 36.** RAMINA, Larissa. *O golpe de Estado na Bolívia e a OEA como agente viabilizador do lawfare*. In: HACHEM, Daniel Wunder, LÓPEZ, Luisa Fernanda García, GUSSOLI, Felipe Klein (orgs.). *Corte americana de direitos humanos e seus impactos na América Latina*. Curitiba: Íthala, 2020. p. 155.
- 37.** RAMINA, Larissa. *O golpe de Estado na Bolívia e a OEA como agente viabilizador do lawfare*. In: HACHEM, Daniel Wunder, LÓPEZ, Luisa Fernanda García, GUSSOLI, Felipe Klein (orgs.). *Corte americana de direitos humanos e seus impactos na América Latina*. Curitiba: Íthala, 2020. p. 156 (la traducción es nuestra).
- 38.** LONG, Guillaume. *La OEA escondió sus hallazgos sobre la auditoría em Bolivia*. Disponível em: <https://www.la-razon.com/nacional/2020/09/13/guillaume-long-la-oea-escondio-sus-hallazgos-sobre-la-auditoria-en-bolivia/> Acesso em 18 de outubro de 2021.
- 39.** RAMINA, Larissa. *O golpe de Estado na Bolívia e a OEA como agente viabilizador do lawfare*. In: HACHEM, Daniel Wunder, LÓPEZ, Luisa Fernanda García, GUSSOLI, Felipe Klein (orgs.). *Corte americana de direitos humanos e seus impactos na América Latina*. Curitiba: Íthala, 2020. p. 158 (la traducción es nuestra).
- 40.** Fue divulgada una carta en la que el embajador de Bolivia agradecía al gobierno de Macri por la entrega de material bélico para el gobierno inconstitucional de Jeanine Áñez en noviembre de 2019. Ese hecho comprueba que había una red internacional de gobiernos de derecha que apoyaba el golpe de Estado en Bolivia. *Contrabando de munições à Bolívia: entenda as acusações de Fernández contra Macri*. *Gazeta do Povo*, 26 de julho de 2021, Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/mundo/contrabando-de-municoes-a-bolivia-entenda-as-acusacoes-de-fernandez-contra-macri/>, acesso em 18 de outubro de 2021.
- 41.** ROMANO, Silvina, LAJTMAN, Tamara, GARCÍA, Anibal, TIRADO, Arantxa. *El consenso negativo en torno al gobierno del MAS: Estado Unidos y la red de derecha oculta*. In: ROMANO, Silvina et. al. (orgs.) *Bolivia y las implicaciones geopolíticas del golpe de estado*. Buenos Aires: Clacso, 2021 (la traducción es nuestra).
- 42.** ZAFFARONI, Raúl, FERREIRA, Raúl Gustavo. *Lawfare na Bolívia*. Disponível em: <https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Pelo-Mundo/Lawfare-na-Bolivia/6/47662>, acesso em 18 de outubro de 2021.
- 43.** ZAFFARONI, Raúl, FERREIRA, Raúl Gustavo. *Lawfare na Bolívia*. Disponível em: <https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Pelo-Mundo/Lawfare-na-Bolivia/6/47662>, acesso em 18 de outubro de 2021 (la traducción es nuestra).

44. Human Rights Watch pede à Bolívia que archive acusações de terrorismo contra Evo Morales. El país, 11 de setembro de 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/internacional/2020-09-11/human-rights-watch-pede-a-bolivia-que-arquive-acusacoes-de-terrorismo-contra-evo-morales.html>, acesso em 18 de outubro de 2021.

45. Human Rights Watch pede à Bolívia que archive acusações de terrorismo contra Evo Morales. El país, 11 de setembro de 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/internacional/2020-09-11/human-rights-watch-pede-a-bolivia-que-arquive-acusacoes-de-terrorismo-contra-evo-morales.html>, acesso em 18 de outubro de 2021.

46. Gobierno da Bolívia acusa Evo Morales de estupro por relacionamento com jovem, agora apossada pela imprensa. El país, 25 de agosto de 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/internacional/2020-08-25/gobierno-da-bolivia-acusa-evo-morales-de-estupro-por-relacionamento-com-jovem-ago-a-possada-pela-imprensa.html>, acesso em 18 de outubro de 2021.

47. Art. 149. Para ser candidata o candidato a la Asamblea Legislativa Plurinacional se requerirá cumplir con las condiciones generales de acceso al servicio público, contar con dieciocho años cumplidos al momento de la elección, haber residido de forma permanente al menos los dos años inmediatamente anteriores a la elección en la circunscripción correspondiente.

48. Tribunal eleitoral na Bolívia barra a candidatura de Evo Morales ao Senado. El país, 21 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/internacional/2020-02-21/tribunal-eleitoral-na-bolivia-barra-a-candidatura-evo-morales-ao-senado.html>, acesso em 18 de outubro de 2021.

49. Para una interpretación de la derrota de la derecha neoconservadora y el papel de la organización desde abajo, ver: QUINTANILLA, Juan Carlos Pinto. Contra o golpe de Estado, poder popular organizado. Carta Maior. Disponível em: <https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Pelo-Mundo/Contra-o-golpe-de-Estado-poder-popular-organizado/6/49206>, acesso em 18 de outubro de 2021.

50. La expresión fue utilizada, por primera vez, por John Carlson y Neville Yeomans para designar la necesidad de sustitución de la guerra por las leyes o de las palabras por el uso de la fuerza, como una táctica que conduciría a la paz: CARLSON, John, YEOMANS, Neville. Way Out - Radical Alternatives. Melbourne: Lansdowne Press, 1975.

- 51.** DUNLAP, Charles J. *Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts*. Disponível em https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6193&context=faculty_scholarship, acesso em 19 de outubro de 2021.
- 52.** DUNLAP, Charles J. *Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts*. Disponível em https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6193&context=faculty_scholarship, acesso em 19 de outubro de 2021.
- 53.** DUNLAP, Charles J. *Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts*. Disponível em https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6193&context=faculty_scholarship, acesso em 19 de outubro de 2021.
- 54.** RIBEIRO, Ricardo Lodi. A condenação de Lula: o maior caso de lawfare no Brasil. In: PRONER, Carol, CITTADINO, Gisele, RICOBOM, Gisele, DORNELLES, João Ricardo (orgs.). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6, 2017. p. 436.
- 55.** PRONER, Carol. Lawfare neoliberal e o sacrifício de Lula. In: CITTADINO, Gisele, PRONER, Carol, RICOBOM, Gisele, DORNELLES, João Ricardo (orgs.) *Comentários a um acórdão anunciado: o processo Lula no TRF4*. São Paulo: Outras expressões, 2018.
- 56.** COMAROFF, Jean, COMAROFF, John. *Law and disorder in the postcolony*. *Social Anthropology* (2007) 15, 2, p. 133-152
- 57.** Sobre la dependencia judicial crónica, véase: ROSENN, Keith. *The Protection of Judicial Independence in Latin America*. *Inter-American Law Review*. N. 1, 1987, p. 1-35.
- 58.** GARGARELLA, Roberto. Por qué el “lawfare” es un cuento. Disponível em: https://www.clarin.com/opinion/lawfare-cuento_0_mrNkXtBup8.html, acesso em 03 de janeiro de 2021.
- 59.** GARCÍA LINERA, Álvaro. Entrevista com Álvaro García Linera: Bolívia não tem seu destino garantido (entrevista concedida a Mario Santucho). *Carta Maior*. Disponível em <https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Pelo-Mundo/Entrevista-com-alvaro-Garcia-Linera-Bolivia-nao-tem-seu-destino-garantido/6/49109>, acesso em 19 de outubro de 2021 (la traducción es nuestra).

7.

Lawfare, guerra híbrida y whatsapperización de la política

María José Fariñas Dulce *

* Catedrática de Filosofía del Derecho
Universidad Carlos III de Madrid (España)

“Mentira! Y lo más odioso, lo más cínico es que mienten impunemente sin que nadie pueda demostrárselo (...), se amparan en la legítima emoción, acallan las bocas tras turbar los corazones y pervertir las mentes. No conozco mayor delito cívico”
(Émile Zola, Yo Acuso).

Introducción

Una nueva modalidad de *guerra híbrida*¹ o de conflictos *híbridos* se ha instalado desde hace unas décadas en la era de la tensión multilateralismo/globalismo² *versus* proteccionismo/unilateralismo. Según analistas militares sería una combinación de guerra regular, irregular, asimétrica, con la presencia de guerras financieras, guerras mediáticas y de “memes”, posverdad desestabilizadora, especialmente la posverdad jurídica en el ámbito del derecho penal punitivo, guerras y ataques cibernéticos (o *ransomware*), disrupciones tecnológicas, acciones terroristas globales, narcoterrorismo, etc., que está introduciendo cambios sustanciales en las relaciones geoestratégicas del siglo XXI.

Este es un concepto bélico que se está instalando en el ámbito de la lucha política y/o partidista, como mecanismo de desestabilización interna. En el ámbito jurídico ha desembocado en el denominado *lawfare* (término usado por similitud a *warfare*) o guerra jurídica asimétrica, mediante la cual se pone en marcha una peculiar modalidad de judicialización de la política junto a la politización de la justicia, así como un peligroso tránsito del Estado democrático de Derecho hacia un Estado Judicial³ o hacia un gobierno de los jueces sobre importantes decisiones políticas de carácter sustantivo. Parece que la judicialización de las cuestiones políticas fundamentales escapa ahora al control democrático parlamentario.

1.

Lawfare o la nueva cruzada jurídica

El *lawfare* supone la utilización espuria de un sistema jurídico interno para desacreditar, estigmatizar y/o perseguir a los adversarios políticos, convertidos simbólicamente en enemigos o en “objetivos militares” a abatir, con la clara intención de que el Poder Judicial intervenga en el campo de las decisiones políticas centrales e, incluso, pueda favorecer “golpes” blandos e internos para desestabilizar los sistemas democráticos. En muchas ocasiones, se trata de forzar procesos judiciales para impedir la carrera política de los adversarios⁴ -como ha ocurrido recientemente en Brasil- aportando pruebas y testimonios falsos, o de intentar conseguir ilegítimamente lo que no se ha conseguido en los procesos democráticos o, incluso, desestabilizar gobiernos legítimos elegidos democráticamente. Finalmente, se trata de instrumentalizar el litigio judicial para eludir los diálogos que son necesarios para construir consensos y debates racionales.

Este tipo de guerra jurídica se hace más evidente en países donde persiste una estructura oligárquica y corporativa en la Administración de Justicia, como en el Brasil. Aunque tiene elementos novedosos, es una estrategia que ya existía en los sistemas jurídicos modernos, especialmente en el ámbito penal y en el ejercicio de su poder punitivo (por ejemplo, el denominado derecho penal del enemigo), pero que ahora adopta tácticas y tiempos diferentes. Especialmente en el ámbito de las relaciones geoestratégicas, se intenta utilizar la ley para conseguir, con apariencia de legalidad, lo que antes se conseguiría con una ofensiva violenta e, incluso, militar, es decir, la utilización de la ley como un arma de defensa nacional frente a potenciales enemigos o amenazas. Se va construyendo de esta manera una narrativa de la utilización de la legalidad formal para alentar el miedo.

Esta nueva modalidad de judicialización de la política y a la vez de politización de la función judicial está sometiendo a intereses privados especulativos y partidistas el trabajo de un colectivo de personas muy importante en el tejido social y en la defensa de los derechos de la ciudadanía, es decir, los jueces y, en definitiva, el propio Poder Judicial. En muchas ocasiones se está sometiendo la ley, en cuanto expresión de la voluntad popular, al servicio de jueces cooptados por medios hegemónicos económicos y de comunicación, alterando así la función primordial del Poder Judicial, a saber, el sometimiento a la ley y a su correcta aplicación.

Con ello no sólo se viola la separación y equilibrio de los poderes del Estado de Derecho, sino lo que es más grave, se cae en una falsa e, incluso, mesiánica retórica de las llamadas a la honradez política o a la lucha contra la corrupción sistémica, que no se encamina a la búsqueda de las causas de la misma, sino sólo a perseguir y criminalizar a algunos objetivos concretos con intereses partidistas. Paradójicamente poderes judiciales oligárquicos, que en América Latina tradicionalmente han tenido una actitud de conveniencia con la corrupción estructural de sus países, son ahora los abanderados de este nuevo *lawfare* o cruzada jurídica contra la corrupción de gobiernos progresistas, colocándose de esta manera al servicio de los intereses económicos e ideológicos de la contra revolución neoliberal y neoconservadora.

En ambos casos estamos asistiendo a la consolidación de un lenguaje bélico en la disputa pública-política, cuyo precedente viene de la militarización de los conflictos sociales, presentados ante la opinión pública como conflictos de orden público, que se puso en marcha hace ya algunos lustros, como estrategia neoliberal de división y confrontación social. Una estrategia claramente antidemocrática que pretende impedir las legítimas maneras de manifestar el disenso y la discrepancia. Ahora es evidente el uso de las estrategias del *lawfare* para perseguir, *a priori* y previa criminalización, a las legítimas protestas sociales y a los líderes de los movimientos sociales,

violando derechos fundamentales constitucionales de expresión, reunión y manifestación⁵.

Todo ello parece responder a un proyecto ideológico, político y empresarial, orquestado por las doctrinas ultra conservadoras del neoliberalismo global. Tras dicho proyecto están los *neo hegelianos* defensores de la filosofía del fin de las ideologías, el “fin de la historia” o el fin de las clases sociales. Ellos intentan, ahora, enmascarar sus propias opciones políticas e intereses privados bajo la reivindicación de unas pretendidas necesidades económicas, presentadas como lógicas, inexorables y derivadas de un supuesto determinismo tecnológico, que giran, básicamente, sobre las privatizaciones de los servicios públicos, la deconstrucción de los derechos sociales, la despolitización del derecho al trabajo y el acceso comercial y libre a los recursos naturales: agua, gas, petróleo, biodiversidad alimenticia, electricidad, entre otros.

2.

La agonía de la conversación democrática

Vivimos tiempos en los que nos encontramos ante la presencia de nuevos mecanismos para eliminar el disenso en el debate político y, en definitiva, para eliminar las discrepancias frente al poder y al abuso del mismo, violentando así los límites pactados democráticamente. Se obvia que la esencia de la democracia radica precisamente en la capacidad de disentir legítimamente para poder argumentar y construir consensos compartidos. Esto supone, por lo tanto, una erosión interna en los sistemas democráticos liberales y en los pilares básicos del Estado de Derecho, que hasta ahora han sido los instrumentos para resolver pacíficamente los conflictos.

La doctrina neoliberal ha impuesto, desde la década de los años ochenta del siglo pasado, una lógica frentista, egoísta, autista, de confrontación y desconfianza como alternativa al diálogo democrá-

tico, enseñando a odiar a sus adversarios e, incluso, a sus víctimas (los perdedores de su propia doctrina). De esta manera, el debate político se ha ido invadiendo de mensajes, no de ideas, que hace algunos años habrían sido considerados impropios o casi delictivos en las democracias liberales. Pero que ahora comienzan a normalizarse, ante una cierta indiferencia social en la que no se percibe que se está jugando con la ira de la gente impunemente para obtener réditos electorales.

Vuelven a aparecer en escena mensajes de superioridad y pureza racial: blancos sobre negros, mestizos, moros, ... Mensajes de superioridad de género: los hombres sobre las mujeres, criminalizando la lucha y la teoría feminista como una “peligrosa ideología de género”. Mensajes de superioridad sexual-afectiva: heterosexualidad frente al colectivo LGTBI+, con una incitación a la homofobia y con ciertas regresiones a la libertad sexual y a los derechos reproductivos ya reconocidos legalmente. Mensajes de superioridad de clase: los ricos (exitosos) sobre los pobres (fracasados), con la incitación al “odio al pobre” (*aporofobia*)⁶, culpabilizándole individualistamente de su fracaso en la sociedad (“Si usted es pobre es culpa suya”: Ken Loach). Mensajes de superioridad espiritual y religiosa: el conservadurismo católico y el fundamentalismo evangélico sobre las demás religiones, especialmente, sobre el islam, y sobre increencia. Mensajes de superioridad étnico-nacionalista y anti globalizadores: la supremacía de los “de dentro”, los nacionales, frente a los “de fuera”, sean inmigrantes, refugiados, desplazados bélicos o climáticos, con una vuelta al proteccionismo egoísta y una actitud de rechazo a los modelos de la gobernanza global (véase, por ejemplo, la defensa anti europeísta o eurofóbica, de los partidos y movimientos de la ultraderecha en varios países europeos)⁷.

Este tipo de mensajes pone en marcha lo que yo denomino “la política de las tripas”, que no duda en alimentar el miedo, la ira, el odio y el resentimiento económico y cultural entre los ciudadanos, apelando a supuestos valores morales “tradicionales y esenciales”, como

Dios, la familia, la propiedad privada, el orden, la moralidad..., pero desenfocando totalmente la realidad y evitando entrar críticamente en la discusión de los verdaderos problemas que nos toca vivir en esta mitad del siglo XXI. Mensajes emotivos que abocan a los individuos a un solipsismo que busca culpables en los otros antagónicos a los que responsabilizan de sus pérdidas sociales y económicas (por ejemplo, la criminalización *a priori* de los inmigrantes como culpables de los retrocesos sociales y laborales).

Este es un juego muy peligroso que se está instalando ya en varias democracias liberales tanto en América Latina como en Europa. Es un juego de suma cero entre la anti política y la agitación de mensajes antisistema en las redes sociales, que pretenden demostrar las ruinas de un Estado de Derecho y un sistema democrático heridos por la corrupción, la inmigración y la fractura social. Mensajes que no entran en el fondo de la argumentación, que no construyen ideas, que no invocan la conversación democrática (tiempo) ni la reflexión (razón), sino que se centran disruptivamente en constatar y/o alarmar de manera inmediata sobre los problemas, reales o provocados (superficialidad), que preocupan a una ciudadanía empobrecida, desclasada, ninguneada y temerosa ante el entorno que le toca vivir. Pero esto no es sólo una cuestión de forma o de estética. Es también un problema ético y político.

Se ha puesto en marcha una *lawfare* o cruzada jurídica “anti derechos” (ilegalización del aborto, derogación de derechos de los colectivos LGTBI+, supresión de derechos socio-laborales, sustitución del contrato laboral por el contrato civil, leyes anti inmigración, etc.) de consecuencias todavía no previstas. Esta cruzada anti derechos se enmascara en la reivindicación patrimonialista de unas libertades absolutas, supuestamente amenazadas, de unos grupos sociales que no quieren perder su poder institucional, social o económico, del cual abusan ventajosamente como patrimonio unilateral. Por ello no están dispuestos a aceptar que los derechos y las libertades sean para todos, pero sí que sigan siendo una especie de

“coto vedado”, un privilegio, un lujo politizado para unos pocos, para ellos mismos.

Lo novedoso está en que ahora esta alianza pretende suplantar la pactada sumisión del poder político y económico al derecho, al Estado de Derecho, por un nuevo poder de mando absoluto anti corrupción, una especie de neo cruzada que cautiva a unos ciudadanos descontentos y conducidos hacia la frustración con la política como tarea colectiva.

3.

Lucha contra la corrupción como combate para el desprestigio de lo público

El *lawfare* político, junto con la utilización fraudulenta de las nuevas tecnologías de la comunicación, las *fake news* y la *whatsApperización* de la política⁸ (*made in Steve Bannon*), como instrumentos de la *guerra híbrida*, tomaron como estrategia detonante la lucha política contra la corrupción sistémica en las administraciones públicas.

Los casos de corrupción generalizada han dejado de ser presentados como una cuestión coyuntural, para convertirlos en un problema global que pone en riesgo gravemente la estructuración democrática de las sociedades liberales. Algo resumible en la siguiente frase: “todos los políticos son corruptos”. Lo que da paso a un modelo antipolítico y populista, basado en el descrédito de las instituciones democráticas y en la construcción de un espacio público que gira sobre los intereses tecnócratas de unas élites supuestamente despolitizadas y desideologizadas.

La lucha contra la corrupción y contra el clientelismo político se convirtió así en el *leitmotiv* del desprestigio de lo público y, en los países latinoamericanos con gobiernos progresistas en las pasadas décadas fue la excusa perfecta para el ataque y derribo de la izquierda

da, bajo la idea de que los gobiernos de izquierdas han generado una corrupción estructural. También en los países europeos, donde la narrativa ultra derechista ha transmitido el mensaje (no la idea) de que la socialdemocracia es la responsable del descrédito de lo público, del “derroche” y endeudamiento de los Estados de Bienestar, de su ineficacia y, consiguientemente, del descontento socioeconómico y la fragmentación social. El mensaje alternativo era achicar el Estado e introducir la lógica mercantil, empresarial y técnica en su gestión como un nuevo paradigma de gobierno.

Se ha vinculado la corrupción a lo público para desprestigiar a los políticos y a los partidos tradicionales, sin embargo, la corrupción de los empresarios es frecuentemente blanqueada, considerándola como fruto de acciones simplemente fraudulentas de “guante blanco”. Con ello se cae frecuentemente en la *estrategia del caracol*⁹ y, sorteando trampas legales, los verdaderos corruptos siguen impunes, beneficiándose de los réditos de la misma. Además, el discurso anti-corrupción oculta con frecuencia prácticas de corrupción política en connivencia con intereses privados (por ejemplo, algunas modificaciones legales y/o privatizaciones en favor de oligopolios privados) y enmascaradas por estrategias de *lawfare*¹⁰. Finalmente, es el propio sistema el que sostiene y reproduce la corrupción, convirtiéndola en un problema político central de funcionamiento informal.

Por otra parte, la corrupción no impide el desarrollo económico, pero sí incrementa la desigualdad social y, lo que es peor, consigue captar a una gran parte de la opinión pública en un círculo perverso de descrédito democrático de lo común, lo público y lo colectivo. De esta manera, las democracias ya no mueren con golpes militares violentos, sino mediante estrategias de debilitamiento o perversión de sus poderes básicos, especialmente, el sistema jurídico, el judicial y los medios de comunicación, a la vez que deslegitimando a sus instituciones públicas¹¹ y destruyendo las bases de la convivencia social y de la confianza.

En todo este proceso faltan argumentos y debates, faltan razones, falta conversación democrática, falta información, pedagogía política y diálogo racional. Sobran mensajes virtuales, simbólicos, individualistas, cortoplacistas, muchas veces falsos, incitadores de odio, de resentimiento económico, de odio cultural y, a veces, de menosprecio social hacia los más vulnerables, impidiendo el reconocimiento de la existencia de los dramas comunes. Sobran mensajes, en fin, que apelan a los sentimientos más oscuros de los individuos.

Todo esto está desembocando en una quiebra del Estado de Derecho, de la estructuración democrática de la sociedad y de una subjetividad moralmente comprometida con su entorno vital. Conviene recordar que, si falla el Estado de Derecho, la situación política deriva en autoritarismo o anarquía (o en un cierto Estado de Excepción); si falla la democracia, la situación deriva en mayor exclusión social, desigualdad socioeconómica e injusticia. Cuando se aceptan y se interiorizan esos mensajes, se está haciendo el juego a los enemigos de la democracia y a un sistema que sigue generando compulsivamente desigualdades de todo tipo. La cuestión es por qué hay tantos ciudadanos dispuestos a creer esos mensajes y a repetirlos miméticamente.

Quizás, desde un cierto elitismo intelectual, no se ha percibido a veces lo que estaba ocurriendo en la realidad más profunda de nuestras sociedades. En estos últimos años, desde la nueva extrema derecha fundamentalista global se ha buscado el voto a cualquier precio. Incluso, incardinado y manipulando un cierto conservadurismo de la clase trabajadora y de las clases medias despolitizadas y desclasadas contra los efectos negativos de la globalización neoliberal (paro, precarización, disminución de las rentas del trabajo, privatización de servicios públicos,...) con el conservadurismo cristiano (católico o evangélico), autoritario y racista, que se manifiesta contra una sociedad caracterizada por una diversidad creciente que ni acepta ni está dispuesto a comprender para no perder su hegemonía social y cultural, pero también económica. Sin duda, una manipulación espuria, de consecuencias todavía no previstas.

La corrupción, en fin, no es algo nuevo, pero ahora se intenta presentar como un mal endémico de las democracias liberales y de su estructuración en partidos políticos tradicionales. Por ello la lucha contra la corrupción se ha convertido en muchos países en el eje central de la disputa política y/o electoral e, incluso, en el *leitmotiv* de las nuevas estrategias del *lawfare* o guerra jurídica, como antes lo fue la lucha contra el narcotráfico o contra el terrorismo interno o externo. En definitiva, se ha realizado una reconstrucción ideológica y cultural de la corrupción como “abuso de un cargo público para obtener beneficios privados” (Banco Mundial, 2020), sobre la cual se ha ido construyendo el discurso anti corrupción. Pero, finalmente, la corrupción, el clientelismo y el nepotismo son utilizados como arma política del poder económico en su propio beneficio.

4.

Hacia la reconstrucción de una cultura de lo común

El *lawfare*, la *wahsaperización* de la política, el totalitarismo tecnológico¹² y su instrumentalización en la lucha contra la corrupción deteriora la democracia y la conduce hacia estrategias de autoritarismo¹³. Eso se produce precisamente porque carecemos de una cultura de lo común, de lo que nos afecta e interesa a todos y caemos en una subjetividad descomprometida y en un individualismo destructivo, que es el de aquél que utiliza el sistema únicamente para su beneficio propio.

Necesitamos reconstruir una cultura del servicio público, que permita separar a las instituciones democráticas del Estado de Derecho de los intereses meramente partidistas y/o económicos. Esto se debería hacer rescatando la percepción de lo colectivo, es decir, con la reconstrucción de un pensamiento comunitario, dialogante y solidario, capaz de generar espacios de confianza en donde todas las conversaciones públicas puedan tener cabida.

Para superar este duo caótico entre *lawfare* y corrupción, creo que es imprescindible alcanzar el paso de la ética al Derecho a través de la acción política. O, dicho de otra manera, intentar que el poder político alcance sus fines de justicia a través del Derecho para afrontar las complejidades futuras. Para ello deberíamos generar unas instituciones democráticas de participación y debate, adecuadas para que los ciudadanos y ciudadanas lleguen a acuerdos sobre una concepción política de lo justo, desde las diferentes y discrepantes concepciones individuales, y puedan construir metas socialmente compartidas por todos.

Liberar el alma de la gente y recuperar la cultura de lo común requiere mostrar que el discurso anticorrupción no es inocente y puede conducir a un comportamiento social disruptivo de lo colectivo, razón por la cual debe ser examinado desde un punto de vista crítico, si efectivamente queremos luchar por un mundo mejor, menos desigual, con menos abusos de poder, más conversación racional, más conocimiento compartido y solidaridad global.

Notas

1. Concepto utilizado por primera vez por General Mattis y teniente coronel Hoffman, *Future Warfare: The Rise of Hybrid Wars*, en *Proceedings Magazine*, nov. 2005 US. Naval Institute (disponible en: <http://www.usni.org/magazines/proceeding/archive/story.asp?print=-..>)
2. Un impulso reciente y sin duda un hito en los avances del globalismo y del multilateralismo es el Acuerdo impulsado por la OCDE (octubre de 2021) para la creación de un Impuesto Global a las grandes multinacionales tecnológicas, con un respaldo de 136 países.
3. Cfr.: Kenarik Boujikian, “O estado democrático de direito e o judiciário” en *Derecho Humanos no Brasil 2018. Relatório da rede Social de Justiça e Direitos Humanos, Outras Expressões*, São Paulo, 2018, pp. 117-123.
4. O.F. Kittrick, *Lawfare: Law as a Weapon of War*, Oxford University Press, Oxford, 2016, analiza desde la perspectiva del derecho internacional público, una serie de casos en los que se ha utilizado al sistema jurídico como arma de guerra y de política exterior, en tanto que alternativa a la guerra tradicional, que se hace muy eficaz con la ayuda de los nuevos instrumentos tecnológicos.
5. Sobre la criminalización de la disidencia política, no sólo en países autoritarios o escasamente democráticos, sino también en muchas de las supuestamente consolidadas democracias liberales, véase Rob Watts, *Criminalizing Dissent. The Liberal State and the Problem of Legitimacy*, New York, Routledge, 2020.
6. Aporofobia que es el odio, repugnancia, desprecio u hostilidad ante el pobre, el sin recursos, el fracasado y el desamparado, bien sea inmigrante, refugiado, desplazado, desclasado o personas sin hogar, y que se manifiesta a veces en casos de vejaciones o agresiones directas, véase al respecto el libro de Adela Cortina, *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, Ed. Paidós, Barcelona, 2017.
7. Cfr. más ampliamente en María José Fariñas Dulce, “Supremacismo y Fascismo”, en A. Guamán, A. Aragoneses y S. Martín (dirs.), *Neofascismo. La bestia neoliberal, Siglo XXI España*, Madrid, 2019, pp.107- 120, y los demás trabajos recogidos en este volumen.
8. Por ejemplo, el presidente Bolsonaro ganó las últimas elecciones presiden-

ciales en Brasil con un 55% de votos y sin participar en ningún debate político con sus contrincantes: las fake news difundidas por mensajería y WhatsApp lo hicieron todo.

9. La referencia es a la película colombiana del mismo nombre dirigida por Sergio Cabrera en 1993, donde ya se muestra cómo se puede utilizar la ley tramposamente.

10. Este tipo de prácticas son analizadas en María José Fariñas Dulce y Marcelo José Ferlín D´Ambrosio, “Corrupción y Desigualdad Social: Sendas de la Antidemocracia” en TraHs Números especiales Nº7 | 2020: Corrupción y dilemas sobre justicia <http://www.unilim.fr/trahs> -, pp. 11-26

11. Algo que han puesto de manifiesto Steven Levitsky, y Daniel Ziblatt, *¿Cómo mueren las democracias?* Madrid: Ariel Editorial, 2018, cuando argumentan que las democracias ya no mueren por los golpes militares violentos, sino internamente por sutiles y populistas mecanismos internos, que o bien niegan las reglas democráticas del juego o deslegitiman a los oponentes políticos o alientan la violencia o el odio entre los ciudadanos.

12. Sobre el tecnotalitarismo, entendido como el control total de las vidas privadas por la tecnología, véase María José Fariñas, *La amenaza tecnotalitaria*, en Espacio Público, Madrid, 23/05/2020, disponible en <https://blogs.publico.es/dominiopublico/autor/maria-jose-farinas-dulce/?force=1>.

13. Una referencia imprescindible sobre esta tendencia en Anne Applebaum, *El ocaso de la democracia. La seducción del autoritarismo*, Ed debate, Madrid, 2021.

Bibliografía

Applebaum, Anne, *El ocaso de la democracia. La seducción del autoritarismo*, Ed debate, Madrid, 2021.

Boujikian, K., “O estado democrático de direito e o judiciario” en *Derecho Humanos no Brasil 2018. Relatório da rede Social de Justiça e Direitos Humanos*, Outras Expressões, São Paulo, 2018, pp. 117-123.

Cortina, Adela, *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*, Ed. Paidós, Barcelona, 2017.

Fariñas Dulce, María José, “Supremacismo y Fascismo”, en A. Guamán, A. Aragonese y S. Martín (dirs.), *Neofascismo. La bestia neoliberal, Siglo XXI España*, Madrid, 2019, pp.107- 120.

Fariñas Dulce, María José, *La amenaza tecnototalitaria*, en *Espacio Público*, Madrid, 23/05/2020, disponible en <https://blogs.publico.es/dominiopublico/autor/maria-jose-farinhas-dulce/?force=1>.

Fariñas Dulce, María José y Marcelo José Ferlín D´Ambrosio, “Corrupción y Desigualdad Social: Sendas de la Antidemocracia” en *TraHs Números especiales Nº7 | 2020: Corrupción y dilemas sobre justicia* <http://www.unilim.fr/trahs> -, pp. 11-26

Kittrie, O.F., *Lawfare: Law as a Weapon of War*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

Mattis y Hoffman, *Future Warfare: The Rise of Hybrid Wars*, en *Proceedings Magazine*, nov. 2005, US. Naval Institute

Levitsky, Steve y Ziblatt, Daniel, *¿Cómo mueren las democracias?* Madrid: Ariel Editorial, 2018,

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

8.

Autoritarismo líquido y *lawfare*.

Pedro Estevam Alves Pinto Serrano¹

Anderson Medeiros Bonfim²

1. Licenciado, Máster y Doctor en Derecho del Estado por la PUC/SP con Post-Doctorado en Teoría General del Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa, en Ciencias Políticas por el Instituto Católico de París y en Derecho Público por la Universidad París Nanterre; Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho y de Teoría General del Derecho en el Postgrado de la PUC/SP.

Licenciado y Máster en Derecho Administrativo por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo - PUC-SP; Profesor Asistente Voluntario de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la PUC/SP; Secretario General de la Comisión de Derecho Notarial y de los Registros Públicos y miembro efectivo de la Comisión de Derecho Constitucional de la Orden de Abogados de Brasil, Sección de São Paulo - OAB-SP; ex investigador del Consejo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico - CNPq y de la Escuela Nacional de Administración Pública (ENAP).

Introducción.

Reconocemos tres razones principales por las que, especialmente en las sociedades capitalistas periféricas latinoamericanas, se dejan varios espacios a la acción soberana, según la concepción schmittiana de quien decide la excepción y suspende los derechos. Además de la presencia de un Estado de excepción permanente que convive con una democracia formal, que sólo se realiza plenamente en la Constitución, es necesario analizar la fuerte influencia del positivismo analítico, que, basado en el paradigma subjuntivo-idealista (“esquema sujeto-objeto”) y en la pureza metodológica, amplió los límites del poder discrecional del agente dotado de poder de decisión.

En efecto, la estirpe analítico-normativista de referencia confiere al juez lo que podemos llamar autoridad primaria, otorgándole el poder soberano de decidir por la excepción. En otras palabras, la negativa a aplicar el Derecho tal cual al caso concreto como objeto susceptible de ser tratado por la ciencia jurídica implicó la descon sideración de la decisión de la excepción como indagación jurídica relevante. Esto es lo que se desprende, en particular, de las facultades interpretativas del jurista en Hans Kelsen¹ y de la teoría del razonamiento jurídico como término medio entre el formalismo y el escepticismo en la teoría del Derecho de Herbert L. A. Hart² como sistema autorreferencial de normas.

En el escenario que aquí se presenta, las medidas de excepción se utilizan instrumentalmente en la operacionalización de gobiernos autoritarios que coexisten con una lógica democrática formal. Coexisten un Estado de Derecho democrático, que se plasma formalmente en la Constitución y al que sólo puede acceder una parte de la sociedad -la económica- y un Estado de excepción, que no se asume como tal, pero que se basa en una técnica de gobierno permanente de excepción.

1.

El mito de la concreción del estado de derecho democrático y la excepción líquida permanente

En el ámbito de la teoría general del Estado, no es raro encontrar afirmaciones de que estamos viviendo la concreción, al menos en su sentido pleno, del Estado de Derecho democrático. Sin embargo, se trata de un proyecto humano y político, una concepción abstracta que nunca se ha alcanzado plenamente en ninguna sociedad histórica conocida. Además, la cuestión del estado de excepción, así como las medidas de excepción dentro de las democracias contemporáneas, constituyéndose en falsificación del Estado de Derecho, rara vez se estudia.

Es notoria la resistencia a tratar el tema en el Derecho público, aunque Jacques Derrida haya constatado que ninguna teoría está completa si no comprende sus afasias, excepciones y ruidos³. Como se anticipó, es posible que esta resistencia derive de la fuerte influencia, al menos en los círculos jurídicos latinoamericanos, del positivismo analítico de origen kelseniano que, al no aceptar la aplicación del derecho establecido al caso concreto como objeto susceptible de tratamiento racional por la ciencia jurídica, no reconoce la decisión de excepción como una indagación jurídica relevante.

Si, por un lado, es cierto que el tema fue durante mucho tiempo infravalorado, recientemente hemos asistido a un aumento del interés de la comunidad jurídica nacional y extranjera por la cuestión de la excepción y sus formas de legitimación. La observación del fenómeno de las medidas de excepción como técnica de gobierno dentro de las sociedades democráticas ha sido analizada por diversos autores, aunque con sus propias nomenclaturas. Norberto Bobbio tituló el fenómeno “nuevos despotismos”⁴, que se hizo universal, aunque su análisis se limitó a la Italia de la fase berlusconista. Luigi

Ferrajoli describe el proceso de vaciado de la Constitución y la crisis democrática italiana como “desconstitucionalización del poder”⁵. Ronald Dworkin señala la pérdida del “*common ground*” de la sociedad⁶. Boaventura de Souza Santos habla de “democracia de baja intensidad”⁷. Giorgio Agambem desarrolló la nomenclatura “Estado de excepción”⁸. Por último, entre nosotros, Rubens Casara trabajó en la idea del “Estado posdemocrático”⁹.

Aunque la tensión dialéctica entre el Estado de Derecho y el Estado “policia” no es reciente, estamos ante nuevas formas de discursos que buscan legitimar el autoritarismo estatal. La historia de la humanidad no se desarrolla en fases cerradas, como su descripción didáctica en períodos parece a veces a los inconscientes. Al contrario. Se da en procesos complejos, en los que elementos de conformación política y social del período anterior permanecen en el posterior. No hay, incluso, garantías contra retrocesos e involuciones de la civilización. Hay orden en la descripción histórica, en los intentos de comprenderla. Sin embargo, en la historia vivida prevalece el caos.

Aunque las revoluciones burguesas del siglo XVIII se presentan como el fin del poder absoluto del Estado, esto no es lo que se verifica en la realidad cotidiana. El poder absoluto ha estado presente a lo largo de la historia de los pueblos, incluso después de las conquistas del Estado de Derecho democrático. En cada abuso de los agentes estatales de la persecución penal, por ejemplo, se identifica la presencia autoritaria del poder absoluto del Estado.

Si las marcas del Estado autoritario acompañan todo el curso de la historia de la humanidad, incluso después de las revoluciones democráticas, lo que cambia, sin embargo, son las formas de los discursos que legitiman el autoritarismo estatal. En este sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni afirma que el “Estado de derecho histórico” conserva, en su interior, el “estado policial”¹⁰.

De hecho, en el siglo XXI, el autoritarismo ha cambiado de naturaleza. Ya no se trata de una interrupción del Estado democrático para el establecimiento de un Estado de excepción, sino de la inserción de mecanismos autoritarios propios de la excepción dentro de la rutina democrática, como una verdadera técnica de gobierno. En otras palabras, la densificación típica de un Estado autoritario dio paso a estructuras que coexisten con medidas democráticas y legítimas, fragmentando la estructura del Estado.

Las medidas de excepción percibidas en la rutina democrática varían en forma y legitimación, según el grado de desarrollo del Estado en el que se verifican. En los países de capitalismo tardío y periférico, existe un estado de excepción permanente (de facto), que coexiste con un Estado de derecho permanente (formal).

Entendida la excepción como una decisión que ocurre en la rutina democrática, o incluso como una técnica ocasional de ejercicio del poder político dentro de ella, podemos verificar dos categorías de excepción en los Estados contemporáneos, incluido Brasil. Existe un tipo de excepción meramente aparente, establecida de forma autorizada y regulada por el Derecho, en la que la suspensión de derechos se materializa en una forma de “derecho especial”, propia para ser aplicada en situaciones de guerra o conflicto interno grave. Por otro lado, está la excepción verdadera o real, en la que, por voluntad política soberana y decisionista, se suspenden los derechos sin ninguna racionalidad transversal.

2.

Teoría de la excepción: resumen histórico y teórico

En el absolutismo, muy presente desde el siglo XV hasta las revoluciones burguesas del siglo XVIII, el ejercicio de la soberanía se legitimaba mediante la creencia en el poder absoluto de los reyes

como derecho divino y, por tanto, marcado esencialmente por la continuidad y la vitalidad. Según Jean Bodin, por origen divino, “la soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una República”¹¹. Al atribuir un carácter original al poder soberano, el autor rompió con la tradición del pensamiento medieval, que veía el origen del “poder del rey” como una atribución de la comunidad.

El Estado absolutista, “policial” o Estado autocrático presenta unas características que se pueden resumir así: (a) el poder se ejerce de forma autónoma, de ahí la expresión autocracia, es decir, el poder del gobernante no está sujeto al Derecho, sino sólo a su propia voluntad. Por ello, el poder del gobernante es ilimitado, confundiendo la figura del rey con la del Estado; (b) en general, los Estados absolutistas tienen un fundamento religioso, la figura del rey es divina, el verdadero representante de Dios en la Tierra; (c) las funciones del Estado se centralizan en una sola persona: el rey legisla, administra y juzga; (d) el modelo de Estado es irresponsable con respecto a los daños que causa a las personas, esto según la famosa idea de que “el rey no se equivoca”; y, finalmente, (e) las personas sólo poseen obligaciones ante el Estado, sin ningún derecho oponible a él, es decir, sólo hay una relación de servidumbre, y no de ciudadanía, entre las personas y el Estado.

Con las revoluciones americana y francesa, en 1776 y 1789, respectivamente, se produjo una ruptura en el modelo absolutista de soberanía estatal, especialmente al introducir la idea de protección y reconocimiento de los derechos humanos, secularizando la noción cristiana de “persona”, como seres iguales, dotados de un conjunto mínimo de derechos exigibles frente al propio poder estatal. En consecuencia, el Estado autoritario perdió su legitimidad en la forma monárquica absolutista del período anterior, caracterizada por la negación de la existencia de los derechos humanos. Nace la idea del Estado de Derecho.

Uno de los principales supuestos de la función del Estado de Derecho reside en la idea de un Estado garante de ciertos valores. Entre ellos, destaca la garantía de uno de los principales conceptos de la filosofía política y quizá de la realidad humana: el concepto de persona. Aunque la noción ha existido, en cierta medida, en la humanidad en prácticamente todos los momentos históricos, fue con el cristianismo cuando encontró su mejor tratamiento, mientras que con iluminismo se laicizó.

El concepto de persona humana ha sido quizás el más revolucionario de la historia del hombre en la tierra, traduciéndose como una inmensa aportación del cristianismo a nuestra sociabilidad. Al divorciar al hombre de su apropiación como cosa y tratarlo como hijo de Dios, miembro de una inmensa familia humana, la noción de hombre se alió con la de igualdad y justicia. Todos esencialmente iguales, porque nacieron del mismo Padre. La noción de humanidad se superpone con la de pueblo.

Si bien la noción de pueblo creó una condición de pertenencia y, hasta cierto punto, de seguridad a la nación temporal y geográficamente localizada, también hay una cuestión inherente que no se puede pasar por alto: si hay pueblos diversos, algunos de ellos son amigos y otros enemigos. En otras palabras, desde el supuesto anterior, se reconoce una relación de igualdad y diferencia dentro de la especie humana: cuando hay un enemigo, no hay un ser humano, sino un ser desprovisto de la condición de humanidad. Sin embargo, cuando se seculariza el concepto de persona, nace la idea de que, como todos somos miembros de la humanidad, todos tenemos un conjunto mínimo de derechos por el simple hecho de ser humanos y que, inexorablemente, se oponen al soberano y al Estado en su conjunto.

Si, por un lado, siempre ha existido la figura de la persona, siempre ha existido, por otro lado, el concepto de enemigo. Llamados por los romanos “*hostiles*” y conceptualizados por Giorgio Agamben como “*homo sacer*”, era la parte de la sociedad que todos tenían el hacha de supri-

mir la vida. Así, a pesar de la evolución de la noción de humanidad, el propio iluminismo identificó pensamientos sofisticados que acogían la figura del enemigo dentro de la noción de Estado de Derecho.

En primer lugar, hay que destacar a Thomas Hobbes, que concibió el contrato social, idea central en el iluminismo, como algo previo al reconocimiento de los derechos. Para el autor, el ser humano en estado de naturaleza es peligroso al vivir en permanente conflicto con el otro. Así, la función principal del soberano sería promover la pacificación social sin estar incluido en el contrato social. De esta línea de pensamiento surgió una importante consecuencia: cuando el Derecho implica en obstaculizar el funcionamiento de la soberanía, debe ser eliminada. Thomas Hobbes no reconoció el derecho de resistencia de los ciudadanos cuando el soberano se opone al Derecho, porque es preexistente a ella. Por lo tanto, en la visión hobbesiana, quien se resiste al soberano es reconocido como un enemigo que se opone a la integridad de la sociedad y a la existencia del Estado. Y por estar fuera del contrato social, el enemigo político no tiene derechos reconocidos.

Se puede ver, por tanto, que la concepción de la soberanía, en estos moldes, era más relevante que el propio Derecho. La soberanía es algo que incluso implica la no aceptación de la idea de resistencia y que, por tanto, legitimaría la figura del enemigo que reclama una soberanía autoritaria, que no reconoce derechos.

John Locke, por su parte, concibió el contrato social como un acuerdo que, surgiendo de forma concomitante con la propia naturaleza humana, reconoce derechos. El Estado aparece en un segundo momento como instrumento de realización del contrato social originario, la razón por la cual, el Estado que se opone al contrato original es un usurpador del poder, legitimando incluso el derecho de resistencia.

3.

Propedéutica del autoritarismo

La discusión sobre la teoría de la excepción encuentra una división entre quienes la incluyen en el ordenamiento jurídico, como Santi Romano, Hauriou y Mortari, que consideran el Estado de excepción como parte integrante del derecho positivo, y Hoerni, Ranelletti y Rossiter, que entienden el Estado de excepción como un derecho natural del Estado a su propia conservación. Por otro lado, hay quienes consideran la teoría del Estado de excepción como un fenómeno extrajurídico, entre los que se encuentran Biscaretti, Balladore-Pallieri y Carré de Malberg¹².

En Carl Schmitt, la topología “dentro-fuera” se puede explicar a través de la excepción como doctrina de la soberanía. Al anunciar que el soberano es quien decide sobre la excepción, garantiza el anclaje de esta excepción al ordenamiento jurídico. En otras palabras, aunque la excepción representa la suspensión de la norma establecida –al margen del derecho, por tanto–, la decisión del soberano sobre dicha suspensión sólo es válida porque es legalmente responsable de la decisión (dentro del derecho). Según el autor, “el soberano se sitúa fuera del ordenamiento jurídico normalmente vigente, pero pertenece a él, ya que es competente para decidir si la Constitución puede ser suspendida *in toto*”¹³.

Carl Schmitt abandona la distinción entre poder constituyente y constituido como base de la dictadura soberana, sustituyéndola por la decisión. Así, la soberanía se define por el poder de decidir sobre el estado de excepción, suspendiendo el derecho. Aunque la conclusión sea aparentemente paradójica, Carl Schmitt pretende inscribir la decisión sobre el estado de excepción dentro del derecho. Por eso trata el tema topográficamente, en una relación dentro de la Ley, que luego será rechazada por Giorgio Agamben. El fundamento del Estado y del Derecho, por tanto, para Carl Schmitt, es la decisión política, y no una hipotética norma jurídica de reconocimiento

o postulados. Según él, “el ordenamiento jurídico, como todo ordenamiento, descansa en una decisión y no en una norma”¹⁴.

El principal objetivo de Carl Schmitt es inscribir la teoría de la excepción en el contexto jurídico. Es en la distinción entre norma y decisión donde el Estado de excepción gana contornos jurídicos, ya que “suspendiendo la norma, el estado de excepción ‘revela (...) en absoluta pureza un elemento formal específicamente jurídico: la decisión’ (...). Los dos elementos, norma y decisión, muestran así su autonomía”¹⁵.

La definición schmittiana de estado de excepción es, por tanto, “el lugar donde la oposición entre la norma y su realización alcanza la máxima intensidad”. La consecuencia es “un campo de tensiones jurídicas en el que el mínimo de validez formal coincide con el máximo de aplicación real y viceversa. Pero también en esta zona extrema, o más bien precisamente por ella, los dos elementos del derecho muestran su íntima cohesión”¹⁶. Lo que vemos es que “el estado de excepción separa la norma de su aplicación para que ésta sea posible. Introduce en el derecho una zona de anomia para hacer posible la efectiva normatización de la realidad”¹⁷.

Giorgio Agamben, por su parte, afirmó que “la simple oposición topográfica (dentro/fuera) implícita en estas teorías parece insuficiente para dar cuenta del fenómeno que se supone que explica”. En cualquier caso, afirma que la excepción “no está ni fuera ni dentro del ordenamiento jurídico y el problema de su definición se refiere a un umbral, o zona de indiferencia, en el que el dentro y el fuera no se excluyen, sino que son indeterminados”¹⁸.

Aunque el autor se dedica, al menos en lo esencial, a la anomia, y no a la hipernomia, la relevancia de sus estudios radica en que la suspensión de la norma no implica su abolición. Edson Teles, utilizando las lecciones de ambos autores, trata las medidas de excepción como algo presente en la propia jurisdicción de la estructura

jurídica, razón por la cual la excepción no se clasifica ni como un mero hecho, ni como un mero derecho, sino, sobre todo, como una decisión del soberano frente a la medida de emergencia que se verifica subjetivamente¹⁹.

Sin embargo, se observa que la decisión soberana y subjetiva sobre la anormalidad y la emergencia para establecer la suspensión del Derecho y propiciar la excepción permitió, a lo largo de la historia reciente de las democracias contemporáneas, la continuidad de los mecanismos excepcionales que violan el Estado de Derecho, haciendo que los “escombros autoritarios” que se deseaba erradicar sigan vivos como técnica de gobierno.

El constante planteamiento del Estado de excepción como un fenómeno eminentemente político, fuera del ámbito jurídico, explica en parte el desprecio con el que se trata el tema, trasladando la preocupación al campo de la sociología, por ejemplo. La falta de interés en identificar el Estado de excepción en las democracias se justifica, según Edson Teles, por la creencia de que sólo es posible identificarlo con la dictadura²⁰. Asimismo, nuestra tradición iusfilosófica, fuertemente influida por el positivismo jurídico, contribuyó a que el tratamiento de la cuestión de la excepción no tuviera mayor relevancia²¹.

En efecto, la noción de excepción no tiene cabida en el pensamiento de Kelsen, en la medida en que niega la hipótesis de que, en algún caso, no es posible materializar la “aplicación del derecho”. Un ejemplo de ello es el tratamiento que se da al tema del vacío legal, relacionado con el dogma de la integridad (ocompletud) del sistema jurídico, en el que un sistema jurídico sólo se considera completo cuando el decisor encuentra una norma que regule cualquier caso que se presente, y para cada conducta existe una norma que la prohíbe o la permite.

En otras palabras, para Hans Kelsen la inexistencia de una norma específica para el caso concreto no impide la aplicación del “orden jurídico” –a través de la equidad, por ejemplo–, que también es Derecho. El ordenamiento, en esta lógica, nunca renuncia a su unidad y su coherencia. Ahora bien, si en esta concepción el ordenamiento jurídico es un conjunto de normas integradas en una relación de unidad, coherencia y plenitud, el elemento normativo prevalece sobre la decisión en la constitución del ordenamiento jurídico, suprimiendo en consecuencia el espacio del caso excepcional y de las situaciones que no son normales.

4.

Anomia e hipernomia en el contexto de las funciones del estado

Las funciones del Estado están vinculadas, explícita o implícitamente, a las características, propósitos y poderes del Estado. Según Jorge Miranda, “la conceptualización ex professo de las funciones acompaña el desarrollo de las teorías generales del Estado y del Derecho público”²². En la elaboración teórica de las funciones del Estado, nos apartamos del modelo clásico de la “separación de poderes del Estado”, compartiendo el entendimiento resumido por André Ramos Tavares, para quien “sólo por antonomasia se puede llamar separación de poderes a la doctrina que pretende explicar y justificar la estructuración del ‘poder’ del Estado”²³.

Esto es una consecuencia de los términos propuestos por Karl Loewenstein, para quien la llamada separación es, en realidad, la distribución de ciertas funciones a diferentes organismos estatales, por lo que la palabra se debe entender de forma meramente figurada²⁴. Asimismo, Georges Burdeau, según el cual sólo son objeto de parcelación las funciones del Estado, actividades específicas, coordinadas y teleológicas, según Georges Burdeau²⁵.

Aunque Cicerón²⁶, Polibio²⁷, Aristóteles y John Locke²⁸ han tratado de alguna manera la cuestión de las funciones del Estado, le correspondió a Montesquieu formular, a la luz del pesimismo antropológico y de una concepción ilustrada del derecho, la doctrina que se ha generado en las democracias occidentales. El núcleo de su doctrina consiste en la entrega de funciones a organismos distintos y especializados, que servirían como mecanismo de contención del poder.

Para Georg Jellinek²⁹, el Estado tiene dos fines: uno jurídico y otro cultural. Desde el primer aspecto, establece y protege el derecho. Para el segundo, el Estado afirma la fuerza y aumenta la cultura. Para satisfacer estos fines, el Estado se sirve del establecimiento de normas abstractas y actúa concretamente para alcanzar objetivos específicos. Las funciones del Estado se derivan de la combinación de estos modos de acción. La definición e imposición de normas abstractas para alcanzar los objetivos del Estado constituye la función legislativa. La definición de derechos inciertos o impugnados de forma concreta, según un proceso formal, constituye la función jurisdiccional. La realización de objetivos concretos, para cumplir una finalidad cultural, constituye la función administrativa.

Léon Duguit, al determinar las funciones del Estado, recurre a la noción de acto jurídico, que es la manifestación de voluntad tendiente a producir modificaciones en el ordenamiento jurídico, ya sea presente o en un futuro próximo³⁰. El acto jurídico, en este contexto, puede asumir el aspecto de acto-norma, acto-condición y acto subjetivo. El acto-regla se produce con la intención de modificar las normas abstractas que constituyen el derecho objetivo. La condición de acto hace que las normas abstractas sean aplicables a un individuo concreto. El acto subjetivo genera una obligación especial, concreta, individual y momentánea, no impuesta por ninguna regla abstracta. El acto-regla está vinculado a la función legislativa. La función administrativa está relacionada con el acto-condición y el acto subjetivo, además de las operaciones materiales que garantizan los

servicios públicos. La función jurisdiccional consiste en la resolución de la cuestión de derecho sometida al Estado³¹.

En Hans Kelsen, el Estado se identifica con el ordenamiento jurídico, por lo que las funciones del Estado son típicamente jurídicas. Las funciones del Estado corresponden a grados de realización del ordenamiento jurídico. La aplicación del derecho es, concomitantemente, su producción. Todo acto jurídico es simultáneamente la aplicación de una norma superior, y la producción de una inferior.

Para Karl Loewenstein hay tres funciones del Estado. *Policy determination*, relacionada con la deliberación de las decisiones políticas fundamentales que dan forma a la sociedad en el presente y en el futuro; *policy execution*, destinada a adoptar las medidas necesarias para aplicar las decisiones fundamentales; y, por último, *policy control*, vinculado al control político de los organismos estatales.

Esbozando un cuadro completo de las diferentes modalidades de las actividades desarrolladas por el Estado, Marcello Caetano, no creyendo que no se puedan reducir a la creación y aplicación del derecho, destaca la preocupación por las actividades del Estado cuyo contenido excede los actos de creación y aplicación del derecho. Las demás actividades corresponden a las funciones políticas y técnicas, que están en relación complementaria e interdependiente con las llamadas funciones jurídicas, legislativas y ejecutivas del Estado.

La función legislativa se define como la actividad de los órganos del Estado que comprende el establecimiento directo e inmediato de normas de carácter general e impersonal, innovando el ordenamiento jurídico³². La función ejecutiva consiste en la actividad de los órganos cuya finalidad es, directa e inmediatamente, promover y garantizar el cumplimiento de las leyes y la aplicación de las sanciones, abarcando las modalidades jurisdiccional, caracterizada por la imparcialidad y la pasividad, y la administrativa, marcada, por el contrario, por la parcialidad y la iniciativa³³.

Jorge Miranda presenta una división tricotómica de las funciones del Estado considerando, para ello, la conjugación de criterios materiales, formales y orgánicos³⁴. La innovación de esta teoría, además de la conjugación de criterios, radica en la detección de zonas fronterizas y funciones complementarias. Las funciones políticas, administrativas y jurisdiccionales se derivan de los fines o del objeto de los actos en razón de los cuales se desarrollan (criterio material), en razón de los modos y formas de su manifestación (criterio formal) y de las instituciones a través de las cuales se practican dichos actos (criterio orgánico).

Presentada esa referencia teórica, la hipernomia a la que nos referimos en el presente estudio es la antítesis de la anomia; la palabra anomia, de origen griego, deriva de *nomos*, en la que *a* significa inexistencia y *nomos* significa norma. Por lo tanto, anomia denota, etimológicamente, ausencia de norma³⁵. El término anomia fue difundido en las ciencias sociales por Émile Durkheim para significar la llamada desintegración de las normas sociales y la pérdida de referencias normativas, que se deriva de la complejidad de los deseos humanos, naturalmente ilimitados, y de la indefinición de los objetivos a alcanzar³⁶. Por otro lado, Robert K. Merton concibió la anomia como una ruptura en la estructura cultural, una disyunción entre las normas sociales y los objetivos culturales y la capacidad de cumplirlos, que genera la ausencia de sanción y la incertidumbre³⁷.

Independientemente de las críticas y de la menor aceptación contemporánea del concepto en las ciencias sociales, al menos en la concepción durkheimiana, el término se incorporó al Derecho para significar la ausencia de norma. La hiperonimia, en cambio, se caracteriza por su exceso. Por lo tanto, la hiperonimia a la que nos referimos en este estudio es un fenómeno que deriva esencialmente de la función estatal con la intención de modificar las reglas abstractas que constituyen el Derecho. Además, la hiperonimia comprende no sólo el fenómeno de la profusión de la edición de especies normativas, sino también la actuación del intérprete cualificado del deber

de poder sancionador que, haciendo uso de reglas y principios, expresa las normas con una intensidad incompatible con ella.

5.

Revisando la lectura de la excepción en Carl Schmitt y Giorgio Agamben: de la incorporación al derecho y al campo de la indeterminación al arquetipo de la excepción en la contemporaneidad periférica

Giorgio Agamben recuperó un instituto del derecho romano –el *iustitium*–, término que significa “interrupción, suspensión del derecho”, para inscribir el tema de la excepción como un estado kenomático, es decir, un espacio vacío y anómico, y no un estado plepromático, propio de las dictaduras y de los plenos poderes. Así, en palabras del autor, “el *iustitium*, en la medida en que efectúa una interrupción y una suspensión de todo el orden jurídico, no puede ser interpretado según el paradigma de la dictadura”³⁸. Lo que vemos es que “el estado de excepción separa la norma de su aplicación para que ésta sea posible. Introduce en el derecho una zona de anomia para hacer posible la efectiva normatización de la realidad”³⁹.

Según el autor, el moderno Estado de excepción se puede considerar el instituto del derecho romano llamado *iustitium*. Ante la señal de peligro para la República, el Senado emitía un *senatus consultum ultimum*, solicitando alguna medida necesaria para salvar el Estado. Esta solicitud se basaba en un decreto que declaraba el *tumultus* (una situación de emergencia) y solía dar lugar a la proclamación del *iustitium*.

El término *iustitium* significa suspensión del derecho, lo que equivale a producir un vacío legal. Es la respuesta a la necesidad de romper el ordenamiento para salvarlo. Giorgio Agamben aporta la definición del concepto de Nissen: “el *iustitium* suspende el derecho, y a partir de esto se dejan de lado todas las prescripciones legales.

Tanto Giorgio Agamben como Carl Schmitt señalan, sin embargo, que la excepción, como anomía, zona vacía de derecho, es relevante para confirmar el derecho. La existencia de la excepción confirma el ámbito de validez de la norma, que es el caso normal, la situación cotidiana⁴⁵.

Para Giorgio Agamben, el estado de excepción no es una dictadura (constitucional o inconstitucional, comisaria o soberana), sino un espacio vacío de derecho, una zona de anomía en la que todas las determinaciones legales -y, sobre todo, la distinción entre lo público y lo privado- están desactivadas. Por lo tanto, son falsas las doctrinas que pretenden vincular directamente el estado de excepción con el derecho, como es el caso de la teoría del estado de necesidad como fuente jurídica originaria, y de la doctrina que ve en el estado de excepción el ejercicio del derecho de autodefensa del Estado, o el restablecimiento de un estado de derecho pleromático originario (“plenos poderes”).

Pero igualmente falaces son aquellas doctrinas, como la de Carl Schmitt, que tratan indirectamente de situar el estado de excepción en un contexto jurídico, basándolo en la división entre normas de derecho y normas de realización del derecho, entre poder constituyente y poder constituido, entre norma y decisión. El estado de necesidad no es un “estado de derecho”, sino un espacio sin Derecho (aunque no es un estado de naturaleza, sino que se presenta como la anomía que resulta de la suspensión del derecho).

El espacio vacío de derecho parece en algunos aspectos tan esencial para el orden jurídico que debe buscar por todos los medios una relación con él, como si, para fundarse, tuviera que permanecer necesariamente en relación con la anomía. Por un lado, el vacío jurídico que se trata en el estado de excepción parece absolutamente impensable por el Derecho. Por otro lado, lo impensable está revestido, para el ordenamiento jurídico, de una decisiva relevancia estratégica de la que no se puede escapar.

Como se ha anticipado, la idea de excepción, tanto en el Derecho como en la Teoría del Estado y la Filosofía Política, se ha circunscrito siempre dentro del campo de la anomia, es decir, de la ausencia de norma. Es decir, la relación autoritaria del Estado con los individuos se produce a través de la suspensión de los derechos mediante el establecimiento de una especie de soberanía bruta, en la que la voluntad del soberano se impone al ciudadano.

En la época contemporánea, la excepción se ha producido como consecuencia de la creencia en la necesidad de que el Estado ejerza un poder y control indiscriminado sobre la sociedad. Así, el régimen jurídico propio de la guerra se incorpora al plano interno, tomando como enemigo a una parte de la sociedad y retirando a quienes pertenecen a este grupo la condición humana que les da protección política y jurídica.

Aunque la excepción se utiliza a menudo a través de mecanismos legales, su motivación es siempre política. Su adopción se justifica por la emergencia en el aspecto temporal y, en el ámbito social y axiológico, por la inseguridad. Es en circunstancias excepcionales, es decir, en la situación en la que el Estado está amenazado por el enemigo, cuando estos derechos pueden ser suspendidos.

Por lo tanto, una de las características del autoritarismo contemporáneo es, en lugar de la interrupción del estado democrático por el establecimiento de un estado de excepción, la inserción de mecanismos propios de la excepción dentro de la rutina democrática. Es decir, estos mecanismos se instalan en la estructura del Estado en forma de autoritarismo líquido que coexiste, aunque en una relación parasitaria, con medidas democráticas y legítimas. El autoritarismo líquido, al igual que la densificación típica del Estado autoritario, es perjudicial. Confiere al Estado un poder que, diluido en la rutina democrática, debilita los mecanismos de control propios del régimen jurídico-administrativo tal y como lo conocemos.

En resumen, porque existe la suspensión de los derechos y del propio Derecho, la relación autoritaria es, como observan Juan Donoso Cortés, Carl Schmitt, Santi Romano, Baladore-Pallieri, Giorgio Agamben y Carpentier, propios del campo de la anomia. Sin embargo, hay otro fenómeno poco advertido en la contemporaneidad. Se trata de la producción de la excepción como resultado no de la ausencia, sino del exceso de normas. Por tanto, la hipernomia es un fenómeno que se manifiesta, por un lado, por el exceso de especies normativas y, por otro, por la adopción indiscriminada de conceptos jurídicos indeterminados en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, abriendo la posibilidad de que el intérprete cualificado con poder de decisión, utilizando reglas y principios, exprese normas de alta intensidad.

La textura abierta del lenguaje, la vaguedad de los principios y los conceptos jurídicos indeterminados contribuyen, de forma decisiva, a la hipernomia, otorgando al intérprete dotado de poder decisorio la potestad ilegítima de conferir extensión y alcance en cada caso, en detrimento, entre otros, de la seguridad jurídica. Asimismo, tales atributos otorgan al aplicador la posibilidad de interpretar otra vez siempre la norma general y abstracta, de la que derivará, también según intereses momentáneos, la sanción o no de la conducta y, además, la aplicación de una sanción que, desprovista de todo criterio jurídico objetivo y previsible, oscila según la conveniencia momentánea.

En efecto, la utilización cada vez más habitual de conceptos indeterminados en la elaboración de las normas del Derecho administrativo sancionador, conceptos muy amplios que abarcan potencialmente un gran número de situaciones, dificulta al administrado la previsión de cómo reaccionará el Estado ante la conducta individual.

Bajo el punto de vista analítico de la dogmática jurídica, a diferencia de lo que Robert Alexy entendió como “conceptos jurídicos auténticos”⁴⁶, los conceptos jurídicos indeterminados poseen lo que Paulo

de Barros Carvalho llamó heterogeneidad de contenido: “el derecho establecido, en su continuidad normativa, ofrece una flagrante heterogeneidad de contenidos, dada su pretensión de regular las conductas intersubjetivas en el contexto social”⁴⁷.

La heterogeneidad de contenidos, que puede admitir interpretaciones para que su significado varíe en función del sistema fáctico-jurídico en el que se insertan -y según, por tanto, los valores y desviaciones del agente juzgador- es incompatible con el Derecho administrativo sancionador. Es posible que casi cualquier conducta humana que escape a lo banal pueda, por alguna interpretación jurídica, ser susceptible de ser sancionada por el Estado. El embrollo normativo acaba delegando en quienes ejecutan la ley el poder arbitrario, imperial y absolutista de seleccionar a quién afecta esta norma y a quién no. Esta es la esencia de la excepción. El exceso normativo equivale a la inexistencia de una norma. La hiperonimia tiene el mismo significado que la anomia.

Así, la hiperonimia, incluida la producción de normas de concepto impreciso, fenómeno que se da hoy en día en todo el mundo y especialmente en las sociedades del capitalismo periférico, somete a los ciudadanos a un poder arbitrario y de excepción, ya que no hay control de validez sobre el espectro normativo en el que existe la norma. Este fenómeno del Derecho y de la Teoría del Estado requiere atención. En la forma hipernómica, que genera el mismo efecto que la anomia, las relaciones entre el Estado y los individuos se dan bajo la aparente vigencia de un Estado de Derecho, cuando, en realidad, rige un Estado autoritario, en constante tensión con los valores democráticos.

6.

Autoritarismo líquido y *lawfare*

El término *lawfare* encontró proyección en el Derecho brasileño debido a las aportaciones de los ilustres abogados Cristiano Zanin Martins y Valeska Teixeira Zanin Martins, que lideraron la defensa del expresidente Luiz Inácio Lula da Silva en procesos penales y que, junto con el profesor Rafael Valim, elaboró la producción científica nacional más relevante sobre el tema⁴⁸.

Al constatar la insuficiencia de la dogmática jurídica clásica, así como de las teorías del abuso de derecho y de la autoridad, para responder a los desafíos impuestos por la manipulación del Derecho en los moldes dirigidos, en particular, por la comúnmente conocida como “Operación Lava Jato”, los autores se centraron, entre otras, en las investigaciones realizadas por Orde F. Kittrie⁴⁹, John L. Comaroff⁵⁰, Jean Comaroff⁵¹, Siri Gloppen⁵² y David Kennedy⁵³ y, finalmente, realizaron una producción científica que adoptó como premisa el concepto de *lawfare* como “el uso estratégico del derecho con el fin de deslegitimar, perjudicar o aniquilar a un enemigo”⁵⁴.

En efecto, desde el general norteamericano Charles J. Dunlap Jr, en 2001, revivió el término para señalar el uso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como arma de guerra contra las acciones militares de Estados Unidos⁵⁵, el tema ha sido objeto de tratamiento científico por parte de John Comaroff y Jean Comaroff, que lo calificaron como el uso del Derecho con fines de coerción política⁵⁶, por Orde F. Kittrie, que destacó los efectos similares de la guerra convencional para neutralizar a los adversarios⁵⁷ y, todavía, por Siri Gloppen, que, adoptando una concepción más estricta, la calificó como una estrategia jurídica destinada a algo más que al mero éxito procesal, sino a la transformación social⁵⁸.

Las prácticas de excepción realizadas, en particular, por las investigaciones y los procesos penales, pero que no se limitan a ellos, han puesto

de manifiesto la insuficiencia del clásico en la evaluación de la adecuación de sus procedimientos y la justicia de sus productos, así como en la respuesta a los desafíos del autoritarismo en la época contemporánea.

La dogmática clásica prescribe que la obediencia a la racionalidad jurídica -sobre todo en su pasividad, vinculación al Derecho, imparcialidad y deber de motivación- conferiría a la justicia una cualificación técnico-jurídica que legitimaría todas y cada una de las técnicas de decisión. Sin embargo, la teoría de la decisión jurídica no se subsume, como pretende el viejo procesalismo, a la mera comprensión de tales aspectos.

La excepción asume rasgos particularmente llamativos en el compromiso de la imparcialidad de la jurisdicción, incluso a través de la materialización de características no probadas de la identificación de un enemigo y la suspensión de derechos debido a la supuesta amenaza que representaría para el Estado.

En la lógica de la lucha contra el enemigo, los procesos de excepción socavaron el principio de imparcialidad en sus aspectos más básicos. Además, el autoritarismo líquido y las prácticas excepcionales se han extendido a varios ámbitos de la toma de decisiones del Estado. El autoritarismo líquido no se limita, por tanto, a las investigaciones y procedimientos penales, al derecho administrativo sancionador y a la toma de decisiones en la relación entre la administración pública y los administrados. Se extiende por todos los ámbitos de la acción estatal.

Las medidas de excepción, más allá de representar una violación de cierto formalismo procesal, han destruido la propia relación establecida entre el Estado y los individuos en términos de civilización, subvirtiendo nuestra propia democracia constitucional e, incluso, los procesos electorales, que se vieron contaminados por la severa injerencia de agentes estatales investidos de poderes persecutorios y jurisdiccionales.

Concretamente en relación con el Poder Judicial como agente de excepción, está produciendo paulatinamente decisiones que tienen una apariencia de compatibilidad constitucional y democrática, pero que se traducen en fraudes *sui generis* a la Constitución y, en consecuencia, en el vaciamiento del sentido de los derechos fundamentales, todo ello a través de decisiones que deconstruyen el Derecho, incluso con una finalidad eminentemente extrajurídica.

La excepción sofoca, en un simulacro, la soberanía popular, así como los instrumentos democráticos y republicanos, los derechos fundamentales y, a mayor escala, la cohesión social y el sentimiento de pertenencia. Por estas razones, la excepción materializada en tales fraudes no se identifica, al menos exclusiva o indistintamente, con la discrecionalidad judicial, propia de las concepciones analíticas del Derecho, con el “error judicial” (“*error in iudicando*” o “*error in procedendo*”), con la figura del juez solipsista que decide según su conciencia, con el mero abuso de derecho o de autoridad o, todavía, con cualquier caso inequívoco de activismo judicial u otras formas de decisionismo.

A la inversa de la evolución histórica del constitucionalismo, la deshumanización llevada a cabo por la excepción se produce eligiendo al enemigo y nombrándolo. Es el lenguaje que deshumaniza al enemigo a través del encuadre en una determinada categoría que le resta cualquier individualidad. En este contexto, la lógica de lo “lícito-ilícito”, propia del Derecho, es superada por la lógica del poder propia de la política. Dentro de un tribunal, el poder político de la toga supera, en la práctica, el poder de la ley. La acción soberana manipula el Derecho con fines extralegales en las más variadas instancias de decisión estatal.

La hiperonimia ha abierto el camino a los fraudes hermenéuticos que, a través del relato jurídico, atacan a enemigos imaginarios. En otras palabras, el Derecho es captado para que, a través de su lógica procesal y discursiva, sirva a los fines de una guerra sui generis. He aquí, por tanto, un Derecho manipulado para ajustarse

a los fines de una batalla contra un enemigo que debe ser neutralizado.

La mera valoración de la compatibilidad con los ritos y el lenguaje del Derecho no permite, por sí misma o al menos necesariamente, la confrontación de las tácticas de espejismo que hay detrás de autoritarismo líquido y lauffare. El Derecho como instrumento no convencional de combate requiere, además del mero análisis formal de los procedimientos, la adecuación del encuadramiento de los conceptos y las definiciones jurídicas, que se pongan al descubierto los artificios diluidos en las rutinas democráticas.

7.

Consideraciones finales

Una de las características del autoritarismo contemporáneo es, en lugar de la ruptura del Estado democrático por el establecimiento de un Estado de excepción, la inserción de mecanismos de autoritarismo líquido que coexisten, aunque en una relación parasitaria, con medidas democráticas y legítimas. El autoritarismo líquido, al igual que la densificación típica del Estado autoritario, es perjudicial. Confiere al Estado un poder que, diluido en la rutina democrática, debilita los mecanismos ordinarios de control.

Frente a los crecientes ataques contra la democracia y contra los derechos humanos y fundamentales, a través de las medidas de excepción propias de autoritarismo líquido y del uso del derecho como instrumento no convencional de combate, es necesario que, más allá del mero análisis formal de los procedimientos, del adecuado encuadramiento de los conceptos y de las definiciones jurídicas, se pongan al descubierto las argucias que, diluidas en las rutinas democráticas, hacen uso de la lógica y del discurso jurídico para neutralizar a hipotéticos enemigos.

Notas

1. BOBBIO, Norberto. *Contra os novos despotismos: escritos sobre o berlusconismo*. São Paulo: Unesp, 2016.
2. FERRAJOLI, Luigi. *Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana*. São Paulo: Saraiva, 2014.
3. DWORKIN, Ronald M. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. New Jersey: Princeton University, 2008.
4. SANTOS, Boaventura de Sousa. *A difícil democracia*. São Paulo: Boitempo, 2016.
5. AGAMBEM, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2011.
6. CASARA, Rubens R. R. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
7. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 169-170.
8. BODIN, Jean. *Les Six Livres de la République, Livro I, Capítulo VIII, p. 179*, apud RISCAL, Sandra Aparecida. *O conceito de soberania em Jean Bodin: um estudo do desenvolvimento das ideias de Administração Pública, Governo e Estado no século XVI*. UNICAMP, 2001, p. 5.
9. AGAMBEM, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 38.
10. SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 8.
11. SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 10.
12. AGAMBEM, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 56.
13. AGAMBEM, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 56.
14. AGAMBEM, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 58.
15. AGAMBEM, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 39.
16. TELES, Edson. *Entre justiça e violência: Estado de exceção das democracias do Brasil e da África do Sul*. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Orgs.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 301-302.
17. TELES, Edson. *Entre justiça e violência: Estado de exceção das democracias do Brasil e da África do Sul*. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Orgs.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 307.
18. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 2.
19. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo V, Coimbra: Coimbra, 2004, p. 12.

- 20.** TAVARES, André Ramos. Repartição de funções estatais: fundamento, estrutura e finalidade. *Revista do Advogado*. São Paulo. Vol. 23, n.º 73, p. 21-26, nov. 2003, p. 24.
- 21.** LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1986, p. 55.
- 22.** BURDEAU, Georges. Remarques sur la classification des fonctions étatiques. *Revue du droit public*. Paris, n.º 60, p. 202-228, 1945.
- 23.** CÍCERO, Marco Tulio. *Da república*. Livro I, Capítulo XLV. São Paulo: Atena, 1956.
- 24.** POLÍBIO. *História*. Brasília: UNB, 1985.
- 25.** LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Petrópolis: Edusf, 2006, capítulo XII, n.º 143.
- 26.** JELLINEK, Georg. *L'état moderne et son droit*. Tome 2, *Théorie juridique de l'Etat*. Paris: Pantheon-Assas, 2005.
- 27.** DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Vol. I, p. 219. Apud: CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Tomo I, Coimbra: Almedina, 2009, p. 151.
- 28.** DUGUIT, Léon. *Manuel de Droit Constitutionnel*. Paris: Pantheon-Assas, 2007, p. 26.
- 29.** CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Tomo I, Coimbra: Almedina, 2009, p. 166.
- 30.** CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Tomo I, Coimbra: Almedina, 2009, p. 168.
- 31.** MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo V, Coimbra: Coimbra, 2004, p. 22.
- 32.** CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de sociologia jurídica*. São Paulo: Atlas, 2019.
- 33.** DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. São Paulo: EDIPRO, 2016.
- 34.** DURKHEIM, É. *O suicídio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 322.
- 35.** MERTON, Robert K. *Estrutura social e anomia*. In: *Sociologia: teoria e estrutura*. São Paulo: Mestre Jou, 1970.
- 36.** AGAMBEM, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 74.
- 37.** AGAMBEM, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 58.
- 38.** AGAMBEM, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 72.
- 39.** AGAMBEM, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: UFMG, 2004, p. 26.

- 40.** AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: UFMG, 2004, p.35.
- 41.** AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: UFMG, 2004, p. 26.
- 42.** AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: UFMG, 2004, p. 25.
- 43.** ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001, p. 245.
- 44.** CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2013, p. 181.
- 45.** ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. *Lawfare: uma introdução*. São Paulo: Contracorrente, 2019.
- 46.** KITTRIE, Orde F. *Lawfare: law as a weapon of war*. Oxford: Oxford, 2016.
- 47.** COMAROFF, John L. *Colonialism, culture, and the law: a foreword*, *Law & Social Inquiry*, vol. 26, p. 305-314, 2001.
- 48.** COMAROFF, John L.; COMAROFF, Jean. *Law and disorder in the postcolony*, *Social Anthropology/Anthropologie Sociale*, University of Chicago, vol. 15, p. 133-152, 2006.
- 49.** GLOPPEN, Siri. *Conceptualizing lawfare: a typology & theoretical framework*. Disponível em: https://www.academia.edu/35608212/Conceptualizing_Lawfare_A_Typology_and_Theoretical_Framework. Acesso em: 26/09/2021.
- 50.** KENNEDY, David. *Of war and law*. Princeton: Princeton University, 2006.
- 51.** ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. *Lawfare: uma introdução*. São Paulo: Contracorrente, 2019, 26.
- 52.** DUNLAP JR., Charles J. *Law and military interventions: preserving humanitarian values in 21st century conflicts*. Conference Paper. Disponível em: <https://people.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf>. Acesso em: 26.09.2021.
- 53.** COMAROFF, John L.; COMAROFF, Jean. *Law and disorder in the postcolony*, *Social Anthropology/Anthropologie Sociale*, University of Chicago, vol. 15, p. 133-152, 2006, p. 144.
- 54.** KITTRIE, Orde F. *Lawfare: law as a weapon of war*. Oxford: Oxford, 2016, p. 8.
- 55.** GLOPPEN, Siri. *Conceptualizing lawfare: a typology & theoretical framework*. Disponível em: https://www.academia.edu/35608212/Conceptualizing_Lawfare_A_Typology_and_Theoretical_Framework. Acesso em: 26.09.2021.

Referencias

- AGAMBEM, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2011.
- AGAMBEM, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: UFMG, 2004.
- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.
- BOBBIO, Norberto. *Contra os novos despotismos: escritos sobre o berlusconismo*. São Paulo: Unesp, 2016.
- BODIN, Jean. *Les Six Livres de la République*, Livro I, Capítulo VIII, p. 179, apud RISCAL, Sandra Aparecida. *O conceito de soberania em Jean Bodin: um estudo do desenvolvimento das ideias de Administração Pública, Governo e Estado no século XVI*, UNICAMP.
- BURDEAU, Georges. *Remarques sur la classification des fonctions étatiques*. *Revue du droit public*. Paris, n.º 60, p. 202-228, 1945.
- CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Tomo I, Coimbra: Almedina, 2009.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2013.
- CASARA, Rubens R. R. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de sociologia jurídica*. São Paulo: Atlas, 2019.
- CÍCERO, Marco Tulio. *Da república*. Livro I, Capítulo XLV. São Paulo: Atena, 1956.

COMAROFF, John L.; COMAROFF, Jean. *Law and disorder in the postcolony*, *Social Anthropology/Anthropologie Sociale*, University of Chicago, vol. 15, p. 133-152, 2006.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DUGUIT, Léon. *Manuel de Droit Constitutionnel*. Paris: Pantheon-Assas, 2007.

DUGUIT, Léon. *Traité de droit constitutionnel*. Vol. I, p. 219. Apud: CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Tomo I, Coimbra: Almedina, 2009.

DUNLAP JR., Charles J. *Law and military interventions: preserving humanitarian values in 21st century conflicts*. Conference Paper. Disponível em: <https://people.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf>. Acesso em: 26 set. 2021.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. São Paulo: EDIPRO, 2016. DURKHEIM, É. *O suicídio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald M. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. New Jersey: Princeton University, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Poderes Selvagens: a crise da democracia italiana*. São Paulo: Saraiva, 2014.

GLOPPEN, Siri. *Conceptualizing lawfare: a typology & theoretical framework*. Disponível em: https://www.academia.edu/35608212/Conceptualizing_Lawfare_A_Typology_and_Theoretical_Framework. Acesso em: 26 set. 2021.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

JELLINEK, Georg. *L'état moderne et son droit*. Tome 2, *Théorie juridique de l'état*. Paris: Pantheon-Assas, 2005.

- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- KENNEDY, David. *Of war and law*. Princeton: Princeton University, 2006.
- KITTRIE, Orde F. *Lawfare: law as a weapon of war*. Oxford: Oxford, 2016.
- LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos*. Petrópolis: Edusf, 2006, capítulo XII, n.º 143.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona: Ariel, 1986.
- MERTON, Robert K. *Estrutura social e anomia*. In: *Sociologia: teoria e estrutura*. São Paulo: Mestre Jou, 1970.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo V, Coimbra: Coimbra, 2004.
- POLÍBIO. *História*. Brasília: UNB, 1985.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A difícil democracia*. São Paulo: Boitempo, 2016.
- SCHMITT, Carl. *Teologia política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *Autoritarismo e golpes na América Latina*. São Paulo: Alameda Casa Editorial, 2016.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TAVARES, André Ramos. *Repartição de funções estatais: fundamento, estrutura e finalidade*. *Revista do Advogado*. São Paulo. Vol. 23, n.º 73, p. 21-26, nov. 2003.
- TELES, Edson. *Entre justiça e violência: Estado de exceção das democracias do Brasil e da África do Sul*. In: *TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Orgs.). O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. *Lawfare: uma introdução*. São Paulo: Contracorrente, 2019.

9.

EE.UU. y el *lawfare* en América Latina.

Silvina Romano *

* Silvina M. Romano es Investigadora Adjunta del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) en el Instituto de Estudios de América Latina y el Caribe (IEALC). Es Doctora en Ciencia Política por el Centro de Estudios Avanzados de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC); Licenciada en Historia y Licenciada en Comunicación Social por la UNC. Coordina la Unidad de Análisis Geopolítico y el Observatorio de Lawfare del Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica (CELAG). Co-Coordina junto a Carol Proner y Baltasar Garzón el Consejo Latinoamericano de Justicia y Democracia del Grupo de Puebla. Integra los Grupos de Trabajo: Estudios sobre EE. UU. y Geopolítica en Integración Regional y Sistema Mundo de CLACSO.

Los últimos acontecimientos sobre la megacausa de corrupción en Brasil conocida como Lava Jato han generado críticas y alarmas, no sólo ante la evidente politización de la justicia en Brasil implicadas en la parcialidad del juez Sergio Moro a cargo de la causa, sino sobre la influencia de agencias del Gobierno y del sector privado de EE. UU. en los juicios –en particular en lo relativo a la sentencia y prisión del expresidente de Brasil Lula da Silva. Desde el inicio del juicio, la defensa de Lula da Silva advirtió sobre la existencia de un *lawfare* en contra del exmandatario. En 2019, el papa Francisco, uno de los grandes *influencers* a nivel mundial, comentaba sobre una “nueva forma de intervención exógena en los escenarios políticos de los países a través del uso indebido de procesos legales y tipificaciones judiciales” afirmando que “el *lawfare* pone en riesgo la democracia de los países” pues habilita “una impropia actuación judicial en combinación con prácticas mediáticas paralelas.

¿Qué es el *lawfare*? ¿Qué tiene que ver con las relaciones entre EE. UU. y América Latina? ¿cómo se visualiza o materializa? ¿Qué intereses podría involucrar? ¿Qué ejemplos concretos existen de la injerencia de EE. UU.?

En América Latina, a partir del golpe de Estado en Venezuela en 2002, cobraron materialidad y mayor visibilidad las tensiones entre estos procesos de cambio y los lineamientos políticos, económicos y de seguridad establecidos por sectores locales con importante influencia y proyección internacional, en cierta medida alineados al Gobierno y el sector privado de EE.UU. Se desplegaron diversas herramientas de poder duro y blando plasmadas en procesos de desestabilización e intentos deliberados de golpes de Estado para expulsar de la esfera política formal a sectores políticos del ámbito del progresismo o críticos de la ortodoxia neoliberal: golpe cívico-militar, golpe parlamentario, golpe mediático, guerra psicológica, guerra híbrida, con el objetivo de deslegitimar, desmoralizar y en última instancia expulsar de la política estas experiencias y su legado.

En esta ponencia se sostiene que el *lawfare*, la guerra por la vía judicial-mediática, se inscribe en este proceso de desarticulación de alternativas al neoliberalismo. Se presenta en primer lugar una revisión de los principales antecedentes de *lawfare* para luego postular una posible definición con el ánimo de delimitar y brindarle cierta operatividad al concepto en la coyuntura latinoamericana de los últimos 10 años. En una segunda parte, exponemos las dinámicas de injerencia de EE. UU. en las dimensiones que conforman el proceso de *lawfare*, recuperando los casos de Brasil, Ecuador y Argentina, siendo el caso de Brasil el más extenso (por las fuentes disponibles y su impacto en los niveles regional e internacional). Se finaliza con una breve reflexión sobre el *lawfare* en la era Trump.

1. Antecedentes

La noción de *lawfare* como la utilización de la ley como un arma para lograr objetivos militares, en el marco de guerras asimétricas, no convencionales, etc. (Dunlap 2001, 2009; Kittrrie, 2016). Se lo plantea como parte de las nuevas guerras híbridas (Andrei Josan, 2015; Munoz Mosquera y Doy Bachmann, 2016), desde una perspectiva que caracteriza el nuevo tipo de amenazas de países como China y Rusia (y actores vinculados a ellos) revitalizando el relato de Guerra Fría. Estos enfoques se basan en una noción de relaciones internacionales y derecho internacional en la que EE. UU. y las potencias occidentales se ven amenazadas por el uso de estrategias de *lawfare* por parte de sectores o gobiernos no aliados, como un arma para debilitar el liderazgo de EE. UU.

En América Latina, no obstante, se recogen los aportes críticos realizados desde diversas disciplinas, y han proliferado posturas que, si bien retoman la noción de *lawfare* como uso de la ley como un arma, lo conciben de modo inverso al planteado por el *mainstream*: sería una de las estrategias utilizadas por las potencias occidenta-

les para lograr sus objetivos particularmente en espacios periféricos, como una herramienta de reproducción de la dependencia y la colonialidad (Mutua, 2000; Commaroff y Commaroff, 2006; Irani, 2017). Lo definen como guerra política por la vía judicial, o como la persecución por la vía judicial-mediática para eliminar al enemigo político (Zaffaroni, Caamaño, Vegh Weis, 2021; Proner, et. al., 2018; Zanin Martins; Teixeira Zanin y Valim, 2018). Varios antecedentes también abordan el rol de los medios de comunicación y su impacto en la política, la espectacularización y mediatización de la política (Thompson, 2000; Damgaard, 2018; Beale, 2016; Castro, 2020), incluido el tema de corrupción y casos judiciales, en particular centrados en el Lava Jato (Feres Junior y Sassara, 2016; Oliveira, 2012; Callegari, Fernandes Dias y Guerra Zaghout, 2020; Cioccarei, 2015).

Se trataría de una guerra que articula diversas dimensiones y actores, locales e internacionales, para cubrir intereses económicos, políticos y geopolíticos deliberadamente ocultos a la opinión pública y que, en última instancia, se corresponden con la restauración o refuerzo de la vía neoliberal (Romano 2020; Vollenweider y Romano, 2017). Esta multidimensionalidad, diversidad de actores y estrategias emparentan el *lawfare* con la guerra híbrida, concebida como una continuidad de la guerra psicológica y política aplicada en América Latina durante la Guerra Fría (Romano, Tirado y Sojo, 2019) y de las estrategias implementadas por EE. UU. para ampliar su hegemonía (Korybko, 2019). Desde este ángulo, se suele entender el *lawfare* como componente de los denominados golpes blandos, entendidos como procesos de desestabilización orientados al “cambio de régimen” o el derrocamiento de gobiernos, centrados en herramientas de poder blando, instrumentos institucionales, legales y administrativos que no requieren de la actuación directa de las FF. AA. y que cuentan con la injerencia directa o indirecta de EE. UU⁴.

Considerando los antecedentes académicos y los procesos políticos en América Latina, postulamos que el *lawfare* es una guerra política por la vía judicial, centrada en el uso indebido de herramientas ju

rídicas para la persecución política; la aplicación de la ley como un arma para destruir al adversario político por la vía judicial. Opera “desde arriba”, por medio de un aparato judicial que representa a una élite económica y política, y que se eleva por encima del Poder Legislativo y del Ejecutivo, ampliando el margen de maniobra y poder para los jueces, allanando el terreno para una creciente juristocracia. Propiciando desde arriba el vaciamiento y la anulación de la política como posibilidad de cambio. A este encumbramiento del aparato judicial se suman los medios de comunicación y redes sociales, que operan manufacturando consenso en contra o a favor de determinadas personalidades, grupos o sectores políticos, recurriendo a voces expertas y contribuyendo a la reproducción de la ideología hegemónica. La eliminación y la desmoralización del adversario político se concretan especialmente en el plano de la opinión pública, en momentos políticos clave. El objetivo de este tipo de guerra es mantener el status quo neoliberal o promover un retorno a ese orden, incluso apelando a la violencia, al miedo y al Estado de excepción, bajo una apariencia de legalidad.¹

En el proceso de *lawfare*, en cada una de sus dimensiones, se percibe de modo directo o indirecto, según el contexto, el *timing* político y los intereses implicados, la presencia de agencias del gobierno estadounidense y/o actores de su sector privado.

2.

Injerencia de EE. UU. en casos de *lawfare*: EE. UU. en la Operación Lava Jato

Antecedente:

Embajada e impeachment a Dilma Rousseff

El rol activo de EE. UU. en la Operación Lava Jato proviene de experiencias previas, en particular el papel de la Embajada estadounidense y el golpe de Estado a Dilma Rousseff. En ese proceso, se des-

taca la presencia de Liliana Ayalde como embajadora de EE. UU. en Brasil (Brasil Wire, 13 octubre 2015); que había sido embajadora en Paraguay durante la preparación del golpe de Estado a Fernando Lugo (2012), golpe con el que mantiene características similares, tras la fachada de juicios políticos

Otra figura clave es la de Michel Temer, no sólo por haber sido el presidente de facto luego del golpe, sino como informante de la Embajada de EE. UU. En una de sus reuniones allí, comentaba que el triunfo de Lula había generado una gran esperanza en el pueblo brasileño, pero que su gestión era decepcionante. Advertía que Lula tenía una visión muy estrecha y que ponía demasiada atención en programas de seguridad social que no generarían desarrollo económico alguno, temía por este giro a la izquierda. También acusaba al PT de corrupción y fraude electoral –cargos similares a los que se utilizaron como pilar del golpe a Dilma, además de sugerir quitar del poder al PT (WikiLeaks, 22 enero 2006).

Otro actor muy cercano a EE. UU. y a la Embajada es Aloysio Nunes, del PSDB (principal partido opositor) y una de las figuras clave en el *impeachment* que se haría en el Senado. Al día siguiente del *impeachment* en la Cámara de Diputados, Nunes viajó a EE. UU. por tres días, autorizado por Michel Temer como “visita oficial”. Se reunió con Bob Corker y Ben Cardin del Comité de Relaciones Exteriores del Senado, también con el exembajador de EE. UU. en Brasil Thomas Shannon y con el lobby del grupo empresarial Albright Stonebridge, dirigido por la exsecretaria de Estado de Bill Clinton, Madeleine Albright, y por Carlos Gutiérrez, exsecretario de comercio de Bush y exCEO de Kellogg (Greenwald, Fishman y Miranda, 2016).

EE. UU. y la construcción de la Lava Jato: Departamento de Justicia y el FBI

La articulación de EE. UU. con la Lava Jato adquirió visibilidad cuando el Departamento de Justicia abrió una causa en contra de la

brasileña Odebrecht, mediante la FCPA (Foreign Corrupt Practices Act), en diciembre de 2016. Se presumía entonces sobre la participación de agentes del gobierno de EE. UU. en el caso, colaborando por la vía legal. Sin embargo, existen numerosas pruebas de que venían trabajando en la causa Lava Jato desde hacía tiempo, por fuera de los marcos legales establecidos para la colaboración en causas judiciales. Por ejemplo, en octubre de 2015, 17 agentes del FBI estuvieron en Curitiba, en una conferencia de cuatro días sobre la Operación Lava Jato, liderada por Deltan Dallagnol, quien recordó que “los estadounidenses prefieren que no divulguemos este tipo de cosas”. Facilitaron los esfuerzos de EE. UU. para conseguir testigos en las investigaciones sobre corrupción en Petrobras, evitando el procedimiento establecido en tratados multilaterales², lo que habría requerido más tiempo y trámites burocráticos. Se fue inclinando así la balanza a favor de EE. UU. en el caso Lava Jato (Fishman, Viana y Saleh, 2020).

Funcionarios de EE. UU. también participaron en la elaboración de la causa del Triplex de Guarujá, principal causa por corrupción abierta contra Lula da Silva (Salas Oroño, 2019; Proner, Cittadino, Ricobom y Dornelles, 2018). Dos altos funcionarios del aparato de justicia de EE. UU.³ afirmaron que existió una cooperación “por fuera de los procedimientos oficiales” entre funcionarios de EE. UU. y los altos mandos que llevaban la causa Lava Jato, y en la causa de Lula en particular (Brasil Wire, 16 marzo 2018).

Otro eslabón clave de la injerencia de EE. UU. es el accionar del juez Sergio Moro exministro de Justicia del gobierno de Jair Bolsonaro (en ese momento, juez federal de la 13ra Sala Federal de Curitiba), que se caracterizó por su perfil mediático a lo largo del juicio, mostrando una aceptada relación con medios de comunicación concentrados, ejemplificada en la filtración para la prensa del contenido de las escuchas telefónicas entre Lula da Silva y la entonces presidenta, Dilma Rousseff (Ribeiro, 2018). Moro fue uno de los asistentes destacados en uno de los cursos de asesoramiento sobre lavado

de dinero impartidos por el Departamento de Justicia de EE. UU. en el marco del Proyecto Puentes de 2009 (WikiLeaks, 2009). También existen evidencias sobre su vínculo (y el del aparato judicial de Curitiba) con asesores legales estadounidenses presentes en Curitiba durante el Lava Jato, así como las relaciones institucionales y personales de Moro con burós de abogados, universidades y *think tanks* estadounidenses en las que dio conferencias afirmando que Lula era culpable, mucho antes de concretarse el debido proceso y la sentencia (Brasil Wire, 16 junio 2019).

Un dato importante es que a partir del caso Lava Jato y la causa Odebrecht se generaliza la figura de la delación premiada (quitarles o reducirles la pena a aquellos que se prestaran a delatar a otros), ampliamente promovida por los cursos y la asesoría del aparato judicial de EE. UU. en América Latina.

Las voces expertas y el lobby prolawfare

Pero esta actuación del Departamento de Justicia, el FBI, etc. no constituyó un hecho aislado. Se fue combinando con la opinión experta, tejiendo un relato y promoviendo un consenso para preparar un escenario favorable en la opinión pública sobre una inminente y urgente guerra contra la corrupción (Romano, García Fernández y Lajtman, 2020). Varios Think Tanks de EE. UU. tuvieron un rol activo en ese proceso. Uno de ellos, con gran presencia en el ámbito empresarial de Brasil es el Americas Society/Council of the Americas (AS/COA), fundado por David Rockefeller y que desde la década del 60 aboga por la vía neoliberal. Su mesa directiva está compuesta por CEO de multinacionales de diversos rubros, incluidos medios de comunicación: José A Bastos, de Merck Brazil; Mattos Filho, de VeigaFilho; Marrey Jr. E Quiroga Advogados, de Brasil; Cesar Cernuda de Microsoft Latinamerica; DonnaHrinak de Boeing; Brian Malnak de Shell; Erik Oswald de Exxon-Exploration Company; ClayNeff de Chevron Corporation; Agustin Mayer, de Ferrere Abogados; John M. Moncure de Financial Times⁴.

El AS/COA publica la revista *Americas Quarterly*, medio que reiteradamente recordó la “acertada decisión” de destituir a Rousseff. Meses después del golpe advertía que: “no fue un golpe”; “las instituciones democráticas están funcionando”; “el *impeachment* fue positivo para Brasil” (Romano, Lajtman y García, 2018). Destaca el número de *Americas Quarterly* con la portada “Corruption Busters” donde Sergio Moro aparece en calidad de superhéroe de la anticorrupción

Otro Think Tank que siguió de cerca el Lava jato es el Inter American Dialogue (IAD). Además de elaborar informes y brindar declaraciones a medios de prensa, expuso frente al Congreso de EE. UU. los hallazgos de sus investigaciones sobre la corrupción en América Latina y Brasil (IAD, 26 de marzo 2019). En esta presentación propuso una serie de recomendaciones para el Congreso, entre ellas: utilizar la FCPA como herramienta de poder blando, que los embajadores estadounidenses asistan a los juicios clave realizados en América Latina, continuar asistiendo a periodismo de investigación y sociedad civil. El Center for Strategic and International Studies (CSIS), unos meses antes del derrocamiento de Rousseff, realizó un evento en el que los expertos “predijeron” (o anunciaron) que Rousseff no llegaría a finalizar su mandato, debido a la crisis económica y las investigaciones por corrupción que involucraban a Petrobras y al Partido de los Trabajadores. En el mismo encuentro, representantes de Medley Global Advisor (NY) exponían con claridad que lo que “realmente se necesita tanto en Brasil como en Venezuela es la estabilización política antes de una estabilización económica” (Snow, 2016).

El Atlantic Council también jugó un importante rol en la Lava Jato, operando a través del exprocurador general Rodrigo Janot (miembro de AS/COA), que promovió encuentros con miembros del Departamento de Justicia de EE. UU. que luego se vincularon con el grupo de Curitiba (liderado por Sergio Moro) que coordinó el caso. Varias declaraciones y publicaciones del Atlantic Council dan cuenta de la postura abiertamente contraria al Partido de los Trabajadores: “Las decisiones de los tres jueces que defienden la condena de Lula –y au-

mentar su sentencia de nueve años y seis meses, a 12 años y un mes- es histórica para los brasileños que desean justicia” (Nassif, 2018)

3.

Impacto en la prensa

La desmoralización y criminalización de Dilma Rousseff y Lula da Silva en la opinión pública fueron el corazón del Lava Jato, junto con la instrumentalización política del aparato judicial y se sostuvo durante años no sólo a nivel nacional, sino a nivel internacional. Es uno de los aspectos más estudiados⁵ y con vínculos trazados de forma clara con las operaciones psicológicas.

El dato más contundente es que el juez a cargo de la causa, Sergio Moro, entregó a los principales medios de prensa una conversación privada (obtenida de forma ilegal) entre Dilma Rousseff y Lula da Silva que desató un escándalo (Ribeiro, 2018: 576). Aunque Moro al poco tiempo destacó que había sido un acto indebido, el impacto y el consenso negativo en la opinión pública en torno a los mandatarios del PT, ya se habían logrado. También destaca la revista *Veja*, que publicó una nota de portada culpando a Lula da Silva y Rousseff de todos los escándalos de corrupción, titulaba: “Dilma e Lula sabiam de tudo, diz Alberto Youssef a FP” (Bonin, 2014). Basaron esta publicación en la delación premiada de un involucrado en la causa, que negó luego el conocimiento de esta información (Gazeta do Povo, 2014)

Otro momento de gran alcance mediático fue la detención de Lula da Silva. Con la prensa y decenas de policías en la puerta de su casa, sin la presencia de sus abogados, lo obligaron a salir y lo transportaron al aeropuerto. Se dedicaron cientos de portadas de diarios y numerosas horas de televisión a mostrar la imagen de Lula conducido por la Policía, reforzando la idea de que la corrupción –como exclusividad del PT– estaba siendo abatida por el juez Sergio Moro (Vollenweider y Romano, 2017).

En EE. UU., los medios contribuyeron a la proyección del Lava Jato y la criminalización del Partido de los Trabajadores, a la vez que realizaban el papel “heroico” del juez Moro:

- *Brazil workers party leader intoxicated power falls from grace (The New York Times, 13 de mayo 2016)*
- *Ex presidente de Brasil sentenciado a casi diez años de cárcel por corrupción (The New York Times, 12 de julio, 2017)*
- *Former Brazilian president Lula convicted of corruption and money laundering (The Washington Post, 12 de Julio, 2017)*
- *A Judge’s bid to clean up Brazil from the bench (The New York Times, 25 de Agosto, 2017)*
- *Lula, once Brazil’s most popular politician, faces ruling that could send him to jail (The Washington Post, 23 de enero, 2018)*
- *Brazilian court upholds corruption conviction of former president Lula, potentially ending his political career (The Washington Post, 24 de enero, 2018)*
- *Spektor (2016) “Corruption busters: Sergio Moro”. Americas Quarterly, Council of the Americas (COA)*
- *Latin America Advisor (8 febrero 2017) “What is the long-term impact of the Petrobras scandal?”, Inter American Dialogue (IAD)*

Intereses geopolíticos y geoeconómicos en juego

Un ejemplo de los intereses geopolíticos en juego es el de las reservas de hidrocarburos descubiertas en aguas submarinas brasileñas durante la administración de Lula da Silva, las reservas del Pre-Sal (2005). Desde ese momento, se decide que serán gestionadas por Petrobras, empresa nacional de petróleo. No obstante, la importancia de los yacimientos atrajo múltiples interesados. En los documentos WikiLeaks se puede hacer un seguimiento del lobby de petroleras y empresas del complejo industrial-militar estadounidense para acceder a estas reservas (Kozloff, 2013; Romano y Salas Oroño, 2017). Pasados dos meses del *impeachment* a Rousseff, Chevron, Exxon Mo-

bil, Repsol, Statoil, Royal Dutch Shell invirtieron para ganar licitaciones de bloques petroleros *offshore* (en plataforma submarina brasileña) (Romano, García Fernández y Lajtman, 2018). En 2019, las reservas del PreSal aportaron el 61,3 % de la producción nacional total de hidrocarburos, en un marco de descapitalización de las empresas estatales, incluida Petrobras, que ese año invirtió 36,1 % menos que en 2018 (CESLA, 3 febrero 2020).

Otro ejemplo es el del uso de la base de Alcántara por parte de fuerzas de seguridad de EE. UU., que durante el gobierno de Lula no fue permitido y se volvió a habilitar bajo la gestión de Temer. Desde entonces, representantes de empresas estadounidenses como Lockheed Martin, Boeing, Vector Space Systems y Microcosm visitaron la instalación y demostraron interés en la utilización de la misma para el lanzamiento de satélites. En 2019, Boeing concretó la compra de la estatal de aviones brasileña, Embraer (CESLA, 29 enero 2020) y se firmaron acuerdos para lanzamientos espaciales desde la base brasileña, con tecnología estadounidense (US. Embassy, 26 noviembre 2019). Se suman nuevos acuerdos bilaterales para patentar descubrimientos científicos en conjunto con EE. UU. y para el desarrollo de energía nuclear con fines pacíficos. Este último rubro, durante las gestiones de Lula da Silva, había sido desarrollado en conjunto con Francia, de cara a la construcción de un astillero para submarinos nucleares. En varios documentos filtrados se explica la urgencia de que el desarrollo nuclear y aeroespacial fuera liderado por empresas estadounidenses como Boeing –en lugar de empresas francesas (WikiLeaks, 2010).

Otro rubro de interés para el sector público-privado de EE. UU. es el de infraestructura. La implosión de la constructora Odebrecht tuvo repercusiones en el desarrollo en infraestructura en toda la región. Dejó vacantes cientos de proyectos y otros a mitad de construcción. En 2019, el secretario del Tesoro estadounidense, Wilbur Ross, advirtió que el aliado preferencial para la expansión de EE. UU. en infraestructura es Brasil, con quien se firmó un Memorándum de

Entendimiento que privilegia inversiones estadounidenses en ese rubro (Romano, García Fernández y Lajtman, 2019).

Es significativo que en una entrevista a Thomas Shannon, exembajador de EE. UU. en Brasil, declarase que “el gobierno de EE. UU. estaba muy preocupado por las iniciativas de Brasil para crear un bloque sólido en América del Sur con tendencias hacia el progresismo de izquierda, y el lugar que Odebrecht en dicho proceso [pues eso era] un obstáculo para resucitar un acuerdo de libre comercio a nivel continental”.

El gobierno de Bolsonaro se destaca por un aumento de la dependencia en términos de seguridad con EE. UU., vinculado a incursión de EE. UU. en territorio y espacio aéreo brasileño, así como acceso a recursos estratégicos y creciente cooperación (cooptación) en el ámbito del desarrollo tecnológico del país (Romano, 2020a). Brasil pasó de ser una de las potencias emergentes en los niveles global y regional, con una economía fuerte y capacidad de liderazgo, a ser un país sumido en el caos. Y es precisamente ese el objetivo del *lawfare* como eslabón de una guerra a mediano plazo, la guerra híbrida, que podría explicar lo que está sucediendo en Brasil. Lo cierto es que el Brasil de Bolsonaro ya no es competencia para EE. UU.

EE. UU. y el lawfare en Ecuador

Con la llegada al gobierno de Lenín Moreno, se esperaba una continuidad del proceso de cambio iniciado por Alianza País, el partido liderado por Rafael Correa. Sin embargo, en un giro en ese entonces sorpresivo, apenas iniciado su mandato, Moreno centró sus energías en una guerra contra la corrupción que se tradujo en una persistente persecución por la vía judicial contra Rafael Correa y los y las funcionarias y militantes vinculados al líder. La sorpresa y las dudas sobre el accionar de Moreno se fueron aclarando en la medida en que apareció documentación sobre sus vínculos con varios sectores de la derecha y, sobre todo, cuando se publicaron ca-

bles WikiLeaks que ponían en evidencia su relación con la embajada estadounidense –no es un hecho fortuito que el Lenín Moreno haya quitado el apoyo a Assange, exacerbando su judicialización y criminalización, dejándolo prácticamente en manos del gobierno estadounidense.

Esta 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, proscripción o inhabilitación del partido político (*El País*, 21 julio 2020), e incluso reforma de la constitución⁶ 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 (al igual que durante las dictaduras cívico-militares desde los 70). El nivel de criminalización del enemigo político y los métodos utilizados para la persecución incluyen el miedo e incluso el terror en los implicados y familiares, marcando un preocupante paso del *lawfare* al *lawfear* (Romano y Vollenweider, 2020).

Desde el cambio de gobierno, se abrieron causas contra al menos 300 funcionarios y asambleístas de Alianza País por enriquecimiento ilícito, asociación ilícita, peculado, delincuencia organizada, instigación, lavado de activos, tráfico de influencias, entre otras⁷. El primero que cayó fue el Jorge Glas, vicepresidente, quien está preso desde octubre de 2017, sin evidencias que justifiquen su arresto –condenado en primera instancia a seis años de cárcel, acusado de sobornos a la constructora Odebrecht (Gómez Daza y Calderón Castillo, 2019). Al expresidente Correa le abrieron al menos 12 causas. La sentencia más reciente es por el Caso Sobornos (2020), sin embargo, la persecución comenzó en 2017, destacando el “Caso Balda”, que dejó al expresidente en condición de “prófugo de la justicia” (pues ya residía en el extranjero antes del proceso judicial). El gobierno de Lenín Moreno intentó, sin éxito, que Interpol lo detuvie

ra, pero el organismo consideró la solicitud como una violación a los derechos del expresidente, lo mismo intentó contra el excanciller Roberto Patifño, exiliado en México. El organismo también se negó.

El escenario se agravó a partir de la ola de protestas desatada en octubre de 2019 contra el paquetazo de medidas neoliberales, que fue contrarrestada con una fuerte represión a manos de las fuerzas de seguridad: 1.192 personas detenidas y 1.340 heridas (*La Vanguardia*, 17 octubre 2019). En ese contexto, allanaron locales de la oposición al Gobierno, casas particulares y dictaron prisión preventiva y cárcel para numerosos representantes, funcionarios y militantes vinculados al correísmo. Destacan los casos de Paola Pabón, Virgilio Hernández, Christian González, acusados de rebelión por haber participado en las manifestaciones. A partir de ese momento varios funcionarios y asambleístas pidieron refugio a México, ante la virulencia de la persecución política (GK, 9 enero 2020).

EE. UU. y el Caso Sobornos

Con respecto a la injerencia de EE. UU., es significativo el Caso Sobornos, por el cual se acusa de corrupción al expresidente Correa (y varios de sus funcionarios) y se lo sentencia a ocho años de prisión y 25 años de prohibición para participar en actividades políticas.

En diversos medios de comunicación se expuso que el Caso Sobornos surgió “después de que la Fiscalía iniciase la investigación en abril del 2019 tras una publicación periodística del portal *Mil Hojas* en la que se exponían los nombres en clave de los altos cargos y los empresarios supuestamente implicados” (*El País*, 7 abril, 2020). *Mil Hojas* es una fundación financiada por la National Endowment for Democracy (NED), organismo bipartidista que depende de la USAID, del Departamento de Estado⁸. En 2018 recibió 55.000 dólares.⁹

En enero 2014, *El Telégrafo* (prensa ecuatoriana) publicó un informe especial sobre el financiamiento de la USAID en Ecuador, afir-

mando que la NED financiaría un proyecto mediático en Ecuador. Allí figura el proyecto de *Mil Hojas* y el rol protagónico del periodista del diario *El Universo*, Christian Zurita. *Mil Hojas* tendría por objetivo potenciar la oposición al gobierno ecuatoriano con un medio de comunicación propio en Internet y Zurita sería uno de los encargados de “investigar lo que la agenda propusiera” (*El Telégrafo*, 6 enero 2014). En el proyecto inicial, también participó el periodista ecuatoriano Juan Carlos Calderón, en su momento (y hasta la actualidad) director del medio Digital PLAN V, también financiado por la NED¹⁰. De este proyecto también participa el periodista Fernando Villavicencio¹¹, presidente de la Comisión de Fiscalización de la Asamblea Nacional (gobierno Guillermo Lasso). Juan Carlos Calderón, es también director de FUNDAMEDIOS (Fundación Andina para la Observación y Estudio de Medios), que también recibe financiamiento de la NED, en 2018 recibió 65.000 dólares¹². En el transcurso del Caso Sobornos, la Fiscalía llamó a atestiguar al policía Fausto Fuentes, quien afirmó que en la causa realizó diez partes policiales, entre los que estaba el elaborado el 3 de mayo (2019), que dio origen a la investigación. Explicó que en una verificación rutinaria de redes sociales conoció una noticia sobre un presunto delito que aparecía en la cuenta de Twitter de la Fundación Mil Hojas sobre una “Receta Arroz Verde”. Según él, la fuente informativa hablaba de un supuesto financiamiento a la campaña del expresidente Rafael Correa y del ex vicepresidente Jorge Glas, del 2013. Al ser consultado por la defensa del exmandatario Correa, Fausto Jarrín, sobre cuántos partes él habría suscrito a partir de noticias de Twitter, él reconoció que era el primer parte que hacía sobre noticias encontradas en esa red social (*El Universo*, 12 febrero 2019).

La Fiscalía también llamó a atestiguar al periodista Christian Zurita como autor de “arroz verde” publicada en portal *Mil Hojas*. Zurita no reveló la fuente de la que obtuvo más de 6.000 documentos analizados para la nota periodística en un mes y medio, entre marzo y abril de 2019 (*El Universo*, 12 febrero 2019), abriendo importantes sospechas sobre vínculos privilegiados con inteligencia. Se suma

ron el exlegislador César Montúfar y el periodista Fernando Villavicencio¹³, que realizaron una acusación particular en el caso Sobornos 2012-2016, rubricada y firmada a finales de agosto de 2019 ante la Corte Nacional de Justicia (CNJ). Acusaron a cinco exfuncionarios públicos, entre ellos el expresidente Rafael Correa, al ex vicepresidente Jorge Glas, y cuatro empresarios (*El Universo*, 29 agosto 2019). Una de las fuentes que les sirvió de soporte para la acusación fue la investigación de *Mil Hojas* sobre la causa Odebrecht¹⁴. Un dato clave es que Montúfar fue director de la Corporación de Participación Ciudadana, ONG también financiada por la NED (Solís, 2005), y presentó tempranamente una denuncia contra Jorge Glas por delincuencia organizada.

4.

Proyección internacional del *lawfare*

En pleno desarrollo de la Causa Sobornos, en febrero de 2020, la Corte Interamericana de Derechos Humanos atendió una denuncia de *El Universo* contra Correa por “difamación”. La denuncia es apoyada por el Comité de Protección de Periodistas (Committee to Protect Journalists, CPJ). Nótese que la información detallada sobre Caso Sobornos (enunciada arriba) la publica *El Universo* y que Christian Zurita, uno de los periodistas protagonistas de la causa, tiene vínculos con ese diario.

El CPJ tiene base en Nueva York, desde 1981. Encabeza el Grupo de Asesores en América (incluida América Latina), Andrés Oppenheimer, uno de los periodistas abiertamente opositores a los progresismos en la región. Su presidenta es Karmen Toulon, de Bloomberg News, y varios de los miembros asesores provienen del *NYT*, *New Yorker*, *The Nation*, etc. (el *establishment* liberal de los medios hegemónicos).

En la misma línea, Fundamedios, dirigido por Juan Carlos Calderón, informa que es miembro de la International Freedom of Expression

Exchange, la Sociedad Interamericana de Prensa, y que cuenta (entre otros) con los siguientes socios: NED; USAID; Konrad Adenauer Stiftung; Friedrich Ebert Stiftung; Open Society Foundations; Banco Pichincha; District Design Group; CAF Banco de Desarrollo de América Latina; IFEX; The Freedom House. Cada uno de estos organismos tiene un historial propio y articulado de injerencia en la región, a través de la asistencia para el desarrollo y la manufacturación de la opinión pública¹⁵.

El gobierno de Lenín Moreno implicó a todas luces una reversión de procesos caracterizada por la renuncia a políticas soberanas, acompañadas por el estrechamiento de los vínculos con EE. UU, a través de nuevos acuerdos con su sector público-privado¹⁶: en materia de seguridad/militar, garantizando el acceso a recursos estratégicos –recordando que durante el mandato de Correa se negó el acceso a la base de Manta– sumando un aliado a la guerra híbrida librada contra Venezuela, permitiendo la presencia de la DEA y el FBI; en materia de asistencia para el desarrollo, propiciando el retorno de la USAID y el alineamiento a las Instituciones Financieras Internacionales, que estuvieron en tensión con los gobiernos de Correa. Los resultados perniciosos de estas políticas para las mayorías, quedaron al descubierto durante la ola de protestas de octubre de 2019.

5.

EE. UU. y las causas anti-K en Argentina

La causa Nisman (y el rol de EE. UU.)

En el mes de enero de 2015, a inicios del año electoral, se culpó a la presidenta Cristina Fernández de la muerte del fiscal Nisman. El fiscal fue encontrado muerto en su departamento, un día antes a presentar pruebas culpando a la presidenta de “traición a la patria”; la acusaba de “decidir, negociar y organizar la impunidad de los prófugos iraníes en la causa Asociación de Mutuales Israelíes Ar

gentinas (AMIA) con el propósito de fabricar la inocencia de Irán”. Este encubrimiento habría sido acordado con Irán en el marco de un Acuerdo de Entendimiento bilateral. Indudablemente, esta acusación y la muerte del fiscal generaron una gran desestabilización en el Gobierno (Vollenweider y Romano, 2017).

Durante las gestiones kirchneristas, Nisman había llevado adelante la investigación sobre el atentado a la AMIA de 1994, atentado que desde un inicio fue atribuido a “terroristas iraníes”. La prensa tendió a olvidar a los otros posibles culpables barajados en ese momento, que incluían actores del eje Israel-EE. UU. En esta línea, son sospechosos los extractos de documento de la Embajada de EE. UU. en Buenos Aires relativos al caso AMIA, donde aparecen afirmaciones que aluden a que se estaba ganando la batalla de la opinión pública para convencer de que Irán había sido responsable a pesar de que no había evidencias duras. Desde ese momento, el objetivo fue aislar políticamente a Irán, culpándolo sin pruebas de ese acto terrorista. Por eso toda investigación que llegaba a conclusiones que se alejara de la pista iraní era descartada por los altos mandos de Washington, incluso algunas producidas por instituciones oficiales estadounidenses (Escudé, 2015).

El caso se desarrolló a lo largo de varios años, con marchas y contramarchas: cambios de jueces a cargo y con fuertes intereses geopolíticos en juego. Entre otras irregularidades, existen pruebas de que Nisman informaba periódicamente de los avances de la investigación a la Embajada estadounidense en Argentina. Sergio Burstein, dirigente de Familiares y Amigos de Víctimas de la AMIA, aseguró que cuando pidió a Nisman que le pasara traducidos al inglés todos los papeles sobre el rol de Irán en el atentado, recibió los archivos traducidos no por un traductor de la Fiscalía, sino por un traductor de la Embajada de EE. UU. en Buenos Aires.

De este entramado hablaron poco los medios y se centraron en cambio en la denuncia que había hecho Nisman a la presidenta Kirchner

por haber “fabricado la inocencia” de los supuestos perpetradores del atentado a la AMIA, en complicidad con el gobierno de Irán, a cambio de beneficios comerciales y políticos. Aunque no existieron pruebas fehacientes, el linchamiento mediático operó con éxito en año electoral: ni siquiera el resultado del proceso judicial logró revertir esa imagen que se materializó, por ejemplo, en la consigna “todos somos Nisman”.

En efecto, en junio de 2020, se publicó documentación que da cuenta de que Cristina Fernández de Kirchner no intentó encubrir a los iraníes que podrían haber estado implicados en la causa de la AMIA. La Interpol advierte que el memorándum de entendimiento con el país de Medio Oriente hacía explícito que no se abordaría ese asunto sensible (Página 12, 26 junio 2020).

Causa Cuadernos y espionaje: la presencia de EE. UU.

Sin embargo, la causa por corrupción más importante contra Cristina Fernández y varios de sus funcionarios es la Causa Cuadernos, abierta durante el gobierno de Mauricio Macri, construida en torno al trabajo de inteligencia realizado por algunos funcionarios de turno, así como la presencia de personal de diversas áreas del gobierno estadounidense interesados en seguir de cerca los casos judiciales y proveer asesoramiento.

El gobierno de Macri convocó la presencia expertos del Departamento del Tesoro y de la Comisión de Valores para asesoría y capacitación en la lucha contra el lavado de dinero en la Comisión Nacional de Valores (CNV). En las reuniones (del 10 al 14 de diciembre 2018) destacó (por su repetición) la figura del delator (en continuidad con el protagonismo que se viene dando a la delación premiada como recurso a veces principal de los juicios por corrupción en Brasil). El mismo año, desarrolló tareas una misión del Departamento de Justicia, también focalizando en la figura del delator, y les aseguraron que para colaborar con EE. UU. no era necesario hacerlo vía

Cancillería, sino que podían escribirles directamente a sus casillas de correo personales (al igual que en Brasil, facilitar la comunicación saltando los obstáculos burocráticos, es decir, incumpliendo la legalidad) (Vollenweider, 2019).

No obstante, fue a partir de la detención de Marcelo D'Alessio (falso abogado que resultó trabajar para inteligencia), que se destapó una serie de evidencias sobre una red de informantes vinculados a la embajada estadounidense, vinculados a la manufacturación del Caso Cuadernos. Varios políticos y funcionarios abiertamente opuestos al kirchnerismo se reunieron y mantuvieron una relación privilegiada con la en ese entonces ministra de Seguridad, Patricia Bullrich; la titular de la Oficina Anticorrupción, Laura Alonso, y el ministro de Justicia, Germán Garavano. Este entramado se alimentó con una aceleración de los programas de cooperación judicial con fiscales y jueces argentinos que extendió los vínculos con otros organismos como el FBI, el Departamento de Seguridad Nacional y la DEA (*Tiempo Argentino*, 17 marzo 2019).

En esta línea, no es un dato menor que la Reforma al Código Penal realizada durante el gobierno de Macri fuese presentada en EE. UU. El juez federal Mariano Borinsky, camarista de Casación y presidente de la Comisión de Reforma del Código Penal, presentó el proyecto ante el Departamento de Estado, el Departamento de Justicia y ante un grupo de expertos en el tema en un encuentro organizado por Think Tanks de alto impacto en la opinión experta sobre América Latina, como el Wilson Center, The Integrity Forum y el Inter American Dialogue.

En julio de 2020 trascendió una investigación judicial que puso en evidencia operaciones ilegales de espionaje durante el gobierno de Mauricio Macri (*El País*, 3 julio 2020), otorgando visibilidad a un entramado ya sospechado y del que ya se tenían pruebas, como se enuncio anteriormente.

Geopolítica: recursos y alianzas en seguridad

El gobierno de Macri mostró una clara predisposición y acercamiento en lo referido a acuerdos comerciales con EE. UU. y sobre todo, al ámbito de la seguridad y la defensa (Romano, 2020). Destaca el acceso a recursos estratégicos, asociado a la reapertura de una base en la provincia de Neuquén “para asistencia humanitaria” en la zona del yacimiento de hidrocarburo más grande del país, Vaca Muerta, así como el acuerdo con la DEA en 2018 para instalar una Fuerza de Tarea en la provincia de Misiones.

En el marco del *lawfare*, llama especialmente la atención la capacitación de funcionarios argentinos en la Academia Internacional de Aplicación de la Ley, sumada a viajes de estudio a EE. UU. para funcionarios argentinos y capacitación por la DEA y FBI. También es clave el taller realizado en marzo de 2019 por la embajada de EE. UU. en Argentina para compartir experiencias sobre el combate al crimen transnacional y el terrorismo, auspiciada por el Departamento de Justicia de EE. UU., evento al que asistieron representantes del Poder Ejecutivo, jueces, fiscales y miembros de fuerzas de seguridad (Romano, 2020a).

6. **Conclusión**

En la creciente disputa de EE. UU. con China y en menor medida con Rusia, en los niveles internacional y regional, los procesos de *lawfare* contribuyen a preparar el terreno para que recuperen protagonismo en la esfera política formal sectores de la derecha liberal o conservadora, mejor predispuestos a vincularse con el gobierno/sector privado de EE. UU., en términos político-ideológicos y sobre todo en virtud de trayectorias institucionales y personales. El *lawfare*, en el Siglo XXI pone en evidencia que cada vez será más complejo generar reformas sustantivas por la vía democrática o apelando al Estado de

Cancillería, sino que podían escribirles directamente a sus casillas de correo personales (al igual que en Brasil, facilitar la comunicación saltando los obstáculos burocráticos, es decir, incumpliendo la legalidad) (Vollenweider, 2019).

No obstante, fue a partir de la detención de Marcelo D'Alessio (falso abogado que resultó trabajar para inteligencia), que se destapó una serie de evidencias sobre una red de informantes vinculados a la embajada estadounidense, vinculados a la manufacturación del Caso Cuadernos. Varios políticos y funcionarios abiertamente opuestos al kirchnerismo se reunieron y mantuvieron una relación privilegiada con la en ese entonces ministra de Seguridad, Patricia Bullrich; la titular de la Oficina Anticorrupción, Laura Alonso, y el ministro de Justicia, Germán Garavano. Este entramado se alimentó con una aceleración de los programas de cooperación judicial con fiscales y jueces argentinos que extendió los vínculos con otros organismos como el FBI, el Departamento de Seguridad Nacional y la DEA (*Tiempo Argentino*, 17 marzo 2019).

En esta línea, no es un dato menor que la Reforma al Código Penal realizada durante el gobierno de Macri fuese presentada en EE. UU. El juez federal Mariano Borinsky, camarista de Casación y presidente de la Comisión de Reforma del Código Penal, presentó el proyecto ante el Departamento de Estado, el Departamento de Justicia y ante un grupo de expertos en el tema en un encuentro organizado por Think Tanks de alto impacto en la opinión experta sobre América Latina, como el Wilson Center, The Integrity Forum y el Inter American Dialogue.

En julio de 2020 trascendió una investigación judicial que puso en evidencia operaciones ilegales de espionaje durante el gobierno de Mauricio Macri (*El País*, 3 julio 2020), otorgando visibilidad a un entramado ya sospechado y del que ya se tenían pruebas, como se anunció anteriormente.

Geopolítica: recursos y alianzas en seguridad

El gobierno de Macri mostró una clara predisposición y acercamiento en lo referido a acuerdos comerciales con EE. UU. y sobre todo, al ámbito de la seguridad y la defensa (Romano, 2020). Destaca el acceso a recursos estratégicos, asociado a la reapertura de una base en la provincia de Neuquén “para asistencia humanitaria” en la zona del yacimiento de hidrocarburo más grande del país, Vaca Muerta, así como el acuerdo con la DEA en 2018 para instalar una Fuerza de Tarea en la provincia de Misiones.

En el marco del *lawfare*, llama especialmente la atención la capacitación de funcionarios argentinos en la Academia Internacional de Aplicación de la Ley, sumada a viajes de estudio a EE. UU. para funcionarios argentinos y capacitación por la DEA y FBI. También es clave el taller realizado en marzo de 2019 por la embajada de EE. UU. en Argentina para compartir experiencias sobre el combate al crimen transnacional y el terrorismo, auspiciada por el Departamento de Justicia de EE. UU., evento al que asistieron representantes del Poder Ejecutivo, jueces, fiscales y miembros de fuerzas de seguridad (Romano, 2020a).

6. Conclusión

En la creciente disputa de EE. UU. con China y en menor medida con Rusia, en los niveles internacional y regional, los procesos de *lawfare* contribuyen a preparar el terreno para que recuperen protagonismo en la esfera política formal sectores de la derecha liberal o conservadora, mejor predispuestos a vincularse con el gobierno/sector privado de EE. UU., en términos político-ideológicos y sobre todo en virtud de trayectorias institucionales y personales. El *lawfare*, en el Siglo XXI pone en evidencia que cada vez será más complejo generar reformas sustantivas por la vía democrática o apelando al Estado de

Bibliografía

Andrei Josan, Cristina (2015) "Hybrid wars in the age of asymmetric conflicts" en *Review of Air Force Academy*. Vol 1, N° 298: 49-52.

Beale, Sara (2006) "The news media's influence on criminal justice policy: how market-driven news promotes punitiveness". *William and Mary Law Review*, 48 (2): 397-481.

Bonin, Robson (2014) "Dilma e Lula sabiam de tudo, diz Alberto Youssef à PF" en *Veja* 23 octubre. Disponible en: <https://veja.abril.com.br/brasil/dilma-e-lula-sabiam-de-tudo-diz-alberto-youssef-a-pf/> (consultado el 20 de julio 2016).

Boron, Atilio (2013) "La nueva estrategia «blanda» de desestabilización política" en <https://atilioboron.com.ar/la-nueva-estrategia-blanda-de/> (consultado el 20 julio de 2016)

Brasil Wire (16 marzo 2018) "Lula's defence: New evidence shows illegal cooperation between United States & Lava Jato investigators". Disponible en: <http://www.brasilwire.com/lulas-defence-new-evidence-shows-illegal-cooperation-between-united-states-lava-jato-investigators/> (consultado el 20 de mayo de 2019).

Brasil Wire (16 junio 2019) "US agents in Brasil" were active in Operation Lava Jato". Disponible en <http://www.brasilwire.com/us-agents-in-brasil-were-active-in-lava-jato/> (consultado el 15 de agosto, 2019)

Castro, Edizon (2020) "La encrucijada del lawfare: entre la judicialización y la mediatización de la política" en *Nullius*, Vol 1, N°1: 85-104.

CESLA (3 de febrero de 2020) "La producción de petróleo y gas natural en Brasil crece un 8,1% en 2019". Disponible en: <https://www.cesla.com/detalle-noticias-de-brasil.php?Id=11231> (consultado el 30 de enero de 2020)

CESLA (29 de enero 2020) "La autoridad antimonopolio de Brasil aprueba la compra de Ciocari, Daisy (2015) Operacao Lava Jato: Escandalo, agendamento e enquadramento. Revista Alterjor, Año 6, Vol 2, 58-78

Comaroff, Jean y Comaroff, John (2006) *Law and disorder in the postcolony*. Chicago: University of Chicago Press.

Damgaard, Mads. 2018. "Cascading corruption news: explaining the bias of media attention to Brazil's political scandals" *Opinio Publica*, Vol. 24, N°1, pp.114-143.

Dunlap, Charles 2009 *Lawfare: A Decisive Element of 21st-Century Conflicts?* *Joint Force Quarterly*. Vol 54: 34-39.

Dunlap, Charles 2001 "Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Century Conflicts" *Working Paper*. Boston: Harvard Kennedy School.

Callegari, André; Fernandes Dias, Paulo y Guerra Zaghlout, Sara 2020 "Mídida, seletividade e (des)consideracao de direitos fundamentais: o combate a corrupcao no Brasil" *Revista jurídica luso-brasileira*, Año 6, N° 5: 259-301

Ciocari, Deisy 2015. "Operacao Lava Jato: Escandalo, agendamento e enquadramento". *En Alterjor (Brasil)* Vol 6, N° 2: 58-78

Embraer por parte de Boeing". Disponible en: <https://www.cesla.com/detalle-noticias-de-brasil.php?Id=11146> (consultado el 30 de enero de 2020).

El País, 21 julio 2020 "Ecuador suspende al partido que lleva a Rafael Correa como candidato a vicepresidente en 2021" <https://elpais.com/internacional/2020-07-21/ecuador-suspende-al-partido-que-lleva-a-rafael-correa-como-candidato-a-vicepresidente-en-2021.html>

El País (3 julio 2020) "Una investigación judicial destapa operaciones ilegales de espionaje durante la presidencia de Macri". Disponible en: <https://elpais.com/internacional/2020-07-03/una-investigacion-judicial-destapa-operaciones-ile>

gales-de-espionaje-durante-la-presidencia-de-macri.html (consultado el 10 de julio de 2020)

El País (7 abril 2020) “La justicia ecuatoriana condena a Rafael Correa a ocho años de cárcel y a 25 de inhabilitación”. Disponible en: <https://elpais.com/internacional/2020-04-07/la-justicia-ecuatoriana-condena-a-rafael-correa-a-ocho-anos-de-carcel-y-a-25-de-inhabilitacion.html> (consultado el 10 de mayo de 2020)

El Telégrafo (6 enero 2014) “La NED de EE.UU. financiará proyecto mediático en Ecuador”. Disponible en: <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/politica/2/la-agencia-tamia-news-se-construiria-como-soporte-para-una-red-internacional-de-medios-de-oposicion/> (consultado el 10 de febrero de 2019)

El Universo (29 de agosto 2019) “César Montúfar y Fernando Villavicencio reconocen firma en acusación particular presentada en caso Sobornos”. Disponible en: <https://www.eluniverso.com/noticias/2019/08/29/nota/7493319/cesar-montufar-fernando-villavicencio-reconocen-firma-acusacion> (consultado el 20 de enero de 2020)

El Universo (12 febrero 2019) “En Caso Sobornos por delito de cohecho, Fiscalía busca afianzar su teoría con testimonios de peritos informáticos”. Disponible en: <https://www.eluniverso.com/noticias/2020/02/12/nota/7735353/caso-sobornos-juicio-cohecho-rafael-correa-corrupcion> (consultado el 12 de febrero 2020)

Escudé, Carlos (2015) “Y Luis D’Elía tenía razón...! El triángulo Argentina-Estados Unidos-Irán” Voces del Fénix, N° 44. Facultad de Ciencias Económicas, UBA; Disponible en: <https://www.vocesenelfenix.com/content/%C2%A1y-luis-d%E2%80%99e%C3%ADa-ten%C3%ADa-raz%C3%B3n%E2%80%A6-el-tri%C3%A1ngulo-argentina-estados-unidos-ir%C3%A1n> (consultado el 20 de noviembre de 2018).

Feres Júnior, J.; Sassara, L. (2016) “Corrupção, escândalos e a cobertura midiática da política” en *Novos Estudos Cebrap*. Vol. 35 N° 2: 205-225.

Fernandes, Florestan (2008) *A revolução burguesa no Brasil*. San Pablo: Globo
Fishman, Andrew, Viana, Natalia y Saleh, Maryam (12 marzo 2020) “Keep it confidential”. *The Intercept*. Disponible en: <https://theintercept.com/2020/03/12/united-states-justice-department-brazil-car-wash-lava-jato-international-treaty/> (consultado el 8 de abril de 2020).

Gazeta do Povo (2014) “Veja diz que depoimento de Youssef implica Lula e Dilma” 24 de octubre. Disponible en: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/veja-diz-que-depoimento-de-youssef-implica-lula-e-dilma-efbnvxtlm0h7wprOrwfcgx1q/> (consultado el 2 de febrero de 2017)

GK (9 enero 2019) “Asambleístas de la Revolución Ciudadana viajan a México”. Disponible en: <https://gk.city/2020/01/10/padre-gabriela-rivadeneira-detenido/> (consultado el 10 de febrero 2020)

Gómez Daza, Ava y Calderón Castillo, Javier (2019) “Lawfare en Ecuador: la vía ‘Lenín’ al neoliberalismo”. En Romano, Silvina (comp.). *Lawfare: Guerra judicial y neoliberalismo en América Latina*. Sevilla-Buenos Aires: CELAG, Mármol- Izquierdo Editores, pp. 85-112.

Greenwald, Glen; Fishman, Andrew y Miranda, David (18 abril 2016) “After vote to remove Brazil’s president, key opposition figure holds meetings in Washington” *The Intercept*. Disponible en: <https://theintercept.com/2016/04/18/after-vote-to-remove-brazils-president-key-opposition-figure-holds-meetings-in-washington/> (consultado el 20 de enero de 2018)

IAD-Inter American Dialogue (26 demarzo 2019) “Congressional Testimony: Understanding Odebrecht – Lessons for Combating Corruption in the Americas”. Disponible en: <https://www.thedialogue.org/analysis/congressional-testimony-understanding-odebrecht-lessons-for-combating-corruption-in-the-americas/> Consultado el 30 de marzo 2019

Irani, Freya (2017) “Lawfare, US military discourse, and the colonial and the constitution of law and war” en *European Journal of International Security*, Vol 1 N° 2, doi:10.1017/eis.2017.12.

Kittrrie, Orde (2016) *Lawfare: Law as a Weapon of War*. Oxford: Oxford UP.

Kozloff, Nick (2013) "Snowden Fallout: U.S. Wary of Brazilian Assertiveness in "Blue Amazon"?" *HuffPost (EE.UU.)* 26 de septiembre. Disponible en: https://www.huffpost.com/entry/snowden-fallout-us-wary-o_b_3997540?guccounter=1. (consultado el 3 junio 2017).

Kozloff, Nikolas (2013) "Snowden Fallout: U.S. Wary of Brazilian Assertiveness in "Blue Amazon"?" *Huffingtonpost*. Disponible en: http://www.huffingtonpost.com/nikolas-kozloff/snowden-fallout-us-wary-o_b_3997540.html (consultado el 28 de mayo de 2018).

La Vanguardia (17 octubre 2019) "El Gobierno de Ecuador ha iniciado persecución al correísmo según jurista". Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/internacional/20191017/471032578468/el-gobierno-de-ecuador-ha-iniciado-persecucion-al-correismo-segun-jurista.html> (consultado el 3 de noviembre de 2019)

Munoz Mosquera, Andrés y Dov Bachmann, Sascha (2016) "Lawfare in Hybrid Wars: The 21st Century Warfare" en *Journal of International Humanitarian Legal Studies* Vol 7, pp. 63-87

Mutua, Makau (2000) "What is TWAIL?" *American Society of International Law*, Vol 94, pp 31-38. Disponible en: <https://www.cambridge.org/core/journals/proceedings-of-the-asil-annual-meeting/article/what-is-twail/F6186DDA7E7CBFB50C-C61A2D7836C5F0>(consultado el 5 de diciembre 2018) Nassif, Luis (2018) "Xadrez de como os EUA e a Lava Jato desmontaram o Brasil". Disponible en: <https://jornalgnn.com.br/geopolitica/xadrez-de-como-os-eua-e-a-lava-jato-desmontaram-o-brasil-por-luis-nassif/> (consultado el 4 de diciembre de 2019)

Nye, Joseph (2004) *Soft power. The means to success in world politics*. Public Affairs. New York: Persseus Books Group.

Página 12 (26 junio 2020) “Interpol enterró el corazón de la causa por el Memorandum con Irán: punto final a la historia de las alertas rojas” Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/274695-interpol-entero-el-corazon-de-la-causa-por-el-memorandum-co> (consultado el 10 de julio de 2020).

Proner, Carol, Cittadino, Gisele, Ricobom, Gisele y Dornelles, Joao (2018) *Comentarios a una sentencia anunciada. El proceso de Lula*. Buenos Aires: CLACSO.

Roitman, Marcos (2017) *Breve manual actualizado del golpe de Estado*. Madrid: Sequitur

Ribeiro, Ricardo (2018) “La condena de Lula: el mayor caso de lawfare de Brasil”. En Proner, Carol, Cittadino, Gisele, Ricobom, Gisele y Dornelles, Joao (2018) *Comentarios a una sentencia anunciada. El proceso de Lula*. Buenos Aires: CLACSO, 575-580 Romano, Silvina 2020 “Lawfare y neoliberalismo en América Latina: una aproximación” *Revista Sudamérica* N°13: 14-40

Romano, Silvina (comp) (2020a) *Trumperialismo. La guerra permanente contra América Latina*. Madrid: CELAG-Mármol Izquierdo Editores.

Romano, Silvina y Vollenweider, Camila (2020) “¿Lawfare o lawfear? La guerra judicial y el miedo”. CELAG. Disponible en: <https://www.celag.org/lawfare-o-lawfear-la-guerra-judicial-y-el-miedo/> (consultado el 12 de mayo 2020).

Romano, Silvina, Tirado, Arantxa. y García Sojo, Giordana (2019) “Lawfare y guerra híbrida: Venezuela en la disputa geopolítica” en Romano, Silvina (comp.) *Lawfare: guerra judicial y neoliberalismo en América Latina*. Madrid: Mármol Izquierdo-CELAG, pp. 163-183.

Romano, Silvina, García, Aníbal y Lajtman, Tamara (2019) “EEUU en Brasil ¿guerra (híbrida) por la infraestructura?” CELAG. Disponible en: <https://www.celag.org/eeuu-en-brasil-guerra-hibrida-por-la-infraestructura/> (consultado el 20 de mayo de 2020) Romano, Silvina; Lajtman, Tamara y García Fernández, Aníbal (2018) “EEUU avanza sobre el Brasil de Temer” CELAG. Disponible en: <https://www.celag.org/eeuu-avanza-sobre-el-brasil-de-temer/> (consultado el 15 de agosto de 2019)

Romano, Silvina y Salas Oroño, Amílcar (2017). “Brasil y el Cono Sur en la geopolítica estadounidense” CELAG. Disponible en: <https://www.celag.org/brasil-y-el-cono-sur-en-la-geopolitica-estadounidense/> (consultado el 15 de agosto de 2019)

Romano, Benito, Kaplin, Lauren y Feirman, Emily (2016) “Anti-corruption enforcement in Latin America” The Investigations Review of the Americas- Global Investigations Review. Disponible en: <https://globalinvestigationsreview.com/benchmarking/the-investigations-review-of-the-americas-2017/1067464/anti-corruption-enforcement-in-latin-america> (consultado el 15 de junio 2019)

Rozoff, Nick (2010) “The Insidious Role of the Atlantic Council: Securing The 21st Century For NATO”. Global Research. Disponible en: <https://www.globalresearch.ca/the-insidious-role-of-the-atlantic-council-securing-the-21st-century-for-nato/18945> (consultado el 10 de diciembre de 2019)

Salas Oroño, Amílcar (2019) “Juristocracia y ámbitos de aplicación en el lawfare brasileño”. En Romano, Silvina (comp.) Lawfare: Guerra judicial y neoliberalismo en América Latina. Madrid-Buenos Aires: CELAG, Mármol-Izquierdo Editores, pp. 45-64. Snow, Nick (2016) “Brazil, Venezuela in turmoil amid low oil prices, CSIS forum told” Oil & Gas Journal Disponible en: <https://www.ogj.com/general-interest/article/17251160/brazil-venezuela-in-turmoil-amid-low-oil-prices-csis-forum-told> (consultado el 15 de mayo 2018)

Solís, Edison (12 febrero 2005) “Participación Ciudadana, igual: Intervención Norteamericana”. Disponible en: <https://www.voltairenet.org/article123787.html> (consultado el 4 de mayo de 2020)

Tiempo Argentino (17 marzo 2019) “Cómo funciona la red de relaciones de la Embajada de EE UU en la Argentina” Disponible en: <https://www.tiempoar.com.ar/nota/como-funciona-la-red-de-relaciones-de-la-embajada-de-ee-uu-en-la-argentina> (consultado el 25 de marzo 2019)

The New York Times 2016 “Brazil workers party leads intoxicated power falls from grace” 13 de mayo. Disponible en <https://www.nytimes.com/2016/05/13/world/americas/brazil-workers-party-dilma-rousseff-impeachment-vote.html> (consultado el 19 de mayo de 2019)

The New York Times 2017 “Ex presidente de Brasil sentenciado a casi diez años de cárcel por corrupción” 12 de julio. Disponible en <https://www.nytimes.com/2017/07/12/world/americas/brazil-lula-da-silva-corruption.html> (consultado el 19 mayo de 2019)

The New York Times, (2017a). “A Judge’s bid to clean up Brazil from the bench” (Nueva York) 25 de Agosto. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2017/08/25/world/americas/judge-sergio-moro-brazil-anti-corruption.html> (consultado el 19 mayo de 2019)

The Washington Post 2018 “Lula, once Brazil’s most popular politician, faces ruling that could send him to jail” (Washington) 23 de enero. Disponible en: https://www.washingtonpost.com/world/the_americas/lula-once-brazils-most-popular-politician-faces-ruling-that-could-send-him-to-jail/2018/01/23/9f72f5c8-ff9b-11e7-86b9-8908743c79dd_story.html (consultado el 19 mayo de 2019)

The Washington Post 2018a “Brazilian court upholds corruption conviction of former president Lula, potentially ending his political career” 24 de enero. Disponible en: https://www.washingtonpost.com/world/brazil-on-edge-as-appeals-decision-nears-in-ex-president-lula-corruption-case/2018/01/24/e34ecccc-ff9b-11e7-86b9-8908743c79dd_story.html (consultado el 19 mayo de 2019)

The Washington Post 2017 “Former Brazilian president Lula convicted of corruption and money laundering” 12 de Julio. Disponible en https://www.washingtonpost.com/world/the_americas/former-brazilian-president-lula-convicted-of-corruption-and-money-laundering/2017/07/12/dd3b7e72-672d-11e7-94ab-5b1f0ff459df_story.html (consultado el 19 mayo de 2019)

Thomson, B. (2000) *Political Scandal: Power and Visibility in the Media Age*. Polity Press. DOI:10.2307/3089098

US Embassy, Brazil (26 noviembre 2019) “Joint Communique from the U.S.-Brazil CEO Forum”. Disponible en: <https://br.usembassy.gov/joint-communique-from-the-u-s-brazil-ceo-forum/> (consultado el 18 de enero 2020)

Vollenweider, Camila (2019) “El lawfare en Argentina: doble rasero, show y mafias”. En Romano, Silvina (comp.) *Lawfare: Guerra judicial y neoliberalismo en América Latina*. Buenos Aires-Madrid: CELAG-Mármol Izquierdo Editores, pp.59-84.

Vollenweider Camila y Romano, Silvina (2017) “Lawfare o la Guerra judicial en América Latina” CELAG. Disponible en: <https://www.celag.org/wp-content/uploads/2017/03/LawfareT.pdf>

WikiLeaks (2010) “STRATFOR informante del sector de defensa militar en Brasil”, 20 octubre, E-MAIL ID 2027433. Disponible en: https://wikileaks.org/gifiles/docs/20/2027433_re-insight-brazilian-nuclear-submarine-.html (recuperado el 20 de diciembre 2019)

WikiLeaks (2009) “Brazil: Illicit finance conference uses the “T” Word, successfully”, Cable 09BRASILIA1282_a. Disponible en: https://wikileaks.org/plusd/cables/09BRASILIA1282_a.html (consultado el 20 de diciembre 2019)

WikiLeaks, 2006 PMDB LEADER PONDERERS PARTY'S ELECTORAL OPTIONS, 11 enero 2006. Disponible en: https://wikileaks.org/plusd/cables/06SAOPAULO30_a.html#efmAJZAKWAKfAK-ARRASHAS1ATbCfOCf9CgLCgZDOLDOVDWDDX7EG-jEHL (consultado el 8 de mayo de 2017)

Zanin Martins, Cristiano; Teixeira Zanin Martins, Valeska y Valim, Rafael. 2018. *El casos Lula: la lucha por la afirmación de los derechos fundamentales en Brasil*. Sao Paulo: Astrea

Zaffaroni, Raúl; Caamaño, Cristina y Vegh Weis, Valeria (2021) *Bienvenidos al lawfare*. Buenos Aires: Capital Intelectual.

10.

Interpretación, independencia
judicial y *lawfare*.

El papel de la derecha en la
defensa de la democracia.¹

Baltasar Garzón Real²

1. Este texto se publicó por primera vez en *Foreign Affairs Latinoamérica*, Volumen 21, número 3, jul-sep 2021, pp. 23-32. Disponible en: www.fal.itam.mx

2. Juez, abogado y presidente de la Fundación Internacional Baltasar Garzón (Fibgar). Sígalo en Twitter en @fibgar_.

En las distintas universidades de habla hispana, tanto en España como en América Latina, se sigue enseñando a los alumnos de primer año que el Derecho es un conjunto de normas y principios ordenados de manera piramidal¹, en cuya cúspide está la Constitución, luego las leyes, los reglamentos, seguidos del resto de normas de menor alcance y jerarquía. La finalidad última de todo este conjunto ordenado de disposiciones es resolver los conflictos que se nos presentan en nuestra vida en sociedad, en la medida en que tengan relevancia jurídica. Así, pues, prácticamente toda la actividad humana, desde antes de nacer y hasta después de nuestra muerte, está, de una u otra forma, regulada por el Derecho.

Se deben seguir estrictas reglas para obtener una interpretación “correcta” de todo este material jurídico, que pueda ser aplicada al caso concreto. Estas reglas de interpretación generalmente no están en la Constitución o en alguna norma superior, sino en algún Código, generalmente un Código Civil de tradición decimonónica, que finalmente ostenta la misma jerarquía normativa que las demás leyes a interpretar. Claramente, hay aquí un contrasentido que sólo es posible entender en perspectiva histórica.

El Código Civil francés nació con vocación de universalidad y por ello “fue exportado, con el apoyo de las bayonetas de Napoleón”, aunque la mayoría de las veces tenía que ser adaptado y modificado antes de ser asumido por los Estados “importadores”². El objetivo era disponer de todo el derecho vigente en un cuerpo único ordenado y sistematizado, con lo que se marcaba una clara diferencia con la dispersión y el particularismo propios de la época medieval. De este modo, las reglas de interpretación se situaban generalmente al inicio del código, en la parte dogmática donde se fijan las reglas, principios y valores que orientan el resto de disposiciones. Este diseño encuentra eco en las palabras de Montesquieu, que de forma elocuente sentenciaba que: “los jueces de la nación no son, según sabemos, sino la boca por donde habla la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor”³.

En esta concepción napoleónica propia del momento refundacional que siguió a la Revolución Francesa, la primera regla de interpretación era que las leyes se debían aplicar según el “sentido propio de las palabras”⁴. Las demás reglas de interpretación eran subsidiarias y únicamente era posible acudir a ellas cuando el sentido propio o tenor literal no era suficientemente claro.

Este esquema positivista puro se mantuvo por un buen tiempo y fue llevado al extremo por el fascismo y el nazismo bajo dos principios o apotegmas: “órdenes son órdenes” y “la ley es la ley”⁵. La Ley debía ser obedecida sin contemplaciones, dijera lo que dijera, en un ejercicio de validez formal que desatendía por completo a su contenido. Así, fue posible dar cobertura legal a las peores atrocidades, que comenzaron con las primeras leyes antisemitas aprobadas en Núremberg el 15 de septiembre de 1935⁶.

De manera coincidente, pero nada casual, el Palacio de Justicia de Núremberg fue elegido para albergar el gran juicio del mismo nombre por tres motivos: “Por su simbolismo, ya que fue el lugar donde el partido nazi concentró más público durante sus mítines, por ser el lugar donde se promulgaron las Leyes Raciales contra los judíos en 1935, y por ser el único edificio de este tipo que quedó intacto en Alemania tras los bombardeos”⁷.

Entonces, en el mismo lugar en el que había empezado todo, se debía dejar establecido que por sobre la ley interna está el derecho internacional y que si bien una ley puede ser formalmente válida y obligatoria, su contenido no puede transgredir la dignidad inherente a todo ser humano. Este poderoso concepto, la dignidad humana, es precisamente el punto de partida y fundamento de todos los Derechos Humanos, desarrollados en la Declaración Universal del mismo nombre en 1948, hoy piedra angular de todo el desarrollo posterior del derecho internacional, compuesto por diversos tratados y convenciones sobre derechos humanos, tanto a nivel universal como regional. En el ámbito interno las nuevas Constituciones Políticas también fueron influidas

por esta verdadera revolución jurídica, pues contemplaron la existencia de mecanismos para garantizar el respeto y la protección de los derechos fundamentales, hasta ese momento configurados como meras normas programáticas que sólo podían ser realizados a través de la ley. De ahora en adelante, los derechos humanos pasarían a tener el carácter de normas jurídicas vinculantes y ser de aplicación directa.

De este modo, en el ámbito de la interpretación jurídica, pasamos de las estrictas reglas napoleónicas a argumentar en derechos. El resultado interpretativo ya no puede ir en contra de los derechos fundamentales, de la dignidad de todo ser humano. Y si, a pesar de los esfuerzos interpretativos la norma infringe los derechos humanos, entonces debe ser inaplicada en el caso concreto o expulsada del ordenamiento jurídico, según los distintos mecanismos constitucionales vigentes en cada país. Así, entonces, el contenido ha pasado a ser tan o más importante que el continente.

Desde la Filosofía del Derecho han sido varios los autores que han acusado este verdadero cambio de paradigma. Baste mencionar algunos como Ronald Dworkin, Riccardo Guastini, Paolo Comanducci y Robert Alexy, entre muchos otros. Hoy nos tomamos los derechos en serio, hablamos de argumentación y de neoconstitucionalismo. Dicho en palabras de Zagrebelsky, el Derecho se ha vuelto “dúctil”⁸.

Otra muestra evidente de esta revolución jurídica es que hemos abandonado la concepción decimonónica con base en la cual el juez aplica la interpretación “correcta” para “resolver” el caso mediante una mera aplicación silogística y casi matemática del Derecho. Hoy el juez ya no es un mero aplicador, ni es la boca muda, ni mucho menos un ser inanimado. El juez dicta sentencia con base en un material probatorio y normativo sobre el cual debe fundamentar y justificar lo que al final no deja de ser su “decisión”.

Si esto es así, entonces, la independencia y la imparcialidad del juzgador se vuelven un asunto de primer orden.

1.

Imparcialidad e independencia judicial

Generalmente asociamos los conceptos de imparcialidad e independencia a valores, principios e incluso mecanismos institucionales para la recta administración de justicia. Ello está muy bien, pero es mucho más. Desde 1948 en adelante estos conceptos están expresamente consagrados en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, al disponer que toda persona tiene derecho a ser juzgada por un *tribunal independiente e imparcial*. Generalmente los asociamos a una disposición semejante en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos. De este modo, la independencia y la imparcialidad del juez son hoy claramente parte del derecho al debido proceso, que es a su vez un derecho humano del enjuiciado. Por contrapartida, el juez tiene el deber de ser independiente e imparcial y si no lo hace, estará violando un derecho humano.

La imparcialidad dice relación con la ausencia de preferencias por alguna de las partes en litigio, de compromisos, de amistad o enemistad, de prejuicios e incluso de conocimiento previo de los hechos. La imparcialidad es, por tanto, la esencia del juez. Por definición el juez es un tercero imparcial, de tal modo que si este tercero no es imparcial o no pretende serlo, no es un verdadero juez y por tanto no impartirá justicia. Podrá emitir un veredicto, pero no será administración de justicia y ese veredicto podrá ser anulado si se demuestra que ha sido parcial.

Si la imparcialidad es el concepto esencial, la independencia, por el contrario, es instrumental pues está al servicio de aquella. La independencia es una barrera protectora de la imparcialidad.

La independencia siempre se ejerce frente a terceros, por lo que es en este sentido un concepto relacional. La independencia persigue proteger al juez respecto de todo intento de influencia en su decisión, de todo ataque a su imparcialidad. Estos ataques pueden provenir de otro poder del Estado, pero también de poderes presentes en la sociedad civil como intereses económicos, grupos religiosos, políticos o ideológicos, etc. De lo único que no puede ser independiente el juez es de los hechos sometidos a su conocimiento y del Derecho, y ellos han de ser su única preocupación en el momento de conocer y juzgar el asunto sometido a su “decisión”.

Otro aspecto de enorme relevancia es que el Poder Judicial, si bien es un Poder del Estado, es ante todo un *contrapoder*, ya que debe ser independiente de los demás poderes estatales y al mismo tiempo tiene la tarea de controlar que sus actuaciones se ajusten a Derecho⁹.

Ahora bien, en cuanto a la independencia es un concepto relacional, se suele clasificar según los organismos y sujetos frente a los cuales se ejerce. Así, existe una independencia interna y otra externa. La independencia *externa* se afirma frente a influencias y ataques ajenos al poder judicial, como son los otros poderes del Estado; las fuerzas económicas, sociales y políticas, e incluso frente a las propias partes del proceso. La independencia *interna* se ejerce frente a los demás órganos jurisdiccionales y frente a los órganos de gobierno del Poder Judicial¹⁰. Desde luego, deben abstenerse de incidir los jueces del mismo nivel jerárquico y también los inferiores. A su vez, los jueces situados en un nivel jerárquicamente superior sólo pueden interesarse en el asunto debatido a través de los recursos procesales legalmente establecidos. Los jueces superiores no pueden impartir instrucciones de carácter general o particular a los inferiores sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico. Por ello se suele afirmar que el más humilde de los jueces es tan soberano en su interpretación del Derecho como el juez del más alto tribunal del Estado¹¹.

Ahora bien, todos los mecanismos legales que se puedan establecer para garantizar la independencia del juez de nada sirven si el juez no pretende ser imparcial, si voluntariamente se doblega ante los intereses de alguna de las partes concernidas o de terceros, como cuando un juez antepone sus preferencias políticas o sus intereses personales por sobre el conocimiento de los hechos y la honesta interpretación y aplicación del Derecho. Ya lo hemos dicho, el juez debe ser y pretender ser imparcial.

Esto, que es importante para toda la judicatura, lo es aún más tratándose de los jueces que se desempeñan en las más altas magistraturas, como el Tribunal Supremo, el Consejo General del Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. No obstante, y por desgracia, en la práctica son precisamente estas posiciones las que están más expuestas y suelen ser más permeables frente a intereses políticos o económicos de gran envergadura, pues es precisamente en esas instancias donde acaban los casos de mayor trascendencia.

2.

La justicia al servicio de la ciudadanía

El objetivo del Estado y de todos sus órganos y funcionarios es servir a la ciudadanía. Es propio de los totalitarismos la opción contraria, es decir, tratarnos como sirvientes o súbditos de la autoridad, obligados a obedecer y no cuestionar sus decisiones que adoptan en beneficio propio o de los intereses económicos de algunos pocos. El soberano no es el rey ni el presidente del Gobierno, ni el parlamento ni las grandes corporaciones que cotizan en la Bolsa. El soberano es el pueblo, somos todas y todos nosotros.

Esta es la concepción ilustrada de la sociedad que fue reafirmada y reforzada tras la Segunda Guerra Mundial. Para ello existen controles, pesos y contrapesos y nuevas instituciones destinadas a atender al ciudadano, como las defensorías del pueblo, los buzones

de denuncias ciudadanas, las evaluaciones permanentes del desempeño funcional, el recurso de amparo, etc. Sin embargo, de poco sirven estos mecanismos si no existen servidores públicos dispuestos a aplicarlos.

El juez también es un funcionario y es por tanto un servidor público, y si me permiten la metáfora, es el sistema inmunológico del Estado de Derecho, pues tarde o temprano llegarán a este todos los fallos del sistema. Es por ello que la justicia tiene la gran oportunidad de fortalecer la democracia, sobre todo cuando en vez de doblegarse se enfrenta a los intereses del poder político y económico que buscarán por todos los medios que las acusaciones en su contra se archiven y queden en nada a como dé lugar, incluso si para ello hay que deslegitimar, inhabilitar o incluso asesinar al juez que se atreve a investigarlos, como de hecho ocurrió con el juez italiano Giovanni Falcone.

3.

Las nuevas amenazas a la democracia

Más de una vez hemos leído o escuchado una extendida opinión según la cual nuestra democracia representativa está en crisis y que cada vez más existe una desafección de los ciudadanos hacia las instituciones democráticas. Estoy en general de acuerdo con este diagnóstico, pero quiero llamar la atención poderosamente sobre las alternativas que ya nos empiezan a ofrecer. No podemos sustituir la democracia por la fe ciega en un líder como ocurrió en el pasado. Estoy convencido de que la mejor forma de resolver cualquier crisis en este sentido es con más y mejor calidad democrática, con más controles y exigencias a nuestros representantes, pero a la vez con instituciones que fomenten la participación directa de la ciudadanía en la toma de decisiones. De momento hemos comenzado tímidamente con algún presupuesto municipal participativo. Estas experiencias me parecen muy bien, pero me pregunto: ¿Qué hay de las grandes decisiones? como por ejemplo endeudar al país o dejar

de hacerlo, una declaración de guerra o disminuir el gasto en defensa en beneficio del gasto social en sanidad o educación.

En fin, la democracia tiene que ser menos formal y mucho más próxima a la ciudadanía, para que podamos participar en ella. La inmediatez con la que se producen los diferentes asuntos públicos, la presencia permanente de los mismos en nuestra vida diaria a través de las nuevas tecnologías digitales, así como la hipersensibilidad social frente a los aprovechamientos privados de los políticos y la intolerancia frente a determinados comportamientos corruptos de los gobernantes o agresiones al medioambiente, hacen que la interacción democrática cotidiana y fluida sea hoy una necesidad. Los mecanismos democráticos que ya existen y cualquier otro que se defina en el futuro se deben dirigir a garantizar nuestra participación y preservar nuestros derechos, dotar de fortaleza a las instituciones y proteger a la ciudadanía de los abusos. Y es ahí donde el Derecho y los jueces tienen un papel decisivo.

Pero la participación ciudadana generalmente no se nos regala o concede sin más, sino que en muchas ocasiones se debe conquistar. Eso parece estar ocurriendo en varias latitudes, en las que se ha producido un despertar social en el que la ciudadanía, ante la ausencia de más y mejores cauces de participación, busca desesperadamente la forma de incidir en aquellas decisiones que afectan su vida, cuando ve que sus representantes gobiernan en beneficio propio o de unos pocos que están ligados a ellos política y económicamente. Esto es lo que ha sucedido en Chile, lo que está sucediendo en estos días en Colombia, lo que pasó antes en Ecuador, y que seguirá pasando allí donde el único y legítimo soberano sienta que le están robando, explotando y engañando hasta que llega un momento en el que se rebela frente a tanto abuso. Por ello es siempre mejor que esa voluntad se exprese por cauces previamente establecidos, que debieran ser muchos y muy variados porque el solo ejercicio del voto cada cuatro años es hoy en día altamente insuficiente.

Por otra parte, debemos romper con aquel círculo en el cual es la propia ciudadanía la que elige a los líderes que la maltratan, a veces engañados por mentiras y discursos de odio, otras mediante el recurso del miedo y la satanización del adversario. Hay además una servidumbre voluntaria, en palabras de Richard Sennett¹², la cual se ha convertido en un bucle de inmovilismo que ha reabierto las puertas a la extrema derecha y al neofascismo.

La ultraderecha ha llegado a las instituciones no sólo en España, sino desde mucho antes con Trump en Estados Unidos, con el Brexit en el Reino Unido y el auge del neofascismo en países europeos como Francia, Holanda, Suecia, Noruega, Hungría, Polonia e Italia, sin olvidar a Bolsonaro en Brasil, a Macri en Argentina y un largo etcétera. Para alcanzar el poder no sólo mienten y desinforman, sino que efectúan propuestas irrealizables o jurídicamente inadmisibles, como extender la legítima defensa sin requisitos ni condiciones para facultar a cualquier “ciudadano de bien” a matar a un delincuente, cerrar las fronteras o elevar muros para que no entren los “perversos” inmigrantes y expulsar a los que estén dentro, vinculando falsamente delincuencia e inmigración o asemejándolos a terroristas. Más aún, insisten en negar la brecha salarial entre hombre y mujer, minimizar la realidad de la violencia machista y desprestigiar la reivindicación de los derechos de la mujer, o en rechazar la realidad del cambio climático y el desastre medioambiental que están causando las grandes corporaciones en todo el mundo.

Con estas propuestas y noticias falsas que apelan a nuestras emociones, la extrema derecha logra indignarnos, crisparnos, que hablemos de ellos y así alcanzar su objetivo principal, que es obtener a toda costa una gran visibilidad. Después, en forma perfectamente calculada, pasan al siguiente disparate, que sus oponentes políticos responden en un bucle intencionado que lleva a desviar la atención de los problemas reales de la sociedad. Es así como los gurús de la extrema derecha, como Steve Banon, consiguen banalizar el discurso para que los electores se queden en la mera epidermis sin profundizar en

los temas esenciales. O, como dice Jason Stanley en su obra *Facha*¹³, “Con el tiempo y el uso de estas técnicas, el fascismo crea un estado de irrealidad en el que las teorías conspiratorias y las noticias falsas acaban reemplazando el debate bien argumentado”. Lo hemos visto recientemente en Madrid durante la última campaña electoral.

Pero, además de estas técnicas bien conocidas, aunque vestidas con el ropaje de las nuevas tecnologías, la ultraderecha está utilizando también la esfera judicial como un auténtico campo de batalla.

4.

Lawfare

Como ya he dicho, el Derecho y la justicia deben estar al servicio de la sociedad, pues constituyen un instrumento de pacificación social y facilitador de la convivencia humana. Sin embargo, desde hace un tiempo ha comenzado a ser utilizado como un arma para derrotar políticamente a los adversarios, convertidos así en auténticos enemigos.

El *lawfare* es un neologismo y a la vez un anglicismo que proviene de los vocablos *law* (Derecho) y *warfare* (guerra), que ha sido definido como “...el uso indebido de instrumentos jurídicos para fines de persecución política, destrucción de imagen pública e inhabilitación de un adversario político”, que generalmente se combina con “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”¹⁴.

Es frecuente que estas denuncias y querellas no prosperen, pero ya hay un daño muy difícil de reparar en la persona imputada maliciosamente. También puede suceder que el proceso se mantenga abierto por meses o años, e incluso que existan sentencias y conde-

nas antes de que finalmente impere la cordura y se acabe con estas acusaciones maliciosas. Baste el ejemplo de Lula da Silva, quien fue condenado por corrupción por el juez Sergio Moro, con lo que fue apartado de la carrera presidencial. Apenas unos meses después, el juez Moro se convirtió en ministro de Justicia de Jair Bolsonaro. Pasó mucho tiempo hasta que por fin en marzo de este año el Tribunal Supremo de Brasil anuló la sentencia al reconocer que Lula da Silva no fue juzgado por un juez imparcial¹⁵. Tampoco puedo dejar de mencionar el caso de Julián Assange, perseguido judicialmente con denuncias falsas durante muchos años en castigo por haber creado WikiLeaks y haber dado a conocer las vergüenzas de Estados Unidos en la guerra de Irak.

En otras ocasiones, puede incluso suceder que las denuncias falsas prosperen y termine el caso en condena, en especial cuando el juicio se debe desarrollar en las más altas esferas de la judicatura, donde, como ya he dicho, las influencias y presiones son una constante. Por los fundamentos de las resoluciones judiciales, por su argumentación, sabremos finalmente si ha habido una utilización indebida del Derecho, porque no se puede justificar lo injustificable, y allí entonces quedará patente la evidencia de este *lawfare*, que ya comienza a ser estudiado académicamente¹⁶.

Pero, aunque la palabra *lawfare* es ciertamente nueva, describe un fenómeno bastante antiguo. Todo gobierno autoritario ha usado siempre la justicia y los instrumentos jurídicos para fines políticos y bélicos. El nazismo, por ejemplo, fue la gran caja de resonancia de lo que hoy llamamos *lawfare*. Prueba de ello son tanto las mentiras de Goebbels (hoy consideradas el primer manual de las *fake news*) como el aprovechamiento de los poderes judiciales para los fines de limpieza étnica del Tercer Reich.

Fue el jurista y filósofo alemán Otto Kirchheimer, de la Escuela de Frankfurt, el que escribió hasta hoy la obra más importante sobre este tema: *Justicia Política*¹⁷. Allí describe cómo el nazismo y los go

biernos autoritarios siempre echan mano a jueces para imponer su reino del terror. Se trata de un completo estudio de las estructuras de diversos sistemas políticos y jurídicos con el fin de establecer la utilización de los procedimientos legales con fines políticos.

También es una referencia obligada la reciente obra de Zaffaroni “Doctrina penal nazi”¹⁸, en la que nos habla de todos los juristas del derecho penal alemán que idearon teorías y doctrinas para justificar la apropiación de la legalidad vigente y la destrucción del derecho liberal de la República de Weimar. Allí vemos a destacados juristas y jueces hacer de teóricos de retaguardia del ascenso del nazismo.

Esos mismos penalistas hicieron política con sus resoluciones y terminaron teorizando sobre el derecho penal del enemigo. Un poder punitivo estatal legitimado sólo para destruir bélicamente a los enemigos del régimen. Primero creando un ambiente propicio para diseminar mentiras difamatorias sobre ellos, y después legitimando un sistema de represión legal. Lo mismo ha sucedido a lo largo de la historia en todos los golpes de Estado y en todos los gobiernos dictatoriales.

Pienso, honestamente, que frente a los retos que nos aguardan en un futuro próximo, la visión y la interpretación del derecho han de ser necesariamente progresistas, es decir, a favor del progreso de la humanidad, en contra de los privilegios que ahondan la brecha de la desigualdad y, especialmente, de aquellos que suponen una regresión como seres humanos, tal como defienden los movimientos y las ideologías de extrema derecha. No existe ni un solo valor aprovechable en estas ideologías extremistas, porque incluso en los casos en los que se defienden valores esenciales, esa defensa está contaminada por la visión racista, xenófoba, excluyente y autoritaria que les caracteriza. Los operadores y las operadoras de la justicia tienen ante sí la tarea de asumir esa concepción progresista de la justicia y el derecho porque será la que nos salve frente a las agresiones que se avecinan contra todos y contra todo.

Por ello, no es casual que VOX en España acuda una y otra vez a los tribunales de justicia denunciando a Podemos y al renunciado Pablo Iglesias, así como a cualquiera que se interponga en su camino, con las acusaciones más variopintas, las que de tanto en tanto encuentran la mano cómplice de un juez que comulga con sus ideas y se presta para este juego bélico, al adoptar una posición parcial y abrir peligrosamente la puerta a los que quieren acabar con la independencia judicial. Hay que decirlo claramente: El *lawfare* no tiene cabida allí donde hay un servidor público independiente e imparcial, es decir, un verdadero juez.

Notas

1. Ver Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. Gregorio Robles, Trotta, Madrid, 2011 (edición original de 1934)
2. Alonso Pérez, Mariano, *Doscientos años del Code civil des Français en USC (1804-2004)*. “Catálogo de la Exposición celebrada en la Biblioteca Concepción Arenal de la Universidad de Santiago de Compostela 2005”, en *Vida Jurídica*, Coord. María Paz García Rubio y José Francisco Méndez García, ADC, tomo LX, 2007, fasc. II, p. 890.
3. Montesquieu (Charles Louis de Secondat, Señor de la Brède y Barón de Montesquieu), *El Espíritu de las leyes*, trad. de Siro García del Mazo, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1906, p. 237
4. Así lo dice todavía el artículo 3 del Código Civil español, alzprimando el “sentido propio de las palabras” como regla fundamental de interpretación, tras la cual se puede acudir a las siguientes reglas, como “el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”.
5. Peña Freire, Antonio Manuel, (2020). “Lecciones del nazismo jurídico para la filosofía de derecho: Radbruch y el positivismo jurídico”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 43, pp. 59-81. <https://doi.org/10.14198/DOXA2020.43.03>
6. Para una cronología de las leyes de Núremberg, ver: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/es/article/the-nuremberg-race-laws>
7. Gavaldà, Josep. “Nazis en el banquillo de los acusados. El final de los juicios de Núremberg contra los dirigentes nazis”, 01 de octubre de 2019. Actualizado a 20 de noviembre de 2020. *Historia*. National Geographic. Disponible en: https://historia.nationalgeographic.com.es/a/final-juicios-nuremberg-contra-dirigentes-nazis_14755
8. Zagrebelsky, Gustavo, *Derecho Dúctil: Ley, Derechos, Justicia*, trad. de Marina Gascón, Trotta, Madrid, 2011.
9. Movilla Álvarez, Claudio, “Independencia del Juez y Derechos Humanos”, en *Equilibrio Constitucional, Independencia Judicial y Derechos Humanos. II Seminario Internacional sobre la Independencia Judicial en Latinoamérica*. Jueces para la Democracia, Publicaciones, Barcelona, 1996, p. 16 (versión electrónica disponible en: <http://www.juecesdemocracia.es/1996/04/03/equilibrio-constitucional-independencia-judicial-y-derechos-humanos-abril-1996/>)

- 10.** Ídem
- 11.** *Ibíd.*, pp. 19 - 20
- 12.** Sennett, Richard, *La cultura del nuevo capitalismo*, trad. de Marco Aurelio Galmarini, Anagrama, Barcelona, 2006.
- 13.** Stanley, Jason, *Facha. Cómo funciona el fascismo y cómo ha entrado en tu vida*, trad. de Laura Ibáñez, Blackie Books, Barcelona, 2019
- 14.** Camila Vollenweider y Silvina Romano, «Lawfare. La judicialización de la política en América Latina». Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica (CELAG), 2017. <https://www.celag.org/wp-content/uploads/2017/03/LawfareT.pdf>
- 15.** Royo, Joan, “El Supremo de Brasil reconoce que Lula da Silva fue juzgado por un juez parcial y anula su condena”, *El Mundo*. 24 de marzo de 2021. Disponible en: <https://www.elmundo.es/internacional/2021/03/24/605b479e21efa-021148b45b6.html>
- 16.** Orde F Kittrie, *Lawfare as a weapon of war*. Oxford University Press, New York et. al., 2016
- 17.** Kirchheimer, Otto, *Justicia Política*. (Publicación original de 1961). Editorial Comares, 2001.
- 18.** Eugenio Raúl Zaffaroni. *Doctrina penal nazi*. Ediar, Buenos Aires, 2017

11.

La relación entre derecho y estado de excepción

Juarez Tavares *

* Catedrático de la Universidad del Estado de Río de Janeiro

La discusión sobre la relación entre derecho y estado de excepción en América Latina, como manifestación de la llamada “guerra jurídica” (*lawfare*), depende de algunos elementos:

- a) de la noción de soberanía;**
- b) del concepto de estado de excepción;**
- c) de la criminalización de la política;**
- d) del contexto fáctico y político de las relaciones sociales;**
- e) de la relación entre democracia y autoritarismo en el ámbito del estado de derecho.**

1.

La noción de soberanía

Cuando se enfrenta la noción de soberanía se puede, desde luego, comprender dos modelos conceptuales. Un modelo normativo, que deviene de la construcción del estado nacional y que ampara la concepción positivista de Estado y de poder, y un concepto crítico que abandona la simple relación normativa entre Estado y consecución de objetivos públicos y busca demostrar cómo se desarrollan las reales relaciones de poder en determinados contextos.

La noción clásica de soberanía, desde JEAN BODIN, está anclada en la noción de autonomía, con la cual, jurídica y fácticamente, se concede al Estado, dentro de un determinado territorio, el poder absoluto de dictar el derecho¹. Incluso KELSEN ha señalado que el orden jurídico estatal no conoce y no reconoce otro poder soberano o un ordenamiento superior a ello². Este concepto de soberanía, en su propia evolución, va a encarnar también los idearios políticos, centrados en el poder de reconocimiento e integración de las personas a los objetivos del Estado. Entonces, la soberanía, además de dictar el derecho dentro de un territorio, sirve a otros fines. Ya HELLER establecía como elementos esenciales de la soberanía aquellos que

persiguen el fin de ordenar, de modo exclusivo, todo el territorio y también de alcanzar en ello una unidad social³.

La soberanía se impone no sólo como poder jurídico, sino también como poder fáctico sobre las personas. Para imponerse como poder fáctico que aspira a la unidad social bajo el Estado y que sólo puede ser obtenida por medio de una obediencia a determinadas normas de conducta, no puede prescindir de un concepto ideal de persona, como aquella dotada de capacidad de autoconocimiento, autoconsciencia y de representación propia. Interesante es notar cómo el concepto de soberanía influye también en la concepción de responsabilidad, que, apartándose de la realidad fenoménica, se pone al servicio de los propios fines del Estado, de mantener el orden y evitar conflictos futuros. Al reconocer al sujeto la capacidad de autoconsciencia, es fácil percibir cómo la responsabilidad penal sigue una línea puramente centrada en la persona, sola y aislada del mundo, sin estar ubicada en determinados contextos que, efectivamente, la construyen.

La noción clásica de soberanía, como poder de imponer normas que deben ser aceptadas por el pueblo, concebido como una integración de personas libres e iguales, está anclada también en la noción de razón o de racionalización. No es muy clara la noción de racionalización, que comporta desde un principio básico del entendimiento, como en la *Crítica de Razón Pura*, de KANT, hasta un principio de orden moral, como razón práctica. Mirando el famoso diccionario de filosofía editado por FELIX MEINER, se puede ver que el concepto de racionalización es multifacético, conforme el enfoque que se le pueda dar para ajustarse a determinados fines. Se podría entonces decir que el concepto de “racionalización” tiene cuatro acepciones: la primera, sobre la reducción de una descripción de la realidad a algunos principios del conocimiento, que corresponde al ideario positivista; la segunda, que deviene de las reglas de la producción industrial, está vinculada a los procedimientos organizacionales y tecnológicos de TAYLOR y se refiere a la manifestación finalista

del proceso de trabajo en el sentido del aumento de la producción y de la disminución de costos, por medio de la mejoría técnica y de la intensidad de su empleo; la tercera, elaborada por la psicología, busca la justificación o la explicación de una actividad, de un sentimiento o de un pensamiento, proveniente de coacciones pre-existentes o de necesidades internas, que, por censura, no son confesados por el sujeto; la cuarta, derivada de la sociología de MAX WEBER, expresada en su célebre *Wirtschaft und Gesellschaft*, en 1922, se relaciona con los principios de una acción estratégica en la moderna sociedad capitalista⁴. A esas cuatro acepciones, allí consignadas en el famoso diccionario, se puede agregar una quinta forma de racionalización, la discursiva, como aquella desarrollada por HABERMAS. En su *Teoría de la Acción Comunicativa*, HABERMAS busca distinguir entre la racionalidad de una acción estratégica, que es usada por la persona para alcanzar sus propios fines, y la racionalidad del proceso de comunicación, que, sin estar acoplada a los fines, que representarían el enlace de un proceso de costo (acción) y beneficio (resultado), se centra en el reconocimiento de la autonomía del actuar frente al entendimiento mutuo con los otros. Para HABERMAS, el uso comunicativo de expresiones lingüísticas, no el lenguaje por sí mismo, constituye el fundamento de una racionalidad sustancial⁵.

Lo que se puede concluir de todas las formas de racionalización que buscan abarcar la noción clásica de soberanía es que las personas, en todas concepciones, no existen como personas reales, con sus defectos, sus sentimientos, sus sufrimientos, sus deseos justos o injustos, sus intereses de supervivencia o, incluso, de dominio sobre los otros. Esos datos ya pueden demostrar la insuficiencia de ese concepto para fundar una posición crítica de la realidad y del poder. Por lo tanto, una racionalización del concepto de soberanía no se puede desvincular del concepto de persona deliberativa, en contraste con el concepto de persona ideal. Eso implica la necesidad de establecer una noción crítica de soberanía.

Sin embargo, una noción crítica de soberanía supone:

- a) que el Estado no puede existir sin las personas;**
- b) que las personas son reales y no entidades ficticias o simbólicas;**
- c) que el Estado no ejerce el poder soberano sin la participación de las fuerzas económicas y políticas dominantes;**
- d) que el concepto de soberanía es instrumental para el ejercicio del poder;**
- e) que la soberanía en la posmodernidad está vinculada al poder de vida y de muerte.**

Una de las postulaciones de la democracia contemporánea es buscar un concepto de reconocimiento, que pueda legitimar el poder, no sólo como poder soberano, sino como poder vinculado al desarrollo. Eso se puede ver en los cambios del poder territorial producidos por los pactos internacionales, que garantizan la autodeterminación de los pueblos, su independencia y desenvolvimiento propio, con lo que se quiere impedir las guerras expropiatorias y de conquista. También los pactos internacionales, como la Convención Americana de Derechos Humanos y otros, mandan observar la protección de las personas, conforme sus diversidades. Frente a eso, ya no se puede admitir que el ejercicio del poder soberano no dependa de las personas y de su protección.

Por otra parte, a medida que los pactos internacionales se destinan a la protección de las personas en su diversidad, ya se puede ver que esas personas no son entidades simbólicas, no tampoco subsistemas de un sistema global, sino personas reales. Son esas personas reales que legitiman el poder del Estado, que ejercen su derecho al voto en las elecciones, quienes deben ser beneficiarias por toda política de desarrollo.

Aunque los pactos internacionales busquen la protección de las personas, no son capaces de impedir que el Estado detecte siempre

otra forma de poder soberano, que es la incorporación en sus fines y en sus actividades de los intereses económicos y políticos de las fuerzas dominantes en su territorio e incluso desde afuera de ese territorio. Si los fines del Estado se mezclan con los intereses de las grandes corporaciones, como es el caso de América Latina, ya no se puede hablar de un poder soberano puramente jurídico y tampoco de un poder soberano por las personas. Como explica ZAFFARONI, “El tardocolonialismo procura condicionar psicológicamente (introducir *colonialidad*) a las personas para alienar a la sociedad colonizada mediante *racionalizaciones* y *neutralizaciones de valores*, conforme a un programa de *resubjetivaciones* que *degeneren* todos los roles propios de una sociedad democrática plural”⁶.

Esto se vuelve cada vez más nítido con las reformas laborales en diversos países, con la quiebra de derechos ya adquiridos, con la eliminación de condiciones dignas de seguridad social y de jubilación, con la higienización de las ciudades por medio de la expulsión de los pobres de sus viviendas para ceder paso a la construcción de residencias de lujo o al incremento de la industria de turismo o de otras políticas, con las incursiones policiales diarias en barrios pobres para garantizar un sentimiento de seguridad pública simbólica, con las propuestas de eliminar las reservas indígenas y las comunidades quilombolas para garantizar el agro-negocio y el uso de sus tierras para la explotación de minerales. Esas políticas son ejercitadas sin que los organismos internacionales sean capaces de impedir las, porque sus actos no pueden superar el ejercicio de la soberanía, aunque eso implique la destrucción de la política internacional de protección de derechos humanos.

Así se puede decir que el concepto clásico de soberanía sigue su vida en la posmodernidad, como razón instrumental a sedimentar en el Estado los intereses de los conglomerados multinacionales. El ideal de una vida libre, igualitaria y fraterna desaparece completamente y se vuelve a restaurar la estructura feudal de castas, ahora camuflada por detrás de las grandes empresas transnacionales.

El dominio del aparato del Estado por los grandes conglomerados no es una afirmación simplemente argumentativa, sino una constatación real. Sin la pretensión de examinar todas las relaciones económicas de nuestra sociedad, para sedimentar nuestra afirmación podemos apenas indicar que la ganancia líquida de los cinco bancos más grandes de Brasil, por ejemplo, tuvo en los cuatro trimestres de 2015 a 2017 un aumento de cerca de 17 % por trimestre, estimando la suma sólo en 2018 aproximada de 20,5 mil millones de reales, o sea, de 5,42 mil millones de dólares. Esta suma es más grande que el PIB de más de 83 países. Hay que agregar que, según las normas de la Convención de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), que se imponen a los países suscriptores, los conglomerados multinacionales pueden remitir libremente sus ingresos o ganancias para sus matrices, sin que sean obligados a pagar en el país en que actúan los impuestos sobre esos ingresos. Es interesante notar cómo se puede burlar el cobro de impuestos por una simple maniobra argumentativa. Dice, por ejemplo, la Impositiva Federal en Brasil que sí, por un lado, la ganancia es tributable, lo mismo no ocurre con los ingresos. Una vez que se trate de ingresos y no de ganancia, los conglomerados tienen el derecho de remitir el dinero a sus matrices, como forma de repartición. Siguiendo esta línea, se puede decir, entonces, que, ajustados con el poder de tributar del Estado, los conglomerados incorporan integralmente sus ganancias, que solo en 2018 alcanzan 6,5 mil millones de dólares para las actividades de servicios, 6,1 mil millones de dólares para actividades industriales y 1,1 mil millones de dólares del agro-negocio, con la suma total de 13,7 mil millones de dólares. Haciéndose una suma simple de la ganancia de los bancos y de los conglomerados en 2018 tenemos una ganancia líquida de 19,42 mil millones de dólares.

Esas relaciones entre el poder económico y financiero y el poder soberano de los Estados no informan cómo es la relación real entre el poder soberano y la población. Cuando el poder del Estado soberano es relacionado a su ejercicio en la realidad, ya no es posible comprenderlo como simple manifestación de autonomía, incluso para

construir el orden jurídico. La realidad muestra otro rostro de la soberanía, un rostro marcado por la imposición de sufrimientos y muerte. De ahí que se llegue a afirmar que la soberanía tiene como característica el poder de violar prohibiciones⁷. La violación de prohibiciones implica también la violación de los criterios de racionalización, que dejan de ser instrumentos de limitación del poder. El poder no es neutro, es un poder comprometido con intereses, que no son los de la población.

Si el poder fáctico no dispone de límites, tampoco sigue criterios de racionalización. Aquí, podemos concordar con MBEMBE en que el proyecto de la soberanía “no es la lucha por la autonomía, sino la instrumentalización generalizada de la existencia humana y la destrucción de los cuerpos humanos y de la población”⁸. Entonces, se puede decir que la soberanía, desde este enfoque, es el poder de decidir sobre la vida y la muerte de las personas.

Pareciera que estamos trazando un cuadro mórbido de los poderes del Estado, pero la realidad nos muestra exactamente eso. Sin hablar de las guerras, que hoy están directamente asociadas no a conquistas territoriales, como en la época de los imperios, sino al dominio de los yacimientos, ya se puede ver cómo el poder trata, en nuestras ciudades, a los ciudadanos pobres, a los negros y a los indígenas.

Un ejemplo sólido de ese tratamiento se puede encontrar en diversos países, ahora de modo más explícito en Brasil, con la intervención militar que hubo en Río de Janeiro en 2018, que ha violado todos los derechos fundamentales de los ciudadanos pobres y que tuvo como resultado diario, bajo el pretexto de una guerra contra la droga y los traficantes locales, un número aterrador de muertos, entre ellos menores y mujeres. La soberanía, por lo tanto, no es más un elemento político-jurídico que asegura al Estado ejercer el dominio en su territorio, sino el poder real de decidir sobre quién debe morir. Sólo a partir de un enfoque crítico se puede llegar a la constatación de que la soberanía no se puede resumir a una cuestión puramente

jurídica. Confrontada con la realidad del ejercicio del poder, abre las puertas para mostrar su verdadero significado. Bajo el concepto jurídico, que parece un concepto neutro, se oculta el lado real del poder. Ese concepto real de soberanía, fuera del derecho, va a desempeñar una importancia decisiva para la comprensión de las guerras jurídicas, que amparan las decisiones del poder. La comprensión de las guerras jurídicas (*lawfare*) empieza, empero, con el concepto de Estado de excepción, que está formalmente previsto en nuestras constituciones, y que también se extiende a normas completares de la legislación común, formando, por lo tanto, un sistema propio.

2.

El concepto de Estado de excepción

La soberanía, como poder de decisión sobre la vida y la muerte, no puede estar alejada de otros mecanismos del Estado que, jurídicamente, también sirven a sus objetivos. Esos mecanismos no son de liberación, sino mecanismos de una razón instrumental, que busca legitimar las actividades del Estado, cuando importe una agresión directa a derechos fundamentales.

Esos mecanismos son incluidos en las constituciones como instrumentos de derogación o de suspensión del estado de derecho, en las formas de estado de sitio, estado de emergencia, estado de defensa y estado de excepción. Cada uno de ellos tiene una formulación y características propias, que dependen de la regla establecida en el texto constitucional. No importa aquí, proceder a la distinción de cada uno de esos tres instrumentos jurídicos. Podemos abarcarlos todos ellos bajo el concepto común de estado de excepción. De verdad, el estado de excepción congrega la esencia de todos esos instrumentos.

Los juristas de la modernidad, en general, asignan al Estado una doble función: de protección de los ciudadanos y de una autolimitación de sus poderes. Esa doble función corresponde a los elementos

esenciales del llamado estado de derecho. Por lo tanto, la estructura del Estado se basa en una condición fáctica de existencia de un grupo político que domina el poder, de un cuerpo burocrático que lo ejercita en los límites establecidos por el derecho en un determinado territorio y también de un acuerdo político que obliga a la auto-limitación y a la satisfacción de sus tareas. Para que eso sea posible es necesario no sólo la coexistencia de poderes políticos y jurídicos, sino también la creencia de que esa estructura así organizada esté al servicio de todos.

Haciendo un análisis de poder, MAX WEBER ya afirmaba que este no podía subsistir sin el reconocimiento de su legitimidad por parte de los ciudadanos, que tenían como condición de su aceptación la propia creencia de que el Estado los debía proteger. La creencia no nace de simple estructura jurídica, sino más precisamente del ejercicio burocrático del poder, como elemento neutro e imparcial. La neutralidad constituye el símbolo más elocuente de un poder que oculta su estructura real.

La neutralidad es el elemento clave para la obtención de obediencia. Así lo dice MAX WEBER: “La docilidad (Fügsamkeit) frente a la imposición de órdenes a una o más personas supone la creencia, en algún sentido, en un poder legítimo de dominación de los opositores, a medida que no sean decisivos el simple miedo o motivos racionalmente orientados, sino representaciones de legalidad que deben ser tratadas separadamente”⁹.

En complemento, afirma MAX WEBER: “Normalmente la docilidad frente a órdenes está condicionada, además, por condiciones de intereses de todos los matices, por una mezcla de tradición vinculante y representación de legalidad, a medida que no se trate de estatutos enteramente nuevos. En muchos casos, la acción dócil no es, naturalmente, consciente, sea por fuerza de la costumbre, de convención o del derecho”¹⁰.

El derecho, por lo tanto, sirve no sólo a la estructuración del Estado, sino también para la cooptación del pueblo. Esa cooptación tiene sus éxitos funcionales a medida que no ocurran desórdenes o interferencias desde afuera, como una guerra civil o incluso una invasión del territorio por fuerzas enemigas. Para esos casos sirve, normalmente, el estado de excepción, que, suspendiendo o restringiendo derechos, transforma el aparato burocrático en aparato de guerra.

El estado de excepción no es sólo una expresión de una norma interna, también se encuentra previsto en las Convenciones Internacionales. Así es que El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales establece en su artículo 15.1 que: “En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional”.

Lo mismo ocurre con la Convención Americana de Derechos Humanos, que también prevé en su artículo 27, la suspensión de garantías: “En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado, este podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”.

La previsión del estado de excepción en los convenios de derechos humanos implica considerar al Estado como una entidad, cuyo mantenimiento es más importante que las personas, lo que contra-

dice el propio concepto de derechos humanos, como derechos que tienen como objetivo esencial la protección de la persona y de sus derechos frente a la intervención del Estado. Además, la Convención Americana de Derechos Humanos no ha delimitado el estado de excepción a situaciones de guerra, sino también lo ha extendido a emergencias que amenacen a la seguridad del Estado parte, es decir, crea las bases también para la construcción de una teoría de la seguridad nacional, tal como ocurrió en nuestros países por décadas desde 1960 hasta 1990.

El estado de excepción, por otra parte, no siempre se establece según esos criterios de existencia de guerra, de peligro público o de emergencia que amenace a la independencia o a la seguridad nacional. Facilitados por un poder judicial dependiente y compuesto por personas que no corresponden al significado o a la esencia de la población, en resumen, por una élite dirigente, los Estados vienen ejercitando otra forma de excepción, por medio de intervenciones parciales de las Fuerzas Armadas sobre los guetos, las favelas, las villas miseria. Ese modo de intervención transforma el propio concepto de estado de excepción, que, de estado transitorio, concebido para confrontar situaciones de emergencia, se cualifica como un estado de sitio permanente, sin observar incluso las limitaciones constitucionales o del derecho internacional. Con ese estado de sitio permanente, como forma habitual del estado de excepción sin decreto que lo instituya, se suspenden todos los límites impuestos por el artículo 27, 2 y 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que manda preservar los derechos a la vida, a la integridad corporal y al reconocimiento como personas, los derechos de los niños y, además la obligación de informar sobre los motivos de la suspensión de derechos y de su duración.

3.

La criminalización de la política

Si la soberanía, como poder que dispone sobre los derechos de vida y de muerte, ya no es un concepto puramente jurídico, sino de ne-cro-política, para usar una expresión de MBEMBE, la relación de las estructuras del Estado también no es más establecida bajo el precep-to de independencia y armonía, sino de dependencia de los intereses dominantes. La dependencia, en ese caso, conduce también a la cri-minalización de los opositores y, por extensión, de la propia política.

La criminalización de la política, como forma de eliminar el oposi-tor, depende de algunas condiciones:

- a) de un aparato judicial que sea confiable al poder dominante;**
- b) de normas jurídicas que faciliten la incriminación de los comportamientos;**
- c) de un aparato bélico que pueda estar siempre a la disposi-ción del poder dominante para controlar la jurisdicción;**
- d) de medios de comunicación masiva que execren el opositor, como persona hostil;**
- e) de otros medios de expresión de sentimientos, que puedan ser manipulados.**

a) El aparato judicial

Un aparato judicial confiable está vinculado a una estructura que pueda delimitar de modo arbitrario sus integrantes. Esa delimita-ción sigue un camino: desde el ingreso de los candidatos seleccio-nados hasta los cursos que deben frecuentar, pasando también por los condicionantes ideológicos que intervienen en las promociones, designaciones honorarias y prestigio institucional. El ingreso en el poder judicial, aunque por concurso público, no caracteriza al juez como persona comprometida con la defensa de derechos fundamen-tales y con la Constitución. El ingreso persigue puntos esquemati-

zados, en general reproducción de la jurisprudencia dominante en los tribunales, sin carácter crítico, sin confrontar con la realidad, lo que induce a una reproducción jurídica como acto de autoridad. Ese compromiso con los actos de autoridad torna más exequible una sumisión a los intereses del poder de turno, ya facilitada por la propia pertenencia del juez a las clases dominantes o a la élite social. Por medio de una interpretación libre, el Tribunal Supremo de Brasil, por ejemplo, viene derogando o flexibilizando las cláusulas pétreas de la Constitución, como la presunción de inocencia y el principio de legalidad. También, para satisfacer las directivas de los medios de comunicación, pauta en las sesiones del Tribunal sólo los casos sin importancia, dejando de decidir cuestiones relevantes referentes a derechos fundamentales.

Agregase también al poder judicial y a sus tareas persecutorias el Ministerio Público, que viene teniendo un rol prominente en los procedimientos de criminalización de la política. El Ministerio Público fue comprendido, gradualmente, como un elemento esencial a la administración de la justicia, porque encargado no sólo de la persecución penal, sino también de la protección de otros derechos, en general de las minorías. Por sus tareas, el Ministerio Público ha recibido en algunos países, como Brasil, un tratamiento similar a la magistratura. Ese tratamiento fuera enfocado como necesario a que pudiera alcanzar sus objetivos, sin la interferencia del poder político. Aunque los propósitos fueran ideales republicanos, lo que se tiene constatado en la práctica es una distorsión de la finalidad, por la cual el Ministerio Público, lleno de poder y sin cualquier forma de responsabilidad, pasa a reemplazar tareas propias del poder político, no sólo por medio de una amplia criminalización, sino de prescripción de actividades a los órganos estatales, actividades que son, originariamente, de exclusiva competencia del poder político. La superposición del Ministerio Público a la estructura de poder acabó por transformarlo en órgano controlador del Estado y orientador moral de las personas, lo que no corresponde con sus tareas constitucionales. Cuando se habla del uso del derecho como guerra

jurídica en contra del adversario político no se puede olvidar del abuso de poder del Ministerio Público, ni tampoco de su actuación en el mismo proceso de execración de los enemigos. Tal como ocurre con la magistratura, la forma de ingreso en el Ministerio Público, aunque que sea por concurso público, no transforma a sus miembros en defensores del Estado de Derecho y de la democracia, incluso por su pertenencia, en general, a las élites del poder dominante.

b) Las normas jurídicas

Las normas penales tienen siempre un contenido prescriptivo, que se destina no sólo a prohibir o a mandar una conducta, sino también a servir de factor de orientación para sus destinatarios. Bajo ese panorama, el derecho penal, como forma de saber, tiene como objetivo trazar elementos que delimiten el poder de intervención del Estado. No tendría sentido la elaboración de un número significativo de elucubraciones o teorías sobre elementos que caracterizan a una conducta como criminosa, si no fuera con el propósito de contención del poder punitivo. El estado de derecho, por eso, debe ser visto, antes que nada, bajo el enfoque de protección de las personas en su relación con el propio poder y no como una institución por sí misma. Con eso se posibilita un equilibrio en las relaciones entre las personas, entre persona y sociedad, y entre persona y poder. El principio de legalidad, que impone la obligación, en todo Estado democrático, de definir de modo claro la conducta que quiere prohibir o mandar y, también, de conminar las respectivas consecuencias jurídicas por su comisión u omisión corresponde a esa perspectiva de contención del poder, única forma de asegurar la realización de una sociedad libre, justa y solidaria.

Bajo esas condiciones, deben ser considerados dos principios básicos de convivencia: la confianza y la autorresponsabilidad. Por el primero, a medida que el Estado se amolde a los límites trazados legalmente para su intervención, se asegura a la persona la certeza de que vive bajo un régimen democrático, disciplinado por normas

para cuya vigencia haya dado su consentimiento y, por eso, libre para ejercer cualquier actividad dentro de aquellos límites normativos. Por el segundo, se eleva la persona a la condición de poder trazar su propio destino de vida, de formular ideas y exponerlas, de manifestar su concordancia o inconformismo, de poder elegir libremente sus representantes o delegados junto al poder.

Si el Estado actúa de forma desregulada o de modo paternalista, viola el pacto de confianza y degrada la persona humana a la condición de simple objeto de sus intereses, que serán los intereses de los grupos hegemónicos que lo dominan. Cuando eso ocurre, no se estará viviendo en un Estado democrático, sino en un Estado de excepción, aunque en las respectivas constituciones permanezcan la terminología, los conceptos y los enunciados democráticos.

La condición para que el Estado de derecho pueda asegurar los derechos de las personas es la de vincular su programa criminalizador a determinados límites, capaces de establecer una relación de causalidad material entre el acto y sus efectos, de tal modo que esos efectos puedan ser evaluados empíricamente.

Además de eso será preciso demostrar que la criminalización corresponde a una lesión real de un derecho subjetivo del ciudadano. No basta para fundar un derecho democrático la simple definición de la conducta que se quiere criminalizar, sino que esa conducta sea idónea para producir una alteración sensible de la realidad fenoménica de relevante magnitud para la convivencia social. Son, por tanto, incompatibles con el estado de derecho las incriminaciones genéricas, los delitos de simple comportamiento, los delitos de peligro abstracto y los casos en que no se pueda demostrar una lesión de derecho subjetivo.

La criminalización de la política pasa, entonces, por la flexibilización de las imputaciones. Si la imputación tiene por base sólo el comportamiento, sin que eso produzca una lesión de derecho subje

tivo o, como quieren algunos, de un bien jurídico, se hace posible criminalizar toda la actividad política. La criminalización de simples comportamientos puede abarcar la manifestación de pensamiento, los votos en el Parlamento, las decisiones de partidos, las relaciones de amistad entre el político y otra persona, la elaboración de leyes que prescriban eximentes o exculpación e incluso las propias omisiones como si fueran elementos de un proceso de corrupción, cuando impliquen una simple negligencia o falta de atención política en la supervisión de la administración.

Como para esa forma de criminalización no hay un parámetro empírico que la pueda limitar, eso posibilita establecer un delito para justificar la acción persecutoria. Ese delito modelo ha cambiado con la evolución y conforme los intereses. En la Edad Media era el delito de brujería. En la época de las dictaduras militares, que se encontraban envueltas también en la guerra fría, el delito modelo era todo acto que pudiera ser asociado a la seguridad nacional, como parte de la seguridad del Occidente, por influencia de Estados Unidos. Después de la guerra fría se ha edificado el delito de tráfico de drogas. Para caracterizar el acto como contrario a la seguridad nacional era suficiente la práctica de una acción de inconformismo frente al gobierno o a la ideología dominante. Así que las huelgas, las manifestaciones callejeras o de estudiantes, el registro como miembro de un partido político de oposición, el uso de botones o de camisetas con figuras o inscripciones prohibidas, la desobediencia al toque de queda, el viaje a países considerados peligrosos, todos esos actos podrían ser actos criminalizados, sin la demostración de cualquier efecto real a la seguridad del país. El delito de tráfico de drogas no tiene como objeto de lesión un derecho subjetivo o un bien jurídico demostrable: se supone que eso afecta la controvertida salud pública, que nadie puede comprender de lo que se trata.

La característica básica de un delito modelo, o del delito pretexto, es su absoluta incertidumbre en cuanto a la determinación de sus elementos y de sus efectos reales. Esa incertidumbre refuerza la

persecución de los enemigos políticos, que pueden ser imputados por hechos irrelevantes, pero correspondientes a una criminalización formal y abstracta. Justo esa característica es relevante para explicar el traslado del delito modelo de hostilidad a la seguridad nacional al delito modelo de corrupción.

Como el delito de corrupción no produce un efecto inmediato en la realidad, sino que sólo depende de una relación funcional, fácil es comprender cómo ese delito puede servir de pretexto para todas las intervenciones penales. En el sentido clásico, el delito de corrupción es un delito de contraprestación: el funcionario recibe la ventaja y por eso realiza un acto funcional en beneficio del corruptor. Entonces, en la corrupción siempre se ha establecido la necesidad de una contraprestación del funcionario a la ventaja que recibe. Esa visión clásica y correcta del tipo del delito de corrupción no sirve, empero, a los propósitos de la llamada sociedad del espectáculo, que son los de sostener una persecución eficaz al enemigo político sin mayores condiciones. Para que la persecución pueda ser eficiente será necesario, como se está haciendo para criminalizar la política, cambiar la estructura del delito corrupción, desechando el acto funcional. Sin el acto funcional, el delito de corrupción no sirve para fundar una imputación correcta, sino solamente una imputación genérica, sin pruebas y sin la demostración de daño o peligro a un derecho subjetivo o a un bien jurídico. Una imputación sin pruebas sólo sirve para execrar públicamente al imputado por los medios de comunicación masiva.

Mirándose hacia todas las formas de delito modelo, puede ser encontrado un denominador común: todos son delitos de herejía, que interesan exclusivamente a los intereses persecutorios, como instrumentos de poder. Eso puede ser visto claramente en las cartas pontificias de INOCENCIO III, en las cuales se asimila la herejía al delito de lesa majestad, que tenía como característica básica la insurgencia frente al poder, como, por ejemplo, comunicarse de cualquier forma con los disidentes⁴¹. Más tarde, en el juicio en contra

de GIORDANO BRUNO, se pudo ver cómo el concepto de herejía se transforma para caracterizarse como la propia conducta de vida o los malos antecedentes del imputado¹². Es verdad que actualmente por el Código Canónico (Canon 1321) una acción sólo puede ser considerada delito cuando viole externamente una ley, de modo que la relación de imputación se configure bajo la producción de un efecto grave, lo que excluye de esa noción la simple referencia a los antecedentes. Se puede ver, entonces, que el delito modelo de hoy, como delito de efectos indeterminables, como se quiere hacer de la corrupción, ya no combina con el propio concepto de delito del Código Canónico, que está vinculado a un efecto social y no sólo a una simple actividad¹³.

Por la característica de la incertidumbre y de falta de una alteración sensible de la realidad, el delito de corrupción es hoy un delito modelo de las persecuciones penales generalizadas y de la criminalización de la política. La falta de determinación de los elementos y de los efectos reales de la corrupción conduce a tratarlo como delito de honor, o sea, lo que sostiene la imputación no es más el peligro o el daño a la administración, sino la violación de fidelidad funcional, lo que corresponde al viejo esquema del nacionalsocialismo de clasificar la corrupción como delito infamante.

Lo dice muy bien ZAFFARONI: “La reiterada idea del honor está presente en todos los autores nazis. El reservatorio de este elemento lo hallaban en el campesinado alemán”¹⁴. Claro que, en nuestra región, el reservatorio de honor ya no está en los campesinos pobres, sino en los modelos simbólicos del buen burgués de los países centrales.

Además de la corrupción, se impone como delito modelo el de lavado de capitales, que también porque es un delito de simple comportamiento sirve a una imputación genérica, principalmente cuando se le imputa a alguien el autolavado, que no es criminalizado en muchos países, como en los países nórdicos o en Alemania, pero que se está estableciendo como delito por medio de una flexibilización del prin-

cipio de legalidad. Aunque sin la prueba de una contraprestación, la jurisprudencia, con la flexibilización del principio de legalidad, viene imponiendo el delito de corrupción como delito antecedente del delito de lavado, lo que corresponde a una doble imputación simbólica de un daño o peligro imaginario al sistema.

Como el concepto de delito modelo es variable, es previsible que la corrupción se incline a perder importancia para el poder punitivo, cuando se alteren los intereses persecutorios. En secuencia, incluso porque no tiene cualquier base empírica, el próximo delito modelo deberá ser el de apología del comunismo, en un proceso de restauración de las guerras puramente ideológicas.

Con el protagonismo del sistema penal, que se subvierte conforme los intereses dominantes, la flexibilización de las garantías constitucionales crea las bases para la persecución, prisión y eliminación de los adversarios políticos, e incluso de los propios partidos políticos. Destrozados por medio de instrumentos jurídicos manipulados por el judicial confiable al poder de turno, los partidos dejan de ser mecanismos de manifestación democrática y pasan a operar exclusivamente como auxiliares del propio sistema autoritario.

c) El poder militar

La norma jurídica basada en elementos abstractos por sí sola no es capaz de sostener una criminalización masiva de la política. Para que el proyecto de dominio se vuelva robusto será necesario que se presente también, además del judicial confiable, un poder militar que, aunque no se haga efectivo como ocurría en el siglo pasado con los golpes de Estado directos, se manifieste, simbólicamente, como una amenaza de intervención, si no se cumplen ciertos actos de protección de intereses. Brasil es un ejemplo bien nítido de esa amenaza simbólica. Cuando el Tribunal Supremo estaba por decidir sobre la violación del principio de presunción de inocencia, es decir, sobre la prisión sin condena definitiva, el comandante del Ejército hizo

manifestación en el twitter, el 03/04/2018, en cuanto a que una decisión que pudiera beneficiar en ese caso al expresidente Lula no sería adecuada a los intereses militares¹⁵.

La amenaza militar no puede ser comprendida, empero, como una resucitación de las viejas dictaduras. Esa amenaza corresponde exactamente a los intereses de los conglomerados y del poder dominante, que contribuyen a una mutación del propio Estado en plena democracia. Y eso se ve también facilitado por las normas constitucionales que asignan a ese poder tareas que no le corresponden y que pueden dar lugar a una interpretación falsa en cuanto a que esté capacitado a intervenir sobre el poder político. Una de las causas de esa interpretación es seguramente la falta de una reconstrucción democrática de la investigación de los actos de las dictaduras, como ocurrió en Brasil. En Brasil no se ha hecho nada en contra de los militares y torturadores.

El politólogo MONIZ BANDEIRA, al tratar las relaciones de la política de Estados Unidos con otros países, bien lo ha expresado: “El fenómeno político denominado nazi-fascismo en el siglo XX podría y puede ocurrir en los Estados modernos, donde y cuando la oligarquía y el capital financiero no consiguen más mantener el equilibrio de la sociedad por los medios normales de represión, revestidos de las formas clásicas de la legalidad democrática, y asumir características y colores diversos, conforme las condiciones específicas de tiempo y de lugar. Su esencia permanece como un tipo peculiar de régimen, que se levanta por arriba de la sociedad, fundado en sistemas de actos de fuerza, con la atrofia de las libertades civiles y la institucionalización de la contra-revolución, tanto en el plan doméstico como en el plan internacional, por medio de una guerra perpetua, visando a implantar y a mantener un orden mundial subordinado a sus principios e intereses nacionales favorables a su seguridad y prosperidad”¹⁶.

d) Los medios de comunicación

El traslado del estado de derecho al estado de policía del que habla ZAFFARONI, como instrumento de criminalización de la política, está también articulado con un proceso de execración pública del opositor. La execración pública de los enemigos políticos o de los enemigos en general corresponde a una fase muy precisa del proceso criminalizador, como modo de agraviar la ejecución de las penas, desde la Edad Media.

La Edad Media es vista como una época oscura de nuestra civilización, pero parece que la cuestión fundamental es que el atraco a los enemigos políticos en la posmodernidad es todavía más grave y resucita con más vigor la vieja política de las penas infames. En la Edad Media, como destaca FREVERT, la política de execración tenía una limitación: sólo era ejecutada por dos horas, a los domingos y días festivos¹⁷. En la posmodernidad, con el desarrollo de la comunicación en niveles muy altos y a gran escala, la execración se perpetúa en los escritos, en los diarios y en los sitios de internet, lo que fortalece el deshonor del enemigo. El llamado derecho penal del espectáculo se solidifica no sólo por medio de la prisión o de su ejecución, sino también con la divulgación previa del propio procedimiento de imputación, con el reemplazo de la descripción de los hechos por su versión manipulada, lo que corresponde exactamente al concepto de necro-poder: lo que importa no son los hechos, es sólo la destrucción moral de opositor, en su cuerpo y en su mente.

En consecuencia, detrás del proceso criminalizador existe lo que CASARA denomina de posverdad¹⁸, que agrega a la privación de libertad también el martirio psicológico del opositor como medio para divulgar la creencia de que todo corresponde a la realidad. Esa forma de deshonor no es una tarea exclusiva de los medios, no se limita a la divulgación de los procedimientos, sino que se extiende también a los propios órganos de persecución, con las manifestaciones y entrevistas impropias del Ministerio Público y de los ma

gistrados sobre hechos que están bajo su jurisdicción, con la escandalosa incursión de allanamiento por parte de la Policía, con el uso impropio de esposas en prisioneros que no ofrezcan el mínimo peligro y la divulgación de fotos para su humillación. Todo eso congrega un proceso de totalización de la deshonra, que se agrega al proceso de criminalización, como su elemento destacado. Eso se vuelve todavía más grave cuando los medios de comunicación son dominados por monopolios, que poseen no sólo las estaciones de televisión y de radiodifusión, sino también periódicos, revistas y hebdomadarios.

e) Internet y otros medios

Si PREVERT señala que la execración en la posmodernidad es permanente, para eso contribuyen también las redes sociales, que trabajan con dos facilitadores: la no necesidad de sujetar sus informes al juicio de refutación o falsedad, y el anonimato. Como no necesitan presentar las pruebas de los hechos, lo que allí se afirma pasa como verdad. Como no se identifican los autores, salvo por vía de procedimientos judiciales específicos que no siempre son eficientes para recomponer los hechos, el anonimato facilita la divulgación de noticias e informes falsos, como forma de manipulación masiva de opinión. El anonimato, por otro lado, estimula la expresión de sentimientos de odio, discriminaciones y preconceptos al opositor.

Más recientemente lo que se ve son noticias ficticias -*fake news*- creadas justo como formas de manipulación de opinión en contra del adversario político. La suma de los actos de execración es inestimable porque alcanza a un número indeterminado de personas y no sólo a los lectores de periódicos o telespectadores de programas o de noticiario de los medios tradicionales. No es exagerado afirmar que las redes sociales dominan hoy el proceso de deshonra pública.

4.

El contexto fáctico y político de las relaciones sociales

Como decía MAX WEBER, para que el poder se mantenga será necesario contar con la docilidad de los ciudadanos. Eso ocurre de varios modos, más allá de los mencionados precedentemente, pueden ser resumidos en: el poderío de un aparato represor, un poder judicial confiable y servil, una legislación favorable a la incriminación de los opositores, la influencia de los medios de comunicación y las redes sociales comprometidas. Pero todo eso no podría sustentar un Estado autoritario sin que tuviera el apoyo de un contexto fáctico y político favorable.

América Latina tiene muchas diversidades, pero tenemos todos un punto común: fuimos colonias imperiales. El proceso de sumisión de los pueblos autóctonos empieza por varios genocidios, muchos de ellos bien marcados, como de los aztecas, mayas, incas, patagones y de las tribus de la costa y de la selva brasileña. Y prosigue con la esclavitud de los africanos. Sólo para tener una idea: Brasil comienza el tráfico de esclavos el 1538, cuando se inicia la explotación del azúcar, y sólo termina un poco antes de la República, en 1888, por un decreto. Mientras tanto se cometen también en contra de los africanos los mismos actos de genocidio, como ocurrió en el Quilombo de Palmares. La esclavitud exige la obediencia, y con eso también se fortalece la propia estructura política que le corresponde. Son los esclavos incluso los destinatarios principales de las penas más crueles y son ellos, aunque ya libertos, que pueblan las favelas, los guetos y las villas miserias de las grandes ciudades brasileñas.

La esclavitud genera otros efectos en la construcción del Estado nacional. Esos efectos disciplinan una estructura política absolutamente excluyente, que se desarrolla desde la Independencia hasta nuestros días. Si en la época del imperio, en que los esclavos no podían votar porque no tenían la personalidad jurídica reconocida, la

selección de electores está basada en la riqueza personal de los propietarios, lo que promovía la exclusión de los dotados de pequeños ingresos, más tarde, ya en la República, dada la complejidad del proceso y los altos costos de las campañas, se elimina la concurrencia de los pobres, en su gran mayoría oriundos de los esclavos, aunque libertos.

Las alteraciones legales que garantizan a los analfabetos y a los pobres el derecho al voto no son suficientes para alterar el cuadro de su exclusión social y política. Una legislación por sí sola no basta para asegurar un proceso de inclusión. Para eso es necesario crear otras condiciones, como el ingreso gratuito en las escuelas y universidades, la frecuencia a cursos de capacitación técnica para el ejercicio profesional y, principalmente, la divulgación precisa de sus derechos frente al Estado. También se agrega a esas condiciones la posibilidad real de que los oriundos de esas capas más pobres puedan acceder al servicio público.

La exclusión de los esclavos de la estructura política del Estado sigue presente en Brasil, aunque formalmente ya no lo sean esclavos, sino pobres. Para tener una idea de cómo es grande y persistente la exclusión, basta mirar los datos de los miembros del Poder Judicial, en comparación con los datos estadísticos oficiales. Según los datos oficiales, Brasil tiene una población de negros y mestizos de 54 %, y el Poder Judicial los tienen entre sus miembros en la proporción de 1,5 % para negros, 12 % de mestizos y de 0,1 % de indígenas, lo que indica que más del 84 % de los jueces son blancos¹⁹. También, según los datos del Centro de Estudios de Seguridad y Ciudadanía, de la Universidad Cândido Mendes (RJ), el Ministerio Público brasileño está constituido de 77 % de blancos, 20 % de mestizos y sólo de 2 % de negros y 1 % de asiáticos, entre sus miembros²⁰.

Haciendo una investigación sobre el resultado de las muertes violentas en las ciudades, podemos ver, según los datos del Ministerio de Salud de Brasil, que en 2011 fueron ejecutadas 49,3 mil personas, de las cuales 71,4 % de negros, lo que corresponde a 35,2 mil asesina-

tos²¹. Fuera de los asesinatos, los datos presentados por el Mapa de la Desigualdad, un estudio realizado en la ciudad de São Paulo, puede indicar que las personas que viven en los barrios ricos, como el “Jardín Paulista”, tienen un edad media de vida de 79,4 años, mientras los que viven en las periferias, como el “Jardín Angela”, la tienen en torno de 55,7 años²².

Exclusivamente sobre la repartición de las riquezas, según los datos oficiales del Instituto Brasileño de Estadística, de cuatro personas en estado de extrema pobreza, tres son negras. Una esclavitud de más de 350 años y, como consecuencia, grados de miseria, pobreza y exclusión de más de 100 años conforman una base sólida de docilidad, capaz de sustentar el propio poder de vida y de muerte. Esa base de docilidad no descarta la existencia de focos de resistencia y de rebelión, que han surgido en la historia brasileña. Lo que se quiere decir es que, a medida que el poder dispone de la vida de las personas, se mantiene o por terror o por el engaño. De ahí la relevancia de los medios de comunicación masiva para la manutención del sistema.

Cuando nos proponemos a verificar la influencia de ese pasado esclavista sobre la consecución de una política de exclusión, que acaba minando la democracia, incluso o esencialmente por medio del derecho, tenemos que tener en cuenta que las declaraciones de derecho no valen por sí mismas. Para que puedan amparar a los excluidos es necesario que se comprenda su dimensión histórica. Como dice JAMESON, en cuanto a la crítica literaria, “todas las declaraciones aparentemente formales sobre una obra contienen dentro de sí una dimensión histórica oculta de la que el crítico no es siempre consciente; y se sigue de esto que deberíamos ser capaces de transformar esas declaraciones sobre la forma, las propiedades estéticas y demás en declaraciones genuinamente históricas, si sólo pudiéramos encontrar un punto de vista correcto para hacerlo”²³. Por eso, un análisis del propio derecho, en términos formales, no es suficiente para explicar cómo se procede a la destrucción de un pro

yecto democrático con el asentimiento de los propios perjudicados. La visión histórica de un largo proceso de sumisión puede aclarar acerca de la eficacia de los modos de cooptación al autoritarismo.

5.

La relación entre democracia y autoritarismo en el ámbito del estado de derecho

El concepto de autoritarismo o totalitarismo, como ha señalado TRAVERSO²⁴, siempre fue reservado a la caracterización de los Estados nazi-fascistas del siglo pasado. Después de su abandono o eclipse a partir de años sesenta, en que fue usado incluso como pretexto de defensa de la libertad occidental, el concepto de totalitarismo fue de nuevo resucitado por MARCUSE para demostrar sus asientos en la sociedad neocapitalista, en que no sólo se retrata como una forma de terrorismo de Estado, sino por medio de una reificación mercantil de la persona, que justifica una pérdida de contenido de los derechos de libertad²⁵.

La concepción de MARCUSE, si bien puede ser acusada de romántica, puede también alertar para otro enfoque del autoritarismo en las sociedades democráticas, cuando se observa que el poder soberano sigue equipado con otros mecanismos para mantener la estructura política que se ajuste a los intereses neocapitalistas. Esa es una idea que debe persistir. Como dice TRAVERSO, es indispensable mantener esa idea bien firme para evitar que sea instrumentalizada en contra de la persona y para repensar la historia y la política²⁶.

Conducidos esos argumentos a nuestra región se puede ver cómo el autoritarismo puede estar presente en nuestras democracias, que pueden garantizar un sistema parlamentario por elecciones libres, por un lado, y pueden impedir a los presidentes elegidos, por otro lado. Lo que se llama guerra jurídica (*lawfare*) está perfectamente definido por MARCUSE, cuando señala como muestra del autorita-

rismo la eliminación del contenido de las normas, que pasan a valer sólo como reglas o resoluciones formales.

Si miramos los tres procedimientos de *impeachment* en nuestra región, en Honduras, Paraguay y Brasil, se puede tener una comprensión más clara de cómo la democracia, con sus elementos legales privados de contenidos materiales, puede ser distorsionada para violar la decisión popular. En esos tres procedimientos, llevados al éxito por el Parlamento y la Corte Suprema, se han atendido, en términos generales, todos los trámites formales que dan base al proceso de *impeachment* de los mandatarios. Lo que faltaba, no era propiamente la desatención al procedimiento formal, sino a sus elementos materiales.

En Brasil, por ejemplo, ha faltado la demostración de la existencia de un delito de responsabilidad, que jamás fue hecha por los postulantes a la destitución de la presidente. El proceso de *impeachment* no es importante por sí solo, sino también por sus consecuencias. Si el proceso de *impeachment* se puede autosatisfacer como procedimiento formal, la construcción de un orden jurídico sin contenido material será el elemento jurídico decisivo para, conforme los deseos del poder de turno, destruir la propia democracia. De ahí la explicación de las nuevas formas de estado de excepción, como instrumentos de una intervención armada parcial.

El carácter autoritario de los regímenes políticos en América Latina no se manifiesta sólo por medio de los procedimientos de *impeachment*, sino principalmente por medio de actos que destruyen la propia ciudadanía. Es inherente a la ciudadanía el derecho a votar y a ser votado, a elegir sus candidatos y a ser candidato a los cargos políticos. Sin embargo, muchas constituciones e incluso la propia Convención Americana de Derechos Humanos admiten que ese derecho pueda ser suspendido por fuerza de condenas criminales (art. 23, 2). Pero esa regla de la Convención está en contradicción con su propia esencia, porque simplemente impide el ejercicio de un dere

cho humano fundamental, que es derecho de ciudadanía. El derecho de ciudadanía es condición esencial a la estructura de un régimen democrático y no puede ser suspendido por condenas criminales. El condenado criminal sólo pierde uno de sus derechos fundamentales, que es el derecho de libertad, pero no puede perder su derecho de ciudadanía. Si él pierde su derecho de ciudadanía pierde su propia dignidad y por ende su condición de persona. El Estado democrático no puede eliminar de alguien su condición de persona, no le puede tratar como simple objeto. Por lo menos dos casos en nuestra región constituyen modelos de suspensión de ciudadanía. El primero fue el procedimiento en contra del expresidente LULA, que lo llevo a la cárcel, y ahí lo mantuvo por 580 días, suficiente para impedir su candidatura a la Presidencia; después, el Tribunal Supremo no sólo lo liberó, como también declaró la nulidad absoluta de todos los procedimientos por cuenta de reconocer la absoluta parcialidad e incompetencia del juicio. Fuera de la suspensión de la ciudadanía por efecto de condena criminal, en Chile se ha dado un hecho muy grave. Tan solo por efecto de una acusación del Ministerio Público se ha impedido a Marco-Enríquez Ominami de ser candidato a la Presidencia de la República. Lo más malo en ese hecho es que el Tribunal Electoral chileno ha mantenido la suspensión de la ciudadanía, aunque la acusación haya sido rechazada por el Tribunal Penal, lo que demuestra la fragilidad de la protección de los derechos humanos en nuestra región. Sólo después de muchos recursos, él ha obtenido su inscripción como candidato, ya muy tarde para su campaña. Aquí están presentes dos hechos típicos de guerra jurídica (*lawfare*) al opositor político: se hace uso de una regla formal para suspender derechos fundamentales.

Hay una última consideración. Si el *impeachment* solapa la voluntad popular, la destrucción de la democracia puede también prescindir de esa voluntad. Las elecciones de líderes autoritarios, por el propio pueblo, indican que las democracias no deben ser vistas únicamente por la existencia de elecciones libres, sino por la capacidad de los ciudadanos de poder efectuar una libre evaluación de sus conductas frente

a las conductas de los otros, según una norma común, que atienda a sus respectivos contextos. En resumen, deben tener la capacidad real de poder evaluar libremente a los candidatos, conforme los programas para la solidificación de un estado de derecho democrático.

Una democracia, por tanto, no puede prescindir de un concepto de persona deliberativa, que se afirme como capaz de una autocrítica y de la crítica de las propias instituciones, o sea, de una persona que no se quede como producto de pura abstracción, sino como integrada en un contexto determinado, en lo cual se pueda desarrollar. Sin esa capacidad de crítica, las elecciones sólo corresponden a la voluntad de la ideología dominante, que es impuesta al pueblo por medio de un proceso masivo de cooptación por la docilidad. Una sociedad desigual y cooptada por formas inductoras de docilidad no sedimenta una democracia. Es el terreno fértil para su propia destrucción.

6.

Propuestas de soluciones

No es fácil proponer recursos para fomentar la construcción de la democracia. Las soluciones son siempre parciales y no pueden abarcar todos los problemas que quedan en su base. Hay algunas medidas que pueden amenazar su proceso de destrucción completa. Estas pueden ser:

Primero, la abolición gradual del proceso de criminalización para eliminar el sufrimiento de sus destinatarios e impedir su empleo en contra de los adversarios.

Segundo, la limitación de los poderes militares, como condición ineludible del proceso democrático, excluyéndolos de las tareas de la seguridad pública y destinándolos exclusivamente a fuerza de defensa del país frente ataques externos. Como consecuencia, extinguir todas las policías militarizadas.

Tercero, la reducción de los poderes del aparato judicial y la reestructuración de las formas de ingreso, por medio de la institución de mandatos temporales a la carrera y a los tribunales.

Cuarto, la ampliación democrática de los medios de comunicación para el efecto de garantizar una libertad real de la prensa, con los cortes de los monopolios y la previsión de reglas de responsabilidad por noticias falsas, que deben valer también para las redes sociales.

Quinto: atendiendo al concepto de persona deliberativa, como condición básica de la democracia, fortalecer la enseñanza pública, gratuita y sin censura, que pueda alcanzar, con calidad, todo el espectro del conocimiento y el dominio de las ciencias, de las artes y de las actividades técnicas.

Aunque estas sugerencias se puedan mezclar con un programa de gobierno, son todas ellas condiciones primarias para eliminar el Estado autoritario y para la construcción de la democracia. Son las condiciones necesarias para contener los efectos deletéreos de las guerras jurídicas, debilitar el estado de excepción y orientar el derecho hacia la protección real de las personas.

Notas

1. BODIN, Jean. Os seis livros da República, Livro Primeiro, Capítulo VIII, São Paulo: Icone Editora, 2011, p. 195.
2. KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 34.
3. HELLER, Hermann. La soberanía: contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional, Mexico: Escuela Nacional de Jurisprudencia, 1995, p. 10 e ss.; idem, Teoría del Estado, Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2015, p. 362.
4. KIRSCHNER/MICHAELIS/HOFFMEISTER/REGENBOGEN/MAYER. Wörterbuch der philosophischen Begriffe, Hamburg, 2005, p. 545.
5. HABERMAS, Jürgen. Rationalitäts- und Sprachtheorie, in *Philosophische Texte*, Frankfurt am Main: Fischer, 2009, tomo 2, p. 114.
6. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Colonização punitiva e totalitarismo financeiro, Rio de Janeiro: Da Vinci, 2021, p. 101.
7. BATAILLE, George. Lo que entiendo por soberania, Buenos Aires: Paidós, 1996, p. 67 e ss.
8. MBEMBE, Achille. Necropolítica, biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte, São Paulo: n-1 edições, 2018, p. 10.
9. WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen: Mohr, 1922, p. 20
10. WEBER, Max. (Nota 9), p. 20.
11. THÉRY, Julien. “Les hérésies, du XIIe au début du XIVe siècle”, in *Structures et dynamiques de la vie religieuse en Occident (1179-1449)*, ed. Marie-Madeleine de Cevins, Jean-Michel Matz, Rennes: PUR, 2010, p. 373-386.
12. KÖNIG, Andrea. *Giordano Bruno an der Schwelle der Moderne*, Marburg: Tectum, 2003, p. 124.
13. RAMÍREZ MONCAYO, Andrés Fernando. En búsqueda de una teoría general del delito canónico, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2001, p. 139.
14. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Estudio preliminar”, in *Helmut Nicolai, La teoría del derecho conforme la ley de las razas*, Buenos Aires: CLACSO, 2015, p. 33.
15. <https://jornalgggn.com.br/noticia/comandante-do-exercito-pressiona-stf-contra-lula-e-post-entendido-como-ameaca>.
16. MONIZ BANDEIRA, Luiz Alberto. A desordem mundial, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 37.
17. FREVERT, Ute. *Die Politik der Demütigung, Schauplätze von Macht und Ohn*

macht, Frankfurt am Main: Fischer, 2017, p. 7 e ss.

18. CASARA, Rubens. *Sociedade sem lei*, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 95.

19. <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86694-pesquisa-do-cnj-quantos-juizes-negros-quantas-mulheres>.

20. <https://www.ucamcese.com.br/reportagens/77-do-mp-e-branco-e-70-homem-so-2-e-preto/>.

21. <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/homicidios-no-brasil-71%-das-vitimas-sao-negras,6e8009c39f0f5410VgnVCM20000099cceb0aRCRD.html>.

22. <https://www.nossasaopaulo.org.br/portal/arquivos/mapa-da-desigualdade-2017.pdf>

23. JAMESON, Frederic. *Las ideologías de la teoría*, Buenos Aires: Ex Libris, 2014, p. 162.

24. TRAVERSO, Enzo. *Totalitarismo, storia di um dibattito*, Verona: Ombre, 2015, p. 89.

25. MARCUSE, Herbert. *One-Dimensional Man*, Boston: Beacon Press, 1964, p. 11.

26. TRAVERSO, Enzo. (Nota 24), p. 131.

12.

Penas Ilícitas: Un desafío a la Dogmática Penal

Eugenio Raúl Zaffaroni

A Esteban Righi, in memoriam

I. *Poder punitivo lícito e ilícito*

Es hoy imposible afirmar que en Latinoamérica sólo se ejerce el poder punitivo dentro de los límites señalados normativamente.

Quizá desde la criminología más o menos radicalizada se pueda sostener que se trata de un fenómeno mundial, pero incluso admitiendo esta observación, lo cierto es que en nuestra región las manifestaciones ilícitas del poder punitivo son harto evidentes. Muchísimos de esos ilícitos consisten en delitos cometidos por funcionarios, la gran mayoría impunes, o sea que, en la práctica, son tratados como conductas atípicas.

Entre los formados en derecho se suele reiterar la afirmación de que *una cosa es la doctrina y otra la práctica del derecho penal*, esgrimida como explicación de la desilusión de quienes, como estudiantes, encontraron en el derecho penal a su *primera novia*, pero luego siguieron otros caminos científicos o profesionales.

Si bien el *deber ser* nunca llega a *ser por completo* en la realidad y, por ende, no existe ninguna normativa jurídica –civil, administrativa, laboral, incluso constitucional– que se traduzca en la vida de la sociedad en un ajuste perfecto a las normas, este comentario –en apariencia inocuo– referido en particular al derecho penal, en el fondo está indicando que es en esta rama de la ciencia jurídica donde la escisión entre *deber ser* y *ser* alcanza una *disparidad* que muchas veces llega a la dimensión del *disparate*, lo que –antes o después– redundará en un grave desprestigio para la doctrina jurídico-penal que, en alguna medida, ya se halla en curso, aunque buena parte de sus cultores no lo perciban.

El *punitivismo demagógico y populachero de los medios dominantes* opera como factor de racionalización inconsciente en el penalismo, pero impide caer en la cuenta de que el silencio doctrinario frente a la realidad del ejercicio del poder punitivo concede razón a la afirmación de que el derecho es un mero instrumento de las clases dominantes.

Si bien es verdad que los grupos hegemónicos de todos los tiempos pretenden reducir el derecho a esa despreciable condición, la ciencia jurídica tiene el *deber ético* de confrontar con esa pulsión en una continua *lucha por el derecho* –en el viejo sentido de Jhering–, es decir, que se le impone hacerse cargo del sufrimiento de las víctimas del poder meramente represivo, para que la *lucha* se mantenga en el propio campo del derecho.

Aunque no haya garantía alguna de que ese esfuerzo doctrinario tenga éxito –dado que juegan otros muchos factores de poder y la ciencia jurídica no es omnipotente– se le impone como *mandato ético sumarse al esfuerzo de contención*.

Este es el punto donde se toca íntimamente *la ética con el derecho*, porque la historia muestra que cuando éste se degrada a puro instrumento de los grupos hegemónicos, un día los que sufren el poder represivo se lanzan a ponerle fin fuera del derecho –es decir, por la violencia–, lo que nunca es del todo bueno y significa siempre un fracaso del derecho. Por lo menos desde la *toma de la Bastilla* en adelante, el primer impulso de todo cataclismo social y político, siempre se dirigió, real o simbólicamente, contra los aparatos de ejercicio del poder punitivo.

Por ende, desde lo doctrinario nos incumbe *éticamente* hacernos cargo de la realidad del ejercicio del poder punitivo ilícito en nuestra región: la ciencia jurídico-penal debe proporcionar una respuesta a los interrogantes que su práctica le plantea, especialmente en las cuestiones cruciales que hasta el presente no ha enfrentado con

decisión, como es el problema de las *penas ilícitas*.

Comenzaremos por echar una rápida mirada para relevar los hechos que debe considerar jurídicamente la dogmática jurídico-penal; verificaremos en segundo lugar que, hasta el presente, la respuesta doctrinaria es muy pobre o directamente nula; por último, indagaremos acerca de los instrumentos conceptuales de que dispone la ciencia jurídico-penal y la forma como corresponde que ésta se haga cargo del problema.

II.

La situación fáctica en Latinoamérica: los hechos

1.

Poder punitivo ilícito ejercido por agencias administrativas

El poder punitivo ejercido en forma ilícita –típica o no- es un viejo problema en la región. Nos referimos a las conductas ilícitas imputables a funcionarios policiales o penitenciarios, como también a terceros, por omisión de los anteriores.

En primer lugar, no podemos ignorar que en nuestra región se siguen registrando desapariciones forzadas, aunque no todas ellas son imputables a funcionarios estatales, sino a violencia en Estados deteriorados que han perdido el relativo monopolio del poder punitivo. Esto no significa que no las haya imputables a funcionarios, como el triste caso de los estudiantes de Ayotzinapa.

Fuera de estos casos extremos, deben entrar en consideración –por su gravedad- las ejecuciones sin proceso, que son de antigua data y en ocasiones surgen como brotes y en otras son ya normalizadas. Se trata de la *pena de muerte real* en la región, donde el derecho la abolió formalmente, salvo algunos países del Caribe.

Las cifras latinoamericanas de *letalidad policial* registradas superan en mucho a las del hemisferio norte, lo que parece estar normalizado a través de los medios masivos, con *(de)formadores de opinión* que se permiten incitar pública e impunemente al homicidio afirmando ante las cámaras y los micrófonos que *el mejor delincuente es el delincuente muerto*.

Cuando la frecuencia de muertes estatales o *letalidad policial* es alta, resulta posible comparar cifras y verificar en grandes números si se trata de muertes en enfrentamientos con las policías o de ejecuciones sin proceso¹. Los casos particulares y no frecuentes no son de fácil comprobación, pues requieren la intervención activa de los jueces, de las autoridades políticas y de las propias cúpulas de las agencias comprometidas con esos homicidios².

Al margen de este ejercicio ilícito letal del poder punitivo –y pese a la ratificación de tratados internacionales– abundan en la región las denuncias de delitos de torturas, malos tratos, lesiones o sufrimientos impuestos por funcionarios o no evitados por ellos, en especial a personas privadas de libertad o en el acto de hacerlo, como también las víctimas de *motines, violencias o tumultos carcelarios* y enfermedades contraídas y lesiones sufridas como resultado de deficientes condiciones prisionales, presos en dependencias policiales, lesiones en traslados y circunstancias análogas.

Casi todas estas lesiones a bienes jurídicos son producto de conductas típicas (activas u omisivas) de funcionarios estatales, aunque algunas los sean por negligencia o por circunstancias no imputables a los funcionarios de las agencias ejecutivas, sino del deficiente material de que estos funcionarios disponen o de las precarias condiciones en que deben cumplir sus tareas.

De toda forma, en el plano internacional se trata de violaciones a los derechos humanos que generan responsabilidad de los Estados, como lo prueban numerosas sentencias del sistema regional de derechos humanos.

Cuando estas lesiones configuran conductas típicas de los funcionarios, en gran medida resultan impunes, dada la dificultad para su investigación o la poca o nula atención que le dispensan los tribunales abarrotados de causas por hechos de menor gravedad, como también por la falta de denuncia, ante la amenaza de represalias por parte de los mismos funcionarios o de sus agencias.

Hasta hace algunas décadas, prácticamente estos eran los hechos de poder punitivo ilícito que preocupaban en mayor medida. Hace casi tres décadas que publicamos con motivo de estas prácticas ilícitas un artículo titulado “Las penas crueles son penas”, que tuvo singular éxito en aquellos años³ y cuyos argumentos centrales reiteramos en una publicación europea⁴.

2.

Poder punitivo ilícito habilitado por jueces

2.1.

Continuo aumento del número de presos.

En las tres décadas que siguieron a aquellas publicaciones de la última del siglo pasado, se produjo un cambio cualitativo muy negativo, que plantea hoy el problema más agudo y generalizado y hasta *normalizado* en la región: se trata de la *sobrepoblación penitenciaria y del constante aumento de la prisionización* (conocido como el *gran encarcelamiento o encarcelamiento masivo*)⁵.

El número de presos en casi todos nuestros países aumenta incesantemente desde 1992 a ritmos anuales sostenidos, llegando a cifras absolutas y relativas antes nunca registradas. Argentina pasó de 63 presos por cada cien mil habitantes en 1992, a más de 200 en la actualidad, Brasil de 74 a 333, El Salvador de 98 a más de 600, Perú de 76 a 270, Uruguay de 96 a 300.

Contribuye a ese aumento un mal antiguo de la región, que es el abuso de la prisión preventiva o cautelar⁶, cuyos porcentajes se mantienen altos, excediendo el 40 % del total Ecuador (40 %), Perú (48 %), Argentina (48 %), Guatemala (53 %), Panamá (54 %), Honduras (59 %), Dominicana (60 %), Uruguay (61 %), Venezuela (67 %), Bolivia (70 %), Paraguay (76 %)⁷.

Los recursos pragmáticos procesalmente perfeñados –como la supresión del plenario por vía de la *plea bargaining* o juicio abreviado- si bien implicaron algunas variantes en el curso de los años, en definitiva, no redundaron en una disminución significativa de estos porcentajes, pese a implicar el paso de *presos sin condena* a *condenados sin juicio*.

Todo sigue señalando que el alto porcentaje de presos preventivos es indicativo de una alta tasa de población penal *flotante*, imputada por delitos de menor gravedad.

Cabe observar que la creciente prisionización no guarda relación con el crecimiento poblacional general, ni tampoco con la mayor frecuencia de delitos graves, porque en la población penal de nuestra región predominan netamente los presos por delitos contra la propiedad –muchos sin violencia- y por comercio minorista de tóxicos prohibidos (distribuidores entre nuestras clases medias).

La composición de la población carcelaria en la región demuestra que domina la prisionización por hechos que corresponden a la llamada *delincuencia de subsistencia*, lo que se confirma verificando que el porcentaje de presos por homicidios, delitos contra la integridad física y sexuales, por regla no suele superar el 20 % del total.

2.2.

Selectividad discriminatoria.

La composición de la población penal es sustancialmente masculina y joven, lo que no quiere decir que no constituya un problema serio la prisionización de mujeres –en especial imputadas por distribución minorista de tóxicos o como *mulas* o *transportadoras*-, con la gravísima y frecuente alternativa entre separar a madres de sus niños pequeños o mantenerlos junto a ellas en la prisión⁸, dramática opción entre trascendencia de la pena o aumento del sufrimiento por razones de género.

De toda forma, es bastante obvio que el patriarcado tiene -al menos- algún efecto paradójico, pues determina que la población penal sea muy mayoritariamente masculina⁹, lo que pone de manifiesto nuevamente que -en nuestra región al menos- a la mujer se la sigue controlando socialmente mediante el dominio propio de la cultura patriarcal¹⁰. Si el hombre es beneficiario de esa hegemonía social discriminatoria, en lo carcelario la paga con su extrema discriminación prisionizante.

En algunos países donde se mantiene una seria discriminación étnica -sea como cicatriz histórica del sistema esclavócrata o de la colonización genocida originaria- se registran también altos porcentajes de presos (indios o negros y mulatos, según la composición poblacional), que sobrepasan en mucho el de su tasa en la población general (sobrerrepresentación).

De cualquier modo, en todos nuestros países la población penal se compone en su casi totalidad por personas de los estratos más pobres de cada sociedad, es decir, seleccionada conforme a estereotipos clasistas, lo que en algunos se combinan con los elementos racistas señalados antes, o sea que se trata de hombres jóvenes, pobres y en algunos países preferentemente negros, mulatos e indios.

La composición de la población penal muestra que la selección criminalizante se lleva a cabo conforme a estereotipos configurados mediáticamente en el imaginario social con estas características, a las que suele agregarse la de morador de barrios precarios (los *slums* de nuestras ciudades: *villas miserias, favelas, pueblos jóvenes*).

2.3.

El estado de las prisiones.

Un John Howard moderno verificaría que, si bien no todas las prisiones de nuestra región se encuentran en similares condiciones de deterioro, lo cierto es que arrecia el número de establecimientos en

los que la superpoblación excede los márgenes tolerables conforme a los estándares internacionales, en especial los de las Naciones Unidas (que señala una densidad máxima admisible de 120 %) y sus reglas mínimas para el tratamiento de las personas privadas de libertad (*reglas Mandela*)¹¹.

En Ecuador, Costa Rica, Brasil, Colombia, Paraguay, Honduras, Dominicana, Nicaragua, El Salvador, Perú, Venezuela, Guatemala y Bolivia, se superan estas cifras, llegando hasta una densidad de 342 % en Guatemala y 354 % en Bolivia. Diez de los 18 países del Caribe también superan el límite tolerable y Haití alcanza una densidad de 365 %¹².

Por lo general, cuando se producen estos excesos, al mismo tiempo se registra una enorme desproporción entre el personal penitenciario y el número de presos. El porcentaje óptimo de funcionarios de seguridad por preso parece estar entre uno y tres funcionarios por preso, que son los números europeos¹³. Cabe observar que -en razón de turnos y parte dedicada a la administración- en realidad al servicio de seguridad a lo largo del día la tasa ideal está entre cinco y 15 presos por funcionario.

Desde Uruguay, que registra cuatro presos (en realidad de servicio 20) por funcionario, hasta Ecuador, con 24 presos (en realidad 120) presos por funcionario¹⁴, ninguno de los países de la región se encuentra con las cifras óptimas y muchos se alejan insólitamente de ellas.

En estas condiciones el Estado pierde el control del orden interno de las prisiones, que pasa a manos de los propios presos que, por regla son miembros de bandas o grupos estructurados de delincuencia, es decir, de la llamada *delincuencia organizada*.

El control interno por parte de los presos que integran estas organizaciones se torna violento, sometiendo a los que no forman parte de

la banda dominante a humillaciones y servidumbres, incluso sexuales. Todo ello sin perjuicio de las eventuales disputas por la hegemonía entre bandas, con alto saldo de víctimas fatales y escenas de inusitada crueldad (ejecuciones, mutilaciones, decapitaciones, etc.), que se normalizan en la creación de *realidad mediática* como supuestas manifestaciones de la violencia *natural* de la delincuencia.

Las prisiones, en estas condiciones, pasan a ser instituciones en que no sólo se violan reglas que hacen a la alimentación, cubaje de aire, atención de la salud, sino que degradan al máximo la autoestima de los presos, los someten a servidumbre, ponen en peligro su vida en razón de la violencia interna, siendo impotentes para pedir ayuda o protección al personal de seguridad que, cuando existe, lo es en número por completo insuficiente para cumplir esa función elemental.

Si bien en todo el mundo, por efecto del inevitable deterioro de la institución total¹⁵, en las prisiones se producen más homicidios y suicidios que en la vida libre, esa relación alcanza límites muy altos en nuestra región, donde se ha calculado que por cada homicidio en la sociedad libre, se producen 25 en las prisiones, y por cada suicidio en la sociedad libre, ocho en las prisiones¹⁶.

2.4.

El efecto reproductor de violencia.

Lejos de cumplir cualquier objetivo que en algún momento permita al preso su reintegro a la vida libre en condiciones al menos no más negativas que las que determinaron su ingreso, la inmersión de una población masculina joven en prisiones degradadas la obliga incorporarse a una banda u organización interna, por elemental necesidad de supervivencia en esa sociedad artificial y violenta.

Esos jóvenes -en gran número poco más que adolescentes- están forzados a adoptar las pautas de conducta de las bandas en razón de una necesaria actitud defensiva de sus vidas que, prolongada en

el tiempo, acaba por condicionarles la incorporación de los valores violentos del orden interno y la llamada internalización del estereotipo o asunción de la subjetividad delincencial, cuando se pasa del *yo robé* al *yo soy ladrón*.

Esto confirma las ya antiguas observaciones de la criminología norteamericana, que hace más de 50 años advertía que una errada intervención punitiva con motivo de una desviación de conducta (primaria) daba lugar a una desviación (secundaria) más grave, condicionante de *carreras delincuenciales*¹⁷.

Dicho en términos más claros: en las prisiones deterioradas por superpoblación se internan ladrones y se externan potenciales homicidas, a los que, además, se los libera con el estigma de *expreso*, o sea, que el propio Estado se empeña en proveerles de un *certificado de incapacidad laboral* y de *capitis diminutio* social en general.

2.5.

La muerte violenta en la sociedad.

Este condicionamiento deteriorante de los presos, inductor de conductas violentas e incapacitante para la vida libre, no puede menos que incidir sobre las altísimas tasas de homicidios que registran algunos de los países de la región que, conforme a los estándares de evaluación de la ONU, se hallarían en situación crítica en cuanto a muertes violentas. Tengamos en cuenta además que, en esos países, cerca del 50 % de los homicidios suelen quedar impunes, sea por falta de diligencia para su esclarecimiento o por tratarse de ejecuciones sin proceso.

Las tasas de homicidio se establecen por su número cada 100.000 habitantes. De los 221 países de la ONU, en 2015 se observan 42 que registran menos de un homicidio anual por cada 100.000 habitantes; hay 30 países que registran entre uno y dos homicidios anuales; en el resto de los países se observa que estas tasas van subiendo,

hasta que en el extremo máximo aparecen los que se encuentran en situación crítica, con tasas que superan 15 homicidios por 100.000 habitantes, y llegan en algunos casos hasta una tasa de 100. Son 26 los países a los que corresponden estos últimos registros críticos, entre los cuales 21 corresponden a Latinoamérica y el Caribe; los cinco restantes son africanos. México, Colombia, Brasil, Guatemala, Belice, Jamaica, Venezuela, Honduras, El Salvador, superan con creces la tasa de 15 por 100.000 anuales, y este último país registraba en 2015 nada menos que 108¹⁸, en tanto que Brasil hoy alcanza algo más de 37.

La Organización Mundial de la Salud indica que es alarmante un padecimiento que supere 10 muertes anuales por cada 100.000 habitantes. Teniendo en cuenta que la mayoría de las víctimas de homicidio en los países con tasas más altas son jóvenes, resulta que la muerte violenta es la principal causa de muerte de esa faja etaria en varios países de nuestra región.

En Brasil, tomando en cuenta esa faja etaria y, dentro de ella, abarcando sólo a los jóvenes negros y mulatos, la tasa de muerte violenta alcanza a 100 por 100.000 anuales, lo que implica una verdadera cifra bélica. Estos datos revelan una selección discriminatoria clasista, etaria y racista en la victimización por homicidio, que guarda un casi exacto paralelo con la discriminación que rige la selección prisionizante.

2.6.

La prisión como tortura.

La privación de libertad bajo constante amenaza para la vida y la salud, la subalimentación, el riesgo de enfermedades infecciosas, el sometimiento a grupos violentos de presos -muchas veces humillante y servil-, en dormitorios con hasta tres niveles de camas, provistos de colchones no ignífugos de polietileno (cuya combustión produce asfixia letal por obstaculización de vías respiratorias),

escaso o nulo personal de vigilancia, sin un mínimo de privacidad, maltrato a los visitantes, requisas violentas y vejatorias, insuficiente o inexistente personal médico y de enfermería, carencia de medicamentos, se ha considerado por los tribunales internacionales configurador de una forma o modalidad de tortura, dado que el art. 2° de la *Convención Interamericana contra la tortura* no limita la finalidad de ésta a la obtención de información de interés policial o de investigación, sino que los fines que menciona son meramente ejemplificativos, dado que agrega *o con cualquier otro fin*.

Quede claro que no nos estamos refiriendo a las habituales carencias de las prisiones de la región, ni tampoco a la sobrepoblación dentro de límites tolerables ni a los defectos corrientes por todos conocidos, sino a una deformación total de esta pena, de tal entidad que deja de ser de mera privación de libertad, para pasar a ser una pena corporal con posibles secuelas irreversibles o incluso una pena de muerte por azar. Mucho menos estamos haciendo referencia aquí a los usuales efectos deteriorantes de la prisionización, conocidos desde la crítica sociológica del siglo pasado a las instituciones totales.

Sea como fuere –y más allá de la injustificada resistencia que puede generar la calificación de *tortura*– no cabe duda de que, en las mencionadas condiciones, las penas de prisión (y con más razón aún las prisiones preventivas o provisionales) son penas ilícitas calificadas como *penas crueles, inhumanas y degradantes*, prohibidas por el art. 2,1 de la *Convención Americana de Derechos Humanos* y por todas las constituciones de nuestras repúblicas.

III.

El desafío sin respuesta

1.

Las penas ilícitas son penas

Al igual que hace tres décadas, advertimos ahora que las penas pueden ser *lícitas o ilícitas*, siendo estas últimas las *penas crueles, inhumanas y degradantes*, consideradas tales por el derecho constitucional de todos los países latinoamericanos y también por todos los tratados de derecho internacional de derechos humanos.

No tiene sentido eludir la realidad con finas especulaciones racionalizadoras, pretendiendo concluir que la tortura infligida por un funcionario estatal a una persona que está sometida o somete a su poder con motivo o pretexto de un delito, no sea una pena. La tortura y en general las penas crueles se ejecutan por funcionarios del Estado sobre personas imputadas o condenadas por delitos, de modo que es una forma clarísima de respuesta estatal a un delito cometido o imputado, o sea, que queda claro que estas *penas ilícitas también son penas*.

El Estado no puede ampararse en que no se trata de su responsabilidad, sino sólo de la propia e individual de sus funcionarios, puesto que resultaría una persona jurídica dotada de un muy singular e inadmisibles privilegio de irresponsabilidad jurídica absoluta: sólo se haría cargo de las conductas lícitas de sus agentes, pero se desentendería de las ilícitas y delictivas, ignorando que en todos los casos debería -como mínimo- responder por su culpa *in eligendo* o *in vigilando*.

Además, si faltase alguna razón para reafirmar la verdad de Perogrullo de que las penas ilícitas son penas, basta pensar que en estos casos los Estados cometen también un injusto internacional y

la jurisdicción supranacional los condena a reparar el mal inferido a la víctima. A este respecto cabe destacar que la carencia de una adecuada solución conforme al derecho en el plano interno, da lugar a una sanción internacional al Estado y, por ende, toda conducta, de funcionarios de cualquier rama del Gobierno (ejecutivo, legislativo o judicial) que impida alcanzar esa solución en el orden interno, es una forma de participación en un ilícito internacional.

Frente a los delitos o ilícitos cometidos por funcionarios, sostuvimos –y seguimos afirmando– que el sufrimiento que la víctima padeció como pena, necesariamente le debe ser descontado o *compensado* con una reducción –o incluso cancelación, según la gravedad del daño sufrido– de la pena lícita que se le imponga o que deba cumplir o le reste por cumplir, según el caso.

En este último sentido debemos aclarar que es obvio que la prisión preventiva es una pena. Sería absurdo que la prohibición de penas crueles, inhumanas o degradantes o de torturas, se limitase a las penas a condenados y excluyese la prisión de procesados beneficiarios del principio de inocencia.

Los argumentos de algunos procesalistas que sostienen su analogía con las medidas cautelares del proceso civil, son inconsistentes: en el proceso civil es posible exigir *contracautelas*, lo que en la prisión preventiva es inimaginable; la medida cautelar civil sólo puede producir un indebido daño patrimonial que eventualmente es susceptible de reparación en la misma especie. Es claro que es imposible reponer en la misma especie la libertad y la existencia de las que priva una prisionización.

Los datos porcentuales de *presos sin condena* que hemos consignado antes indican claramente que se mantiene la *inversión del proceso penal* en la región, o sea que, para más de la mitad del total de los presos latinoamericanos, primero se les ejecuta la pena (o se comienza a ejecutar) y luego se los condena: en los hechos, la verda

dera sentencia condenatoria es el auto que dispone la pretendida medida cautelar, en tanto que la sentencia definitiva deviene una suerte de revisión extraordinaria.

2.

Las objeciones formales

Nuestra propuesta de hace tres décadas no tuvo gran repercusión en la región, pese a la alta frecuencia de penas ilícitas ejecutadas por funcionarios estatales. En aquel momento no profundizamos suficientemente en la cuestión como problema de dogmática jurídico penal y nos limitamos a responder posibles objeciones, aunque no todas eran producto de nuestra imaginación de laboratorio.

Así, pensamos que nuestra tesis se podía rechazar argumentando con base en la intangibilidad de la *cosa juzgada* en caso de condenados. Frente a esa objeción nos parecía obvio que, tratándose de hechos posteriores o sobrevinientes, necesariamente debían dar lugar a una revisión de la pena impuesta, además de advertir que una garantía en favor del condenado nunca se debe utilizar en su contra.

Contrarreplicar que también la *cosa juzgada* operaría como una garantía para la sociedad o el Estado implicaría una inversión del objetivo constitucional de la exigencia de legalidad, que pasaría a entenderse como garantía de la voluntad punitiva del Estado, al igual que en el derecho penal *fascista*, en especial cuando se identifica el Estado con la *sociedad*.

Menos aún admitíamos que la falta de previsión legal del caso impidiese a los jueces adoptar la solución *compensatoria*, cuando ésta no depende de la letra de la ley infraconstitucional, sino de la ley constitucional e internacional.

De máxima incapacidad justificante sería la objeción simplista de que resulta difícil *compensar*, por falta de criterios más o menos firmes, puesto que esta dificultad no es ni remotamente de imposible superación y, además, no faltan apelaciones a la compensación en la misma ley positiva, cuando imponen a los jueces la valoración de la intensidad de los daños, como son los supuestos de las injurias recíprocas, por no hablar de la ponderación que impone al juez el estado de necesidad justificante.

La propia gravedad o contenido ilícito de los hechos (lesiones al honor, humillaciones, privaciones ilegales de libertad, incumplimiento de los deberes funcionales, etc.), traducida en la cuantía de la escala penal correspondiente, da una pauta a tener en cuenta respecto de cuánto se deba restar de las penas a imponer o en ejecución.

3.

La respuesta punitiva limitada a funcionarios

A partir de cualquier teoría legitimante de la pena, se podría sostener que el Estado resuelve el conflicto limitándose a penar a los funcionarios responsables de la ejecución de penas ilícitas, cuando éstas configuren conductas típicas.

Sin recorrer todo el elenco de teorías legitimantes del poder punitivo, creemos que es suficiente con referirnos a la más idealista de éstas, que sería la más idónea para rechazar la tesis *compensatoria*.

Por ende, adoptando -únicamente *ad effectum alegandi*- la legitimación más o menos hegeliana de las penas, se podría llegar a sostener que con la punición del autor del delito se reafirma el derecho y se cancela su negación, con lo cual la cuestión quedaría supuestamente zanjada.

Esta tesis se podría ensayar hoy por quienes postulan apodícticamente que la pena es la reafirmación de la vigencia del derecho¹⁹.

Desde esta posición, se podría argumentar que penando al torturador se reafirmaría la vigencia del derecho y con eso se resolvería el problema.

Pero incluso dentro de esta tesis legitimante no se podría ignorar que el delito de tortura fue también una pena realmente ejecutada que, debido a su ilicitud, no sólo no reafirmó la vigencia del derecho, sino todo lo contrario, precisamente por ser un delito. Si la pena debe seguir al delito, en estos casos, la pena que sigue al delito es otro delito. La tortura sería una pena que no sólo no reafirma la vigencia del derecho, sino que, por constituir un delito, agrava o duplica la lesión, provoca una defraudación de expectativas sociales y de rol similar a la de un médico que en lugar de suturar una herida la profundice provocando más dolor. De allí se podría deducir, incluso en el marco del idealismo normativista, que en el caso de las penas ilícitas, para cancelar la doble negación de la vigencia del derecho y reafirmarla, es menester hacer algo más que limitarse a penar al funcionario infractor.

4.

El silencio doctrinario ante los jueces como autores mediatos de torturas

La más profunda y radical diferencia con lo que planteamos hace tres décadas y lo que nos ocupa como fenómeno que se fue generalizando en el tiempo transcurrido es que en aquel momento nos referíamos a penas ilícitas impuestas y ejecutadas por agentes del Estado que, ordinariamente eran personal policial y penitenciario, pero ahora se trata nada menos que de penas ilícitas *ordenadas por los jueces*, pues cada vez que un juez envía a una persona a una prisión degradada está imponiendo una pena ilícita, conoce el estado de la prisión y, por ende, actuaría también con dolo.

Si la doctrina es poco sensible frente a las penas ilícitas ejecutadas por funcionarios administrativos, el silencio ante jueces que operan como autores mediatos de tortura resulta mucho más dramático para el prestigio y la credibilidad de la ciencia jurídico-penal.

Los funcionarios encargados de ejecutar las penas habilitadas por jueces y que deban cumplirse en las cárceles deterioradas serían los autores directos, quizá amparados en la necesidad justificante o exculpante, incluso por un invencible error de prohibición, pero a los jueces no los podría beneficiar ninguna de esas eximentes.

Ni siquiera se podría argumentar en favor de los jueces que no son culpables, debido a su formación *positivista jurídica*, como se pretendió con los jueces nazis. En este caso no puede tener eficacia ese argumento, porque los jueces nazis obedecían las leyes de su tiempo, donde no había normas constitucionales ni internacionales válidas. Pero los positivistas de hoy no pueden ignorar las normas de máxima jerarquía, perfectamente válidas y que prohíben esa clase de penas. A los jueces nazis se los pretendió exculpar por no tener una formación *jusnaturalista*, pero en el caso de las prisiones crueles de nuestra región, para nada juega cualquier consideración *supralegal*, pues para comprender que se trata de torturas o de tratos crueles, inhumanos o degradantes, basta con leer las constituciones, es decir, con ser un sano y correcto positivista jurídico.

El drama de nuestros jueces latinoamericanos frente a las penas ilícitas de prisión es mucho más grave, porque parece que se los coloca en una contradicción sin salida: parecen ser autores mediatos de torturas y hasta de homicidios, incluso valiéndose de autores directos amparados por eximentes; además, devendrían cómplices de ilícitos internacionales que hacen responsable al Estado y ni siquiera podrían ampararse con el argumento con que se pretendió beneficiar a los jueces nazis.

5.

Las preguntas sin respuesta: los jueces en la contradicción y nadie es responsable de las muertes y torturas

5.1.

Las preguntas se dirigen a la doctrina penal.

Sea que las penas ilícitas se califiquen como *tortura* o simplemente como *penas crueles, inhumanas o degradantes*, las preguntas que inmediatamente vienen a la mente son las siguientes: *¿Se puede admitir que los jueces ordenen torturas o penas crueles, inhumanas o degradantes? ¿Puede el derecho ordenarles asumir el papel de autores mediatos de torturas? ¿Obedecen los jueces la Constitución que juraron o se comprometieron a respetar y que prohíbe esas penas? ¿Serían responsables por las muertes y lesiones que se produzcan en esas prisiones? ¿Acaso esos resultados no son previsibles?*

Estas no son preguntas dirigidas a los políticos, es decir, a los poderes ejecutivos y legislativos de cada Estado en reclamo de una *política* –llámese *criminal* o, simplemente, *política*– sino al propio derecho penal, a la propia dogmática jurídico-penal, que debe una respuesta.

El saber o ciencia jurídico-penal no es un *art pour l'art*, sino que se trata de un conjunto de conocimientos con un claro objetivo práctico: *aspira a convertirse en jurisprudencia*. Se teoriza el derecho penal con destino a los operadores del poder jurídico (jueces, ministerios públicos, defensores, trabajadores judiciales), en vistas a convertirse en sentencias, es decir, en actos de *gobierno de la polis*, como es toda sentencia, sencillamente porque emerge de una rama del gobierno del Estado republicano.

Así las cosas, cabe preguntar cómo es posible que la ciencia jurídico-penal latinoamericana pase por alto que proyecta la tarea de los

jueces en forma que, en la práctica, éstos se conviertan en autores mediatos de delitos de tortura y hasta de homicidios.

Los penalistas podríamos no responder o evadir la respuesta con racionalizaciones, en cuyo caso también estaríamos respondiendo, porque dejaríamos las cosas como están y los jueces seguirían imponiendo penas ilícitas. Se trata de un claro caso en que *la no respuesta es una respuesta*.

Si la doctrina debe alimentar la jurisprudencia, si en definitiva es en nuestra tradición la encargada de proveer a los jueces de los instrumentos conceptuales con que resolver sus casos, las preguntas terriblemente embarazosas antes expuestas y los cuestionamientos, aparentemente dirigidos a los jueces, no deben dirigirse a éstos –o, al menos, no a ellos en primer término– ni menos aún cargarles la responsabilidad de la falta de una respuesta adecuada al derecho, sino a los doctrinarios que asumen la función de proyectistas de su jurisprudencia. *La ciencia jurídico-penal de la región no puede eludir la respuesta, esas preguntas deben ser respondidas por el derecho penal, como verdadero y auténtico problema de dogmática jurídico penal, pues de lo contrario deja a los jueces sin los instrumentos conceptuales para ensayar una jurisprudencia adecuada al Estado republicano y de derecho.*

5.2.

La respuesta del derecho penal también la exige la jurisprudencia suprema.

Una respuesta por parte del derecho penal –de la ciencia jurídico-penal– la urge la propia jurisprudencia constitucional e internacional, incluso fuera de nuestra región. Sin pretensión de agotar sus debidos reclamos –jurídicos, por cierto, pero fuera del derecho penal–, cabe recordar que la Suprema Corte de los Estados Unidos ordenó al gobierno de California reducir en determinado plazo el número de presos²⁰ y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hizo lo mismo

con Italia²¹; en nuestra región se registran decisiones de máximos tribunales en parecido sentido en Argentina²² y en Colombia²³. Hoy Argentina enfrenta un problema similar en el sistema carcelario de la provincia de Buenos Aires y el máximo tribunal provincial ha impartido algunas directivas que, a su modo, también implican una demanda de respuesta a la doctrina penal.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ordenó medidas provisionales contra Brasil acerca de dos prisiones (Riacho y Río de Janeiro)²⁴, disponiendo que se compute a todo efecto doble el tiempo de detención en esas prisiones, excepción hecha de delitos contra la vida y la integridad física y sexual, en que también se debería proceder de igual modo, pero después de una peritación criminológica.

Pero en todos estos casos se trata de decisiones de las máximas instancias jurisdiccionales nacionales e internacionales dirigidas a resolver o paliar la superpoblación, que se dirigen a los Estados para que adopten medidas generales de reducción de población penal por la vía de alguna o de todas las ramas de sus gobiernos; cuál de ellas lo haga y cómo es una cuestión interna de cada Estado, en la que el derecho internacional no se entromete.

Pero lo cierto es que ninguna de ellas se funda en consideraciones de estricta dogmática jurídico-penal, sino –como corresponde a la naturaleza de las decisiones– que se adoptan conforme al saber jurídico propio del derecho constitucional y del internacional, sin que hasta el momento se haya ensayado una respuesta desde la doctrina jurídico-penal.

Aunque en algún caso, como el de la medida provisional de la Corte Interamericana, incumbe también a los jueces su acatamiento, lo cierto es que, incluso en ese supuesto, los jueces decidirían conforme a lo ordenado por la jurisdicción internacional para no hacer incurrir al Estado de un injusto internacional, pero no lo harían en

función de consideraciones proporcionadas por la doctrina o ciencia jurídico-penal.

5.3.

Los libros y el juez preocupado.

Aquí es donde se plantea el problema crucial para el saber o ciencia jurídico penal, pues cuando un juez, consciente y preocupado por enviar personas a una prisión donde sufrirá torturas o tratos crueles, inhumanos y degradantes, abra los libros de los doctrinarios del derecho penal, no encontrará una sola línea que le resuelva su contradicción jurídica y de conciencia.

Hallará en esos libros variadas teorías del delito, finísimamente elaboradas y discutidas, pero muy pocas páginas sobre la pena, porque en el curso del último siglo la doctrina ha hipertrofiado la teoría del delito, frente a una teoría de la pena crecientemente raquítica y con frecuencia contradictoria.

Respecto de la pena, el juez hallará en los libros de derecho penal la consabida reiteración de la vieja clasificación de las llamadas *teorías de la pena* de Anton Bauer²⁵ -copiada sin cita la mayoría de las veces-, en que se postulan objetivos *absolutos* válidos para Estados éticos (como el imaginado por Kant) o racionales (como el ideado por Hegel), que nada tienen que ver con el Estado real en el cual ejerce su jurisdicción, cuya abismal selectividad punitiva poco tiene de ético y de racional.

Abrirá otros libros, donde se sostenga que las penas deben disuadir a los que no delinquieron para que no lo hagan, en cuyo caso, como nunca se sabe hasta dónde deben asustar a los ciudadanos, todos supuestamente sospechados de estar listos para cometer delitos (presupone un pueblo de potenciales criminales), puede llegar a postular que todos los delitos sean penados con las penas máximas.

En otros libros, el juez leerá que las penas deben *reforzar el prestigio del Estado como proveedor de seguridad jurídica*, lo que resultará bastante paradójico, porque es impensable que una pena cruel, inhumana y degradante pueda reforzar la imagen positiva del Estado, salvo que se tomen en cuenta los reclamos del *punitivismo populachero* de los medios de comunicación hegemónicos de la región.

Abrirá más libros y verá que algunos afirman que las penas *deben cumplir* supuestos cometidos de *re-socialización, re-personalización, re-inserción, hasta re-moralización, etc.*, cuando ante sus ojos es evidente que no sólo no los cumplen, sino que producen exactamente el efecto contrario, como es el de condicionar futuras carreras criminales. Tampoco faltarán otros libros donde se dirá que la función de la pena debe ser la *inocuidad* del delincuente, para que nunca vuelva a cometer un delito, en cuyo caso todo indicaría que lo mejor es matarlos a todos.

Pero en la gran mayoría de los libros, el juez preocupado y consciente hallará la extraña afirmación de que las penas que debe habilitar en sus sentencias deben servir para cumplir todas estas anteriores funciones ensambladas y confundidas en nebulosidades teóricas de difícil o imposible comprensión, en las que se mezcla el *deber ser* con el *ser*, cuando no directamente se ignora este último.

El juez preocupado dejará de lado todos estos libros, porque caerá en la cuenta de que ignoran la realidad del poder punitivo y, por ende, revisará las opiniones de quienes optan por incorporar los datos sociológicos de la tortura carcelaria a sus investigaciones y, por ende, reconocen y denuncian abiertamente el problema. Pero allí se encontrará con quienes se limitan a la descripción de lo que ya conoce, como también con algunos que avanzan soluciones que postulan directamente la abolición del poder punitivo o su radical reducción.

Ante semejantes respuestas, el juez quedará más desconcertado, porque se dará cuenta de que éstas no están dirigidas a él, sino a políticos o reformadores sociales, a los que les proponen proyectos de futuras

sociedades y culturas bien diferentes de las actuales y, por ende, modelos de Estados tan inventados o imaginarios como el kantiano o el hegeliano, sólo que esta vez sin penas o con muy pocas penas.

El juez preocupado, después de consultar los libros, tanto de quienes legitiman las penas como de los que las deslegitiman, deberá cerrarlos resignadamente, porque no hallará nada que le ayude a resolver la contradicción jurídica y ética que le plantea habilitar con sus decisiones penas crueles, inhumanas o degradantes –y tal vez torturas o muerte–, es decir, penas ilícitas y prohibidas por la propia constitución de su país.

Conforme hemos visto, en el caso, un derecho penal que no responde, en verdad, les está respondiendo a los jueces que continúen haciendo lo que hacen, es decir, que continúen habilitando privaciones de libertad ilícitas, incluso torturas y hasta penas de muerte por azar.

En verdad, de todos esos libros surge la siguiente directiva hacia el juez: siga sentenciando como lo hace, no se preocupe si las penas que impone son en realidad torturas, ese no es su problema y tampoco el nuestro como doctrinarios y penalistas. No nos moleste ni importune con esas preguntas. No se entrometa en lo que no le incumbe, ese es problema de los políticos, ni suyo ni nuestro.

5.4.

La compartimentalización del sistema penal.

Realmente, una dogmática jurídico-penal que no sea capaz de ofrecer una respuesta al juez consciente y preocupado de nuestra región, no sólo está fallando en aportar racionalidad republicana al derecho, sino que incurre en un mal mayor: *compartimentaliza* el sistema penal de un modo tan extremadamente radical que invita a los operadores de las agencias del poder jurídico (jueces, fiscales, defensores, personal judicial) a desentenderse por entero de lo que hacen las otras agencias del propio sistema; desarticula, descoyuntan

ta, descuartiza en tal forma el sistema penal, que induce a los jueces a omitir toda consideración acerca del resultado real de sus actos de *gobierno de la polis*, cuando esta naturaleza es esencialmente inherente a su función en un sistema republicano que, por definición, impone la racionalidad en todo acto de gobierno.

Al segmentar y descuartizar de esta manera el sistema penal, cada una de sus agencias (Policía, jueces, penitenciarios, legisladores, políticos, medios de comunicación, académicos) concluirá que en su respectivo ámbito hace lo debido y, por ende, nadie será responsable del resultado del conjunto, es decir, de las torturas, muertes y penas crueles, inhumanas y degradantes.

Extremando este planteamiento hasta el límite del absurdo e incluso de lo terrorífico, cabe recordar que también Eichmann alegaba que se limitaba a cumplir su labor de programador de trenes y nada más. La ciencia jurídico-penal que legitimase el argumento del programador de trenes, no sólo caería en el descrédito, sino que perdería toda legitimidad, como saber limitado a la programación del reparto de penas crueles, inhumanas y degradantes, semejante a un autómata o a un aparato mecánico de producción de órdenes de penas ilícitas y de torturas. Estaríamos ante una nueva *banalización del mal*.

Esta inadmisibles conclusión pone de manifiesto que es obvio que se requiere una respuesta desde la propia dogmática jurídica, que incluso se la están reclamando las decisiones antes señaladas de tribunales supremos y de la jurisdicción internacional, es decir, que se las reclama el propio saber jurídico desde sus ramas constitucional e internacional.

Basta leer disposiciones como la de la Constitución argentina para llamar a la realidad al saber o ciencia jurídico-penal, como saber proveedor de respuestas a los jueces: *Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que so pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice (art. 18 in fine).*

5.5.

¿Una respuesta jurídica idealista?

El mínimo realismo jurídico -inevitable para proponer algo racional- tampoco puede admitir una respuesta reducida a pura lógica jurídica, que pretenda simplemente que el juez libere a los presos para evitar que sigan sufriendo estas torturas, aunque desde la lógica pura, el planteamiento sea irrefutable: si las penas son ilícitas deben cesar de inmediato²⁶.

Ante semejante propuesta, el juez imaginará que con el punitivismo populachero reinante en todos nuestros países tardocolonizados, rápidamente sería linchado por los medios hegemónicos y destituido, pero aun aceptando heroicamente ese destino, lo cierto es que, en el plano de la realidad, al menos su intuición le indicará que esa propuesta no se ajusta al objetivo político que a su función -y a la de todos los agentes del Estado- le señala la Constitución Nacional.

Esta respuesta -en el fondo tan idealista como el silencio doctrinario- generaría alarma social, igualaría a los pequeños ladrones o fumadores de marihuana catalogados con distribuidores con los feminicidas y parricidas, no tendría en cuenta el grado de deterioro ya sufrido por las víctimas, confundiría a condenados con procesados, es decir, trataría de igual modo a personas que se hallan en situaciones desiguales, todo lo cual dista de ser racional y acaba por confundir más las cosas, sin perjuicio del riesgo de desatar una reacción paradójica de mayor represión.

El juez preocupado, incluso dispuesto a afrontar la agresión despiadada del *punitivismo populachero*, no podría dejar de pensar que esa respuesta no es la adecuada a los objetivos generales del derecho que -en el caso argentino- le señala la Constitución Nacional: *afianzar la justicia, consolidar la paz interior, promover el bienestar general, asegurar los beneficios de la libertad (Preámbulo)*.

IV.

Una necesaria respuesta dogmática

1.

La dogmática penal tiene capacidad para proporcionar una respuesta dentro del positivismo jurídico

En modo alguno es verdad que la dogmática jurídico-penal carezca de elementos conceptuales para ofrecer una respuesta racional a la contradicción planteada. Es imposible que la paciente elaboración de la doctrina jurídico-penal a lo largo de un milenio carezca hoy de los elementos capaces de brindar a los jueces un sistema que satisfaga los requerimientos más elementales de un modelo aproximado de Estado republicano y constitucional de derecho.

El método llamado usualmente *dogmático* exige que la ley a interpretar se descomponga en elementos o *dogmas* que se deben disponer en forma de sistema sin alterarlos en lo mínimo. Es algo así como hacer del barro ladrillos, apilarlos y luego seleccionarlos y disponerlos en forma armónica en la construcción de un edificio, que en nuestro caso es el *sistema o modelo jurídico*. Así como el edificio no debe desafiar la ley de la gravedad, en nuestro caso, la recomposición de estos *dogmas* en forma de sistema debe respetar el principio de *no contradicción* o de *completividad lógica*.

En el actual momento de nuestra cultura jurídica, para elaborar una respuesta no es necesario invocar ningún principio o criterio *supra-legal*, como sucedía en el siglo XIX europeo, en que los doctrinarios (Feuerbach, Carrara, etc.) debían superar el nivel del derecho positivo, porque carecían de constituciones y de derecho internacional de los derechos humanos.

El planteamiento dogmático penal actual no tiene ninguna necesidad de exceder los límites del puro positivismo jurídico, porque lo que antes se buscaba *supralegalmente*, hoy está incorporado a la ley positiva constitucional e internacional. Si bien esto no cancela las respetables discusiones jusfilosóficas entre *jusnaturalistas* y *positivistas*, lo cierto es que, a los efectos prácticos y en cuanto a nuestro objetivo actual, estas disputas carecen de relevancia, porque la cuestión se resuelve en el marco del derecho positivo.

Es claro que para hallar esa solución, como también como respuesta a quienes pretendan que la que proponemos no está prevista en la ley, debemos comenzar por subrayar que los *dogmas* que se deben emplear en la construcción del sistema también están jerarquizados. El sistema se construye dogmáticamente como un edificio, y para eso hay ladrillos (*dogmas*) más grandes y fuertes que los otros y que, por ende, se deben colocar en la base.

Estos son los *dogmas* o elementos resultantes del análisis y la descomposición de las leyes de mayor jerarquía: la ley constitucional e internacional (en el caso argentino, esta última está incorporada a la Constitución en función del inciso 22° del art. 75).

La objeción que se podría alzar contra la solución que proponemos, argumentando que se trata de decisiones supuestamente *extralegales*, obedecería a un errado entendimiento de cuáles son los *dogmas legales* que debe recomponer la dogmática jurídico-penal.

Esa objeción sólo la podría argüir quien -incurriendo en un gravísimo error- se limitase a recomponer los dogmas de la ley penal de menor jerarquía y desdeñase los que provienen del análisis de las leyes de mayor jerarquía. Con este extraño y tan curioso como inexplicable criterio, nunca la dogmática jurídico-penal podría hacerse cargo de la enorme contradicción que implica dejar sin solución la evidencia aberrante de que los jueces se convierten en autores mediatos de torturas.

Estos errores son -en buena medida- fruto de una tradición legislativa y doctrinaria contradictoria. Nuestras constituciones, desde los orígenes de nuestros Estados, han seguido las líneas generales del modelo norteamericano, no por servilismo, sino porque en tiempos de nuestras independencias era casi el único vigente de carácter republicano. Por ello, al menos en el plano del *deber ser*, siempre tuvimos Estados *constitucionales* de derecho, o sea que dispusimos de un tribunal que debió ejercer el control de constitucionalidad de las leyes ordinarias.

No obstante, a la hora de elaborar la doctrina correspondiente a casi todas las otras ramas del derecho, nos inspiramos (y muchas veces copiamos) la doctrina europea, sin advertir que los Estados europeos eran Estados *legales* de derecho, que no conocían en control de constitucionalidad, puesto que éste apareció allí esporádicamente en Austria hace apenas un siglo, desapareció y sólo se difundió por todo el continente a partir de la última posguerra.

De esta contradicción en las fuentes resulta la extraña idolatría doctrinaria a la ley de menor jerarquía, que en la dogmática jurídico-penal tiende a desdeñar los *dogmas básicos* de las leyes de máximo nivel cuando se trata de las penas.

La solución dogmática a que llegaremos conforme al método así entendido, es decir, reconstruyendo el sistema con su base asentada en los dogmas resultantes del análisis de las leyes constitucionales, tiene un claro fundamento legal: las constituciones y el derecho internacional son las normas fundamentales y las primeras que debe tomar en cuenta la construcción jurídica. La realidad de las prisiones hace que las penas de prisión sean ilícitas e incluso configuren torturas. Estas penas están prohibidas por esas normas fundamentales: por ende, por mandato constitucional, el juez debe habilitar sólo penas lícitas o, al menos, lo menos ilícitas que sea posible en sus circunstancias concretas.

2.

El principio de proporcionalidad de las penas

Descartada la vieja *peligrosidad* de cuño policial y propia del reduccionismo biológico racista del siglo XIX, hoy impera casi general coincidencia en que la pena se debe adecuar a la culpabilidad por el hecho, que corresponde siempre al contenido ilícito de cada injusto.

Esta adecuación la impone el llamado *principio de proporcionalidad*, que no es necesario explicar apelando a cualquier teoría retributiva de la pena, sino como simple criterio de racionalidad impuesto por el principio republicano de gobierno: no es admisible que el Estado responda con penas desproporcionadas al contenido ilícito (a la jerarquía y entidad de la lesión del bien jurídico causada por el injusto) y al grado de reproche de culpabilidad conforme a las circunstancias concretas del hecho. En el extremo inferior, cuando el ilícito sea insignificante, incluso se debe prescindir de la respuesta punitiva (*principio de insignificancia*), en función del antiquísimo principio de *minimis non curat praetor*.

Por cierto, es obvio que *una pena importa un contenido penoso*, aunque el sujeto la esté procurando consciente o inconscientemente para resolver su subjetividad *culpógena*, como lo sostenía Freud. Nadie puede sentirse muy feliz de estar preso, salvo los casos muy avanzados de deterioro institucional total.

Ese contenido penoso es el propio e inherente a la privación de libertad de movimientos y traslado que implica la privación de libertad locomotiva prisional y de sus inevitables consecuencias. Esa es la base sobre la cual el legislador mide en el código penal las penas privativas de libertad en tiempo lineal, fijándolas en las respectivas escalas penales.

En el plano de la realidad de la ejecución penal, es posible que se haya normalizado un contenido penoso un tanto superior a lo es

trictamente lícito, lo que por lo general sucede, pero cuando se supera este exceso normalizado y el contenido penoso alcanza el nivel de una pena cruel, inhumana y degradante o el de un delito de tortura e incluso de alto riesgo de muerte, ese *plus*, que es obviamente ilícito, desequilibra la relación *tiempo-sufrimiento* presupuesta por el legislador en el código al establecer las escalas penales.

La pena de prisión proporcional implica un determinado tiempo de sufrimiento adecuado a la culpabilidad por el hecho, pero si el sufrimiento es mucho mayor, ese tiempo de sufrimiento superior quiebra la proporcionalidad y viola el correspondiente principio republicano: se está infligiendo a la persona un sufrimiento que no fue calculado por el legislador en el código en el momento de establecer el tiempo de duración de la pena de prisión.

La razón indica que: si (X sufrimiento = Z tiempo); a ($X \times 2$ sufrimiento) debe corresponder ($Z - 2$ tiempo). Se trata de una cuestión de pura lógica, que hace a la completividad de la construcción dogmática dirigida al juez y a los operadores del poder jurídico en general.

Al contrario de quienes creen que con esto violamos el método dogmático, afirmamos que lo aplicamos en forma correcta, tomando en cuenta que ($X \times 2$) es un dato de la realidad igual a que el sujeto activo de un hurto se apoderó de una cosa mueble ajena. Si el dato real se debe tomar en cuenta para determinar la tipicidad de lo que *no debió ser* (el delito), también se debe tomar en cuenta para determinar si su consecuencia es *como debe ser* (la pena).

Al hacerlo se hace patente que ese tiempo de pena no corresponde al que previó el legislador que hizo el código, sino a una pena que quiebra el principio constitucional de proporcionalidad y, por ende, que nos manda recalcular el tiempo adecuándolo al grado de sufrimiento, para restablecer la vigencia y el acatamiento al principio de proporcionalidad (a la Constitución).

3.

El problema de las penas de prisión en ejecución

Pero lamentablemente, las penas privativas de libertad ilícitas no se limitan a imponer un sufrimiento indebido a sus víctimas, sino que, atendiendo a lo que enseña la experiencia y las ciencias sociales –y tal como lo señalamos–, ejercen un efecto gravemente deteriorante sobre éstas, condicionándolas para conductas más violentas, haciéndoles internalizar los caracteres estereotípicos que decidieron su selección criminalizante y, por ende, reproduciendo violencia y determinando las llamadas *carreras delincuenciales*, con su secuela de reiteraciones, incluso de mucha mayor gravedad lesiva.

Esas penas ilícitas han sido ejecutadas –al menos en parte– y ese efecto reproductor no se puede descartar ni dejar de lado a la hora de resolver el problema en la dogmática jurídica, puesto que se trata de otro dato de la lamentable realidad: el daño de la pena ilícita se ha producido en muchos casos.

Es obvio que este hecho no autoriza a ningún derecho penal a convertirse en *derecho penal de autor*, por lo cual esta variable se debe descartar.

No obstante, el saber o ciencia penal que incorpore los datos reales no puede dejar de tener en cuenta la información acerca del efecto deteriorante sufrido con frecuencia por las víctimas y, dado que el derecho penal de autor es un camino prohibido, *debe adoptar un criterio objetivo para tomar decisiones* cuando se le impone hacer cesar penas ilícitas.

Este criterio no puede ser otro que la naturaleza del delito por el cual la persona está procesada o condenada, o sea, adoptar alguna precaución en el caso de condenados por delitos contra la vida, la integridad física o sexual y mediante el uso de armas de fuego con potencialidad letal.

Pero este criterio objetivo aplicado a rajatabla también resulta inadecuado para la paz interior y a la vez lesivo de la proporcionalidad, porque no todas las personas condenadas por estos delitos –y con mayor razón las que ni siquiera han sido condenadas y no se sabe si realmente son culpables- presentan los mismos signos de deterioro con características que hagan que la reducción del tiempo de pena, la adopción de medidas de control menos severas que la privación de libertad o su eventual liberación sean susceptibles de alterar la *paz interior*.

Queda claro que el *camino prohibido* del derecho penal de autor impide volver a la vieja *peligrosidad* como *pronóstico de conducta* que –como dijimos- es un concepto policial propio del positivismo racista, que pretende penar delitos que no sólo no se han cometido, sino que ni siquiera han sido imaginados.

Ante la evidencia de que el criterio puramente objetivo abarcaría a muchas personas no deterioradas en el antes mencionado sentido, se impone reducirlo mediante peritajes que determinen el grado de *agresividad* de la persona privada de libertad por alguno de los antedichos delitos, para adoptar medidas más prudentes al compensar el sufrimiento con el tiempo en caso de particular agresividad, como por ejemplo controles electrónicos, sometimiento a vigilancia con asistente de prueba o semejantes.

Nos referimos a la *agresividad* –y en modo alguno, reiteramos, a la *peligrosidad*- porque ésta es un dato verificable pericialmente, puesto que se trata de una característica real y existente, en tanto que la vieja *peligrosidad* era un simple juicio de probabilidad sin mayor fundamento. Ningún juez puede estar muy seguro de lo que hará en el futuro un condenado o procesado y ni siquiera tampoco el propio juez; en lugar, con una adecuada peritación psicológica puede tener una altísima certeza acerca de la agresividad presente en la personalidad de quien tiene delante.

De cualquier manera, sabemos que los presos por los delitos que señalamos no suelen superar el 20 % de la población penal, de modo que lo antes dicho no afectaría el nuevo cálculo de tiempo en aproximadamente los cuatro quintos de los casos y, dentro del 20 % que podría ser afectado, lo sería sólo en los supuestos de personalidades con alto nivel de agresividad.

4.

Las penas de prisión que no hubiesen comenzado a ejecutarse

De toda forma, el nuevo cálculo de tiempo, si bien restablece la observancia del principio de proporcionalidad no resuelve la totalidad de los problemas, porque igualmente, una pena ilícita no deja de serlo del todo porque se acorten sus tiempos, dado que el período que reste de cumplimiento lo seguiría siendo en una cárcel deteriorada. *Compensar* el tiempo el *plus* de sufrimiento no legitima ese *plus* que, en definitiva, la Constitución no permite, cualquiera sea el tiempo durante el que se lo haga sufrir.

Además, queda en pie la cuestión de quienes aún no hayan sufrido prisión, en cuyo caso también sería inaceptable que los jueces los encierren en prisiones deterioradas, puesto que seguirían habilitando y disponiendo penas ilícitas.

En este último supuesto, el primer paso para una solución pasaría por atenerse estrictamente a los límites fijados por la jurisprudencia internacional para las prisiones provisionales o preventivas, es decir, estrictamente limitadas a los supuestos de riesgo de rebeldía o de interferencia de la investigación y por plazos cortos, conforme a la misma jurisprudencia.

Un segundo paso consistiría en limitar las prisiones preventivas o provisionales a las personas procesadas por los delitos que señala

mos como criterio objetivo, dejando de imponer detención preventiva o pena privativa de libertad para todas las demás. Incluso en ese 20 % de delitos objetivamente demarcados, tampoco se impondrían prisiones preventivas si las peritaciones no pusiesen de manifiesto una alta agresividad o bien, cuando la libertad de la persona sea susceptible de generar conflictos graves o represalias.

De este modo, al no incrementar innecesariamente el ingreso de personas a las prisiones y, paralelamente, reducir proporcionalmente las penas de los ya presos, se iría provocando una paulatina reducción de la población penal, hasta lograr, por la mera acción de los jueces, que ésta alcance una aproximación tolerable en relación a la capacidad de cada establecimiento.

La solución conforme a la dogmática jurídico-penal de la pena así entendida, convertida en jurisprudencia, no eliminaría la ilicitud de todas las penas instantáneamente, sino que -dinámicamente- daría lugar a una reducción de las penas ilícitas habilitadas y a una menor ilicitud de las habilitadas, hasta que la continuidad jurisprudencial llevaría a la eliminación del resto de ilicitud de las habilitadas.

Es menester precisar que la solución respecto de las penas cuya ejecución no hubiese comenzado, no se debe confundir con lo que sucede en Brasil desde hace años, en que se mantienen las prisiones sobrepobladas, pero al mismo tiempo no se cumplen las órdenes de captura, acumulándose éstas hasta alcanzar la cifra astronómica de 600.000. Cada vez que se produce una vacante en la prisión superpoblada, se selecciona a alguna de las personas sobre las que pesa orden de captura y se la lleva a la cárcel.

Esta insólita situación, al tiempo que mantiene la superpoblación carcelaria -las prisionizaciones continúan siendo ilícitas-, proporciona una nueva fuente de recaudación autónoma a la Policía, encargada de seleccionar a quién escoge en caso de vacante en la prisión.

5.

No se trata de una eximente de responsabilidad de los jueces

Si bien la situación de los jueces que adopten estos criterios señalados dogmáticamente se podría considerar análoga a la del estado de necesidad del médico que no cuenta con los medios técnicos adecuados ni puede obtenerlos oportunamente ante un paciente que, en caso de no atenderlo de inmediato con los precarios medios disponibles, inevitablemente habría de morir. Es deber del médico intentar salvarle la vida con los elementos que tiene a su disposición, puesto que de no hacerlo incurriría en una tipicidad de omisión de auxilio.

Por lo general hemos considerado que el médico en esa emergencia se hallaría amparado por una justificación de estado de necesidad, pero es llegado el momento de reflexionar al respecto. En el caso del médico, estaría violando un deber de cuidado, pero en su circunstancia sería de imposible observancia y la solución tradicional, por vía del estado de necesidad, se justificaría porque la conducta sería típicamente culposa.

No obstante, sería cuestión de reflexionar si esta solución -postulada por lo general hasta el presente- es correcta, porque si en realidad al dejar de asistir al paciente con los precarios medios disponibles incurre en una conducta típicamente omisiva, se trataría de un cumplimiento de deber jurídico que dejaría atípica su conducta.

Pero en el caso del juez la situación es aún más clara, porque si ignorase la situación que le impone la administración con sus acciones u omisiones permitiendo el deterioro de las prisiones, incurriría en una grave violación a su deber de obedecer ante todo los mandatos constitucionales.

En este caso ni siquiera se puede plantear la posibilidad de una causa de justificación por necesidad -ni menos aún por necesidad

exculpante-, sino que, al recalcular el tiempo o reducir las órdenes de prisión preventiva, con las debidas precauciones antes mencionadas, no estaría haciendo otra cosa que cumplir directamente su deber jurídico, conforme se lo impone la Constitución Nacional y el derecho internacional de los derechos humanos, es decir, se trata una conducta completamente atípica.

No faltará quien pueda pensar que el juez que aplica esta doctrina incurre en la conducta de prevaricato (*el juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por él mismo*, art. 269 del código penal argentino).

No obstante, respecto de este tipo, la conducta del juez que siga lo que una sana dogmática jurídico-penal le indica, sería por completo atípica, porque sólo podrían alegar la tipicidad el Ministerio público o los querellantes que interpreten la palabra *ley* del respectivo tipo legal, como limitada a las leyes penales ordinarias y excluyan del concepto a la *ley constitucional* que, lo que –como vimos– es la inadmisibles fuente de todos los errores en la materia.

Esta interpretación aberrante y la consiguiente imputación de prevaricato al juez –como lo hemos señalado– estaría basada en una dogmática jurídico-penal por completo ajena a la que corresponde a un Estado constitucional de derecho, como son todos los latinoamericanos. El juez actuaría atípicamente en cuanto al tipo de prevaricato, porque estaría decidiendo conforme a la *ley constitucional* en todos los casos y, además, interpretando la ley ordinaria (el código penal) conforme al principio de proporcionalidad en la forma que el legislador ordinario presupuso al fijar las escalas penales en tiempo.

V. *Conclusión*

La sobrepoblación penal es un problema político para la administración (poder ejecutivo) y también para los legisladores, pero cuando éstos hacen caso omiso del deterioro carcelario, a los jueces no les resta otro camino que resolver habilitando únicamente penas lícitas, so pena de convertirse en autores mediatos de tortura y hasta de homicidio culposo o con dolo eventual.

El principio de proporcionalidad -implícito en la exigencia de racionalidad de toda medida de gobierno republicano- debe ser restablecido cuando las condiciones de deterioro carcelario hubiesen roto la relación que presupone el legislador ordinario entre el tiempo de privación de libertad y el sufrimiento que implica.

Cuando el grado de sufrimiento alcanza el nivel de pena cruel, inhumana o degradante o de tortura, son los jueces los que -en obediencia al mandato constitucional y a la consiguiente prohibición de esas penas ilícitas- deben restablecer la observancia del principio de proporcionalidad conforme a las reglas de su arte, las que le deben ser indicadas por la ciencia jurídico-penal con su metodología dogmática bien entendida, es decir, fundada sobre los *dogmas* básicos derivados del análisis de la ley constitucional.

Notas

1. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Muertes anunciadas*, Editorial Temis, Bogotá, 1992. Reedición: Ediciones Universidad Nacional de Avellaneda, Avellaneda, Argentina, 2016.
2. Como ejemplo de casos pueden verse las dificultades para el esclarecimiento de dos muertes policiales en la represión a pueblos originarios en el sur argentino.
3. Se publicó en 1992 en *Derecho Penal y Criminología (Bogotá)*, pero fue reproducido en la *Revista Boliviana de Ciencias Penales (La Paz, 1994)*, en *Nuevo Foro Penal (Medellín, 1994)*, *Semanaria Jurídico (Córdoba, 1995)* y *Lecciones y Ensayos (Buenos Aires, 1996)*.
4. Zaffaroni, E. R., *Cruel penalties and double punishment*, en "Festkrift till Jacob W. F. Sundberg, Juristforlaget, Estocolmo, 1993, pp. 469 y ss.
5. Sobre este concepto, Cuneo Nash, Silvio, *El encarcelamiento masivo*, Didot, Bs. As., 2017.
6. <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>
7. Cfr. Elías Carranza, *„Sobrepoblación carcelaria en América Latina y el Caribe, ¿Qué hacer? ¿Qué no hay que hacer? El caso de México, trabajo inédito en curso de publicación, Revista de Derecho Penal y Criminología, La Ley, Bs. As., 2020*.
8. La Casación argentina acaba de recomendar la prisión domiciliaria de mujeres con hijos pequeños.
9. La población femenina oscila entre un 3 o 4% del total en Dominicana, Uruguay y Argentina, hasta el 8% en Ecuador, Bolivia y Chile (Cfr. Elías Carranza, cit.).
10. Las explicaciones insólitas de la vieja criminología etiológica, como la lombrosiana, que consideraba a la prostitución un "equivalente" de la criminalidad, es obvio que están por completo superadas.
11. Las reglas mínimas originarias datan de 1955, pero han sido reformuladas y adoptadas por la Asamblea General de la ONU el 17 de diciembre de 2015, conocidas ahora como reglas Mandela.
12. Cfr. Elías Carranza, op. cit.
13. Cfr. Elías Carranza, idem.
14. Ibidem.
15. Erving Goffman, *Internados, Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*, Amorrortu, Bs. As., 1994.
16. Elías Carranza, op. cit.

- 17.** Edwin Lemert, *Desviación primaria y secundaria*, en Rosa del Olmo (ed.), “Estigmatización y conducta desviada”, Instituto de Criminología de la Universidad de Zulia, Maracaibo, 1978.
- 18.** Cfr. Elías Carranza, *op. Cit.*
- 19.** Michael Pawlik, *Confiración de la norma y equilibrio en la identidad. Sobre la legitimación de la pena estatal*, Atelier, Barcelona, 2019.
- 20.** Supreme Court of the United States, No. 09-1233, Edmund G. Brown Jr., Governor of California, et al., Appellants Vs. Marciano Plata et al. On Appeal from the United States District Courts for the Eastern District and the Northern District of California.
- 21.** Cfr. Emergenza Carceri. Radici remote e recenti soluzioni normative, Atti del Convegno Teramo, 6 marzo 2014, a cura di Rosita Del Cocco, Luca Marafioti e Nicoa Pisani, Torino, 2014. 38 Constitución Brasileña de 1988, Artículo 103-A: “Art. 103-A. O Supremo
- 22.** https://www.cels.org.ar/common/documentos/fallo_csjn_comisarias_bonaerenses.pdf
- 23.** Cfr. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>
- 24.** http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03.pdf
- 25.** Bauer, Anton, *Teoría de la advertencia y una exposición y evaluación de todas las teorías del derecho penal*, EDIAR, Bs. As., 2018.
- 26.** Así, Jesús-María Silva Sánchez, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Barcelona, 2018, p. 154 y bibliografía allí citada.

13.

El antijurídico, la desestabilización y le desinstitucionalización en américa latina

Carol Proner *

* Doctora en Derecho por la Universidad Pablo de Olavide - España, con pasantía posdoctoral en la École des Hautes Études en Sciences Sociales - EHESS, profesora del PPGD de la Universidad Federal de Rio de Janeiro, UFRJ, codirectora y permanente profesor del Máster/Doctorado en Derechos Humanidades, Desarrollo e Interculturalidad de la Universidad Pablo de Olavide - Sevilla-España. Abogado OAB/RJ - 220889, miembro fundador de la Asociación Brasileña de Juristas por la Democracia (ABJD) y del Grupo Prerrogativas.

1.

Casos comparativos de lawfare: El proceso brasileño

América Latina vive, en los últimos años, una fase de erosión de las conquistas democráticas luego de más de una década caracterizada por avances históricos en la vigencia de los derechos económicos y sociales, acompañados de una participación sin precedentes de las minorías, indígenas, sindicales, campesinas y de diversas fuerzas sociales y populares.

Gradualmente se notan rupturas y retrocesos seguidos de una ofensiva contra líderes, partidos y fuerzas progresistas, que se convirtieron en blancos prioritarios de procesos judiciales selectivos con amplia cobertura mediática. Estos procesos han sido estudiados como el fenómeno del *lawfare*: el uso de aparatos legales como estrategias no convencionales para desestabilizar y apuntar a opositores y adversarios políticos.

Innumerables autores se han dedicado a comprender una práctica compleja que no obedece a un estándar exacto, pero que tiene como elemento fundamental el uso del derecho como instrumento o arma de una guerra no convencional y para lograr fines que van más allá de la propia ley. Para la filosofía del derecho, el uso instrumental del sistema de justicia y de las instituciones jurídicas no es nada nuevo; se inserta, como todo campo sociológico y político, en la correlación de intereses y poder entre los sectores público y privado. Pero hay nuevos elementos en el *lawfare* revelados en los últimos años y que merecen la atención de sectores gubernamentales y progresistas dado el poder destructivo de técnicas y prácticas realizadas de manera institucional, con apariencia de procesos legales, aunque con una finalidad exógena.

Una de las revelaciones contemporáneas incluye el uso estratégico-militar del sistema de justicia, la apropiación de sus instituciones y técnicas como forma de ejercer una guerra legal, tal como lo describe el general estadounidense Charles Dunlap¹ y está presente en los conceptos utilizados en el alcance de las fuerzas armadas de ese país. El éxito del mecanismo está prácticamente asegurado, ya que, para llevar a cabo la persecución política del opositor, se vale de medios que gozan de un alto grado de legitimidad (ley, jurisprudencia, jueces, fiscales, policía).

No es casual que procesos en cierta medida similares, con protagonismo de sectores de la justicia, se hayan producido en varios países de América Latina. Podemos recordar los hechos que acortaron el mandato de Manuel Zelaya en 2009 en Honduras (aunque en este caso también se utilizó la coacción directa) y la destitución de Fernando Lugo en Paraguay en 2012. En ese momento, los contornos de la judicialización selectiva de la política aún no estaba tan clara. Los procesos más ofensivos aún estaban en proceso y muchos de ellos continúan activos hasta el día de hoy. La persecución judicial contra Cristina Fernández de Kirchner, en Argentina, contra Rafael Correa y los miembros del movimiento Revolución Ciudadana, en Ecuador, el uso explícito de la justicia electoral para perseguir a Evo Morales y a los miembros del Movimiento al Socialismo (MAS) frente a las elecciones en Bolivia en 2019 y 2020.

En todos estos casos, aunque diferentes entre sí, se combina el uso del sistema penal acusatorio con procesos de espectacularización mediática y de corte o flexibilización de garantías de defensa al mismo tiempo que se proyectan procesos de desinstitucionalización y desestabilización del Estado a través de la judicialización. Operar selectivamente contra líderes y movimientos encaminados a la reforma social.

El *lawfare*, tal como se practica en América Latina y el Caribe, para centrarse en esta vasta región de nuestro planeta, no es un proce-

so políticamente neutral, como podría indicar el célebre lema de “lucha contra la corrupción”. El objetivo estratégico común de la ofensiva del *lawfare* ha sido invariablemente la desestabilización de gobiernos cuyo proyecto es doble: trabajar por la justicia social y buscar la afirmación de la soberanía. Estas dos marcas, evidentes en el ejercicio responsable del poder en países afectados por la guerra de leyes, han demostrado ser suficientes para provocar la reacción de poderosos intereses externos (económicos y estratégicos), generalmente en alianzas que incluyen a las clases conservadoras locales. El objetivo final, como se ve en los casos de Brasil y otros países, es mantener la región como un espacio territorial bajo el control de la potencia hegemónica del continente, los Estados Unidos de América.

El caso brasileño es uno de los más amplios y completos. En pocos años, se suceden, de forma encadenada, la destitución de Dilma Rousseff, la detención de Lula y el impedimento de la candidatura de este último en las elecciones de 2018. Al mismo tiempo, estas acciones contribuyeron a la estigmatización de la izquierda y la lucha política en general, sin mencionar la disrupción de importantes sectores productivos.

Brasil cuenta las graves consecuencias de la llamada Operación Lava Jato, la mayor operación anticorrupción del país, iniciada en 2015. Este es un ejemplo de la desestabilización dañina que puede causar el protagonismo del sistema de justicia. El caso demuestra que la flexibilización de las normas procesales penales y la ampliación de facultades de los magistrados y fiscales del Ministerio Público conformaron el escenario propicio para la crisis que comprometió incluso la regularidad del proceso electoral de 2018, un inmenso fraude legal reconocido por amplios sectores de la sociedad política y posteriormente corregida por el Supremo Tribunal Federal con la anulación de los procesos contra el expresidente Lula contaminados por el vicio de parcialidad y sospecha judicial.²

En Brasil, como en otros procesos latinoamericanos, la existencia de un ordenamiento jurídico articulado capaz de potenciar los objetivos estratégicos de desestabilizar, inviabilizar o sustituir a un gobierno hostil, fue una forma eficaz de dar concreción a los llamados indirectos o guerras híbridas. En otras palabras, lo que se destaca en este tipo de método no convencional es el fin último de la guerra indirecta: un golpe de estado, el cambio de un régimen político.³

Las ventajas de este tipo de guerra sobre los métodos tradicionales son obvias para quienes la promueven, tanto en costos humanos como desde el punto de vista financiero. En cierto modo, los resultados, desde el punto de vista político e institucional, son casi tan devastadores como los de una guerra, llegando a la destrucción del Estado Democrático de Derecho y afectando, en el límite, la propia condición del país como nación soberana. En el plano económico, la “guerra híbrida” también busca reducir las presiones y contrapresiones de los grupos sociales, facilitando así la implementación del “ultraneoliberalismo”, que difícilmente prevalecería en circunstancias normales.

Una vez más, el caso brasileño puede servir como ejemplo y advertencia. Los impactos del desmantelamiento y desinversión provocados por la megaoperación Lava Jato empiezan a ser medidos por institutos acreditados como el Dieese⁴, y las cifras son asombrosas: en pocos años, los efectos alcanzaron más de 3 millones de empleos en la construcción civil y sector industrial de la energía, la retracción representó el 2,6% del PIB y la reducción en la masa salarial fue de aproximadamente 50 mil millones de reales, entre otras pérdidas o renunciaciones que han sido divulgadas por la Fundación Perseu Abramo y otros centros de investigación con vocación de nacional defensa

Las implicaciones económicas intersectoriales de Lava Jato, en particular las implicaciones de la drástica reducción del programa de inversiones de Petrobras previsto para el quinquenio 2014-2018 en los diversos sectores y en la economía son publicadas en un estudio

de la CUT-Dieese que apuntan a la Retirada de la economía de inversiones que totalizaron R\$ 101,8 mil millones en el período, el país no logró un aumento del 2,6% en el PIB, para generar más de 3 millones de empleos, para garantizar un aumento en la masa salarial de R\$ 53 mil millones y más de R\$ 12 mil millones en recaudación previsional y del FGTS, además de otros R\$ 28,8 mil millones en recaudación de impuestos.

El estudio permite comprender que en nombre del combate a la corrupción, deseable en cualquier democracia, la Operación Lava Jato fue utilizada como una “ventana de oportunidad” para promover un cambio en el perfil de inversiones y operaciones de la empresa Petrobras. La presencia de Petrobras en la economía priorizó atender el mercado financiero y las demandas de privatización de segmentos operados por Petrobras, reduciendo inversiones productivas y favoreciendo el debilitamiento del Estado y del sector energético en el país.

Este movimiento también tuvo efectos negativos en otros sectores, como la Construcción Civil y empresas inmediatamente involucradas en procesos ahora abusivos y con intereses diversos más allá de la lucha contra la corrupción, como Odebrecht, Camargo Correa, Andrade Gutiérrez y OAS. La economía perdió esta importante palanca para el gasto y la inversión, y eso en un período de fuerte recepción y posterior estancamiento.

2.

Aspectos de la geopolítica que contribuyen al lawfare

Innumerables son los abogados y juristas que se han dedicado a estudiar los detalles técnicos de las guerras que utilizan el derecho como principal instrumento.⁵ Pero también es importante destacar la combinación de la práctica del *lawfare* con aspectos relacionados con la geopolítica. Al analizar qué pudo haber llevado a la aplicación

de estas técnicas en la región en las últimas décadas, lo que más se destaca es la contradicción entre los intereses más perdurables (es decir, independientes del gobernante a cargo) de la potencia hegemónica, tal como lo definen amplios sectores de la burocracia estatal en el poder hegemónico y la determinación de fuerzas políticas progresistas de llevar a cabo políticas guiadas por la afirmación de la soberanía, muchas de las cuales ascendieron al poder a la vuelta del milenio en varios países de América Latina.

Este posicionamiento soberano y social-desarrollista, en contraste con períodos de mayor dependencia y apego al *statu quo*, atrajo la atención de los tomadores de decisiones en los Estados Unidos, incluyendo no solo a los más destacados políticos, sino también a funcionarios gubernamentales. Estado vinculado a sectores como inteligencia, seguridad, justicia, con repercusiones en la diplomacia. La recuperación de los “espacios perdidos” se convirtió en una prioridad para estos estamentos burocráticos⁶, sirviendo la ley como un método de injerencia menos ostensible y, en cierto modo, más “aceptable” que los utilizados en el pasado.

Podemos decir que, desde un punto de vista geopolítico, el *lawfare* es una nueva forma de promover la vieja práctica de intervenir en la política interna de los países para garantizar gobiernos más amigables con los intereses económicos y estratégicos de la principal potencia. A veces es difícil identificar con precisión los orígenes de ciertos procesos y qué sectores del Estado están o estuvieron involucrados en desencadenarlos. Lo cierto, sin embargo, al menos en relación con Brasil, es que la proyección internacional del país, las prioridades de política exterior y el crucial descubrimiento, en 2006, del pre-sal (tecnología de la Petrobras estatal), despertaron la atención del vecino del norte, provocando acciones que son ahora ampliamente documentadas.⁷

La mayor proyección internacional de Brasil coincidió con la política exterior “activa y altiva” implementada por el gobierno del presi-

dente Lula da Silva y mantenida, en esencia, durante la administración de Dilma Rousseff. Bajo el impulso de Lula y aprovechando su carisma, cuyo atractivo se extendía mucho más allá de las fronteras nacionales, la diplomacia brasileña vivió momentos de gran dinamismo, ampliando la geografía de las relaciones exteriores del país, actualizando el contenido de una vocación universalista a través de una actitud firme, soberana y, al mismo tiempo, una postura solidaria hacia otras naciones en desarrollo, en las negociaciones internacionales, en la región y en los foros multilaterales.

Durante este período, Brasil asumió como prioridad la preservación de la capacidad de definir, de manera soberana, su propio modelo de desarrollo. La idea de un Brasil más democrático y más justo incidió en las opciones y acciones de política exterior, que buscaban conjugar la búsqueda de la paz con la promoción del desarrollo, apostando siempre por el diálogo y la cooperación. Al mismo tiempo, una actitud de solidaridad -no sólo en términos retóricos- con otras naciones en desarrollo, especialmente en América del Sur y África, ha incrementado considerablemente lo que analistas norteamericanos como Joseph Nye denominan *soft power*, el poder blando.⁸

Vale la pena mencionar la inflexión del gobierno brasileño hacia una actitud de mayor acercamiento con otras naciones en desarrollo, demostrando que la coordinación Sur-Sur no era un objetivo poco realista o desfasado. Por otro lado, una actitud decididamente pluralista y respetuosa de las decisiones de cada pueblo permitió a Brasil fortalecer las relaciones con países de ideologías a veces enfrentadas. Durante los gobiernos progresistas, profundizando en cierto modo una inclinación que ya existía en gobiernos anteriores, Brasil logró tener relaciones estrechas y amistosas con la Venezuela de Chávez y la Colombia de Uribe. No es casualidad que algunos líderes de la región se refirieran a Brasil como “nuestro refugio seguro”.⁹

Fue la misma perspectiva la que permitió adoptar posiciones más acordes con el interés nacional en negociaciones de carácter eco

nómico-comercial. Esto fue especialmente evidente en las negociaciones dentro del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), donde el interlocutor central fue la principal potencia mundial.¹⁰ La misma actitud prevaleció a nivel multilateral -la llamada Ronda de Doha de la OMC- en la que Brasil, junto con India, lideró la resistencia de los países en desarrollo a un acuerdo que solo servía a los intereses de los dos grandes actores: Estados Unidos y la Unión Europea. Durante este período, el comercio exterior de Brasil se expandió y diversificó, incluyendo mercados históricamente desatendidos, como países africanos, naciones árabes, grandes economías emergentes, como Rusia e India, sin mencionar, por supuesto, China, un caso aparte.

De forma desacomplejada, Brasil trabajó activamente para construir nuevas alianzas, estableciendo alianzas y asociaciones que no formaban parte del imaginario tradicional. El ejemplo más notable es sin duda el de los BRICS, que reúne a las mayores economías de los países emergentes, con influencia en foros globales como el G-20 de líderes, surgido a raíz de la crisis de 2008. Pero hay varios otros, como IBSA (India, Brasil, Sudáfrica), ASPA (Países Árabes, América del Sur), ASA (África y América del Sur)¹¹. Todos estos avances, combinados con el mantenimiento de buenas relaciones con los socios tradicionales, contribuyeron a una configuración global más multipolar, menos sujeta a las hegemonías de una sola potencia. Como resultado de todas estas iniciativas y posiciones firmes, pero al mismo tiempo siempre abiertas al diálogo, Brasil se ha convertido en un importante interlocutor no solo en temas económicos, sino también en temas relacionados con la paz y la seguridad internacionales. En varios momentos, Brasil fue llamado a participar en los esfuerzos de conciliación, en la búsqueda de soluciones a problemas complejos. Pero al desempeñar este papel con independencia y corrección, sin someterse a presiones, la diplomacia brasileña provocó malestar. El caso más significativo fue la Declaración de Teherán, en la que, junto con Turquía, Brasil se comprometió a buscar un enfoque positivo para el difícil tema del programa nuclear iraní¹².

Durante este período se produjeron avances notables en las relaciones con América Latina y el Caribe, con la creación de nuevas instituciones como UNASUR¹³ o el fortalecimiento de las ya existentes, como Mercosur. Fue un proceso denso, marcado por intensas negociaciones, que culminó con la constitución de un foro (CELAC)¹⁴ que reunió, por primera vez, a todos los países de esta vasta región, sin ningún tipo de tutela externa. Sería difícil señalar algún aspecto específico de los avances en la integración, que involucraron acuerdos comerciales entre el Mercosur y la Comunidad Andina, numerosas obras de infraestructura, cooperación en temas sociales y, quizás lo más provocativo para quienes querían mantener la región bajo control, el Consejo de Defensa Sudamericano.¹⁵

Es un hecho destacable que la revista liberal-conservadora *The Economist*, en 2010, dedicó una portada de alto valor simbólico a América Latina, en la que proyectó al continente americano 'al revés', bajo el título *A Latin America's Rise: Ya no es el patio trasero de nadie*".¹⁶

El atrevimiento implícito en las iniciativas que dieron lugar a esta situación no habrá escapado a los responsables de la toma de decisiones en Washington y sus alrededores. No es difícil imaginar que los burócratas de rango medio y alto de la NSA, la CIA, el Pentágono y el Departamento de Estado se rascaron la cabeza y pensaron algo como: esto va demasiado lejos; tenemos que detenerlos.

Un factor que merece ser destacado como determinante del incremento de la ofensiva sobre Brasil fue el descubrimiento de los campos petrolíferos del pre-sal en 2006 y la posterior designación de la empresa estatal brasileña, Petrobras, como operadora de la explotación de esta riqueza. Estos hechos, mientras Brasil buscaba expandir las relaciones internacionales a otros continentes y dentro de otros diseños institucionales, como en el caso del grupo BRICS, ciertamente contribuyeron a atraer la atención de importantes sectores del Estado norteamericano.

Sucesivas revelaciones de WikiLeaks y posteriormente de Edward Snowden arrojan luz sobre las actividades de espionaje de las agencias de inteligencia estadounidenses, especialmente la Agencia de Seguridad Nacional, la NSA. En particular, han salido a la luz acciones que han tenido como objetivo tecnologías para la exploración de petróleo a altas profundidades en la capa presal. No sólo Petrobras fue objeto de espionaje, sino también el Presidente de la República y otros funcionarios. Quedó claro, entonces, que el proyecto de un desarrollo brasileño autónomo encontraría poderosos obstáculos.¹⁷

La reactivación, en 2008, de la Cuarta Flota Naval que vigila el Atlántico Sur por parte del gobierno de Estados Unidos se da en este contexto de cambios geopolíticos.¹⁸ En 2009, el Departamento de Justicia de los EUA, Agentes del FBI y otras agencias intensificaron su colaboración en materia penal con miembros del Poder Judicial, el Ministerio Público Federal y la Policía Federal de Brasil para abordar temas relacionados con el combate a la corrupción transnacional y el lavado de dinero.¹⁹ El profundo entrelazamiento entre el *lawfare* y los intereses económicos y geoestratégicos de la superpotencia estadounidense no podría ser más claro.

3.

La lucha contra la corrupción como estrategia de lawfare

No es nuevo decir que la corrupción, por atribución genérica y desvinculada de causas reales, es argumento recurrente contra las izquierdas o contra gobiernos intervencionistas en sentido estatal, como parte de las ofensivas políticas conservadoras. La palabra en sí es polisémica, comprende varios significados y ha sido tratada como el gran mal del siglo XXI.

No puede ignorarse el esfuerzo universalista por crear mecanismos de cooperación internacional para combatir las prácticas corruptas

y sus derivados. La construcción de un marco universal para combatir la corrupción tomó relativamente pocos años para ser consensuada, un tiempo histórico breve si se compara con otros procesos normativos dentro de la ONU, ya que existe una tendencia de los Estados a compartir el entendimiento o la visión global según la cual la corrupción es un fenómeno social, político y económico que afecta a todos los países, que socava las instituciones democráticas, retrasa el desarrollo económico y contribuye a la inestabilidad de los gobiernos.²⁰

La corrupción, por tanto, ha sido entendida como un ataque a los cimientos de las instituciones democráticas, capaz de distorsionar los mecanismos electorales, corromper el estado de derecho y contribuir a la creación de burocracias cuya única función es facilitar los sobornos y coimas (deslegitimar la burocracia).²¹

Sin embargo, y de acuerdo con los estudios contemporáneos sobre *lawfare*, parece haber algo distintivo en el uso contemporáneo y universalista de esta lucha bien intencionada. Como bien lo identificó el Papa Francisco, uno de los líderes que ha reaccionado a las prisiones anticipadas por los medios de comunicación, la alianza entre sectores de la justicia y los medios hegemónicos produce un implacable proceso de condena contra ciertos individuos mucho antes de que comience cualquier proceso investigativo.²²

La corrupción, dado su fuerte atractivo discursivo como censura política, encaja perfectamente en la estrategia de atraer la *protesta* popular sin matices partidistas de ningún tipo, es sencillamente un consenso. La lucha contra la “corrupción sistémica transnacional” recibe tintes normativos más precisos y abre la puerta a la cooperación transnacional, convirtiéndose en elemento central del *lawfare*, una especie de discurso unificador para influir en la opinión pública, al mismo tiempo que posibilita la activación de mecanismos de cooperación transnacional, que involucran la injerencia externa y toda una legislación hegemónica del extraterritorialidad.²³

No sorprende, por tanto, que la corrupción haya sido tratada, por expertos de los *think tanks*, ciertas ONG y los medios de comunicación, como un cáncer del siglo XXI, que erosiona los cimientos de la democracia. Dadas las características de delitos de alta complejidad con capacidad de trascender las fronteras del Estado, estos mismos grupos justifican la flexibilización de las garantías procesales para que la sociedad pueda tener respuestas inmediatas, capaces de contrastar el desencanto con la política y los políticos en general.²⁴

Esta fórmula punitiva sustentada en la aceptación popular de la flexibilización de las garantías del derecho a la defensa ha sido, en mayor o menor grado, adoptada en los procesos de persecución judicial contra líderes y movimientos en países de la región, sirviendo perfectamente a la injerencia planes que han asumido contornos cada vez más explícitos. No todo es *lawfare* y la corrupción hay que combatirla, pero es notable que esos procesos, en determinados casos, estén, como mínimo, mezclados a objetivos estratégicos y que dañan colectivamente aún más que la corrupción.

En el marco de la estrategia militar estadounidense, la corrupción ha sido considerada una de las principales amenazas a la seguridad nacional. En 2010, el Pentágono asumió la desestabilización política y el apoyo de fuerzas internas como estrategias a explorar. En el *Training Manual for US Special Forces Prepared for Unconventional Warfare*, aparece la siguiente declaración: “El objetivo de los Estados Unidos en este tipo de guerra (guerra híbrida) es explotar las vulnerabilidades políticas, militares, económicas y psicológicas de las potencias hostiles, desarrollando y apoyando a las fuerzas de resistencia interna para lograr los objetivos estratégicos de los Estados Unidos”. El documento señala que “en un futuro no muy lejano, las fuerzas estadounidenses participarán predominantemente en operaciones de guerra irregulares”.²⁵

En diciembre de 2017, ya en la administración de Donald Trump, el documento que definió la nueva Estrategia de Seguridad Nacional

de EE. UU. asumía claramente la lucha contra la corrupción como una forma de desestabilizar a los gobiernos de países “competidores” o “enemigos” de EE. UU.²⁶ La administración Biden sigue priorizando la lucha contra la corrupción y la defensa interconectada como política regional y continental, incluyendo la mejora de mecanismos que ya son bastante asimétricos.

Según Antony J. Blinken, Secretario de Estado de los EE. UU., ningún país puede combatir eficazmente la corrupción por sí solo y requiere la ayuda de otros gobiernos: “Necesitamos socios anticorrupción fuertes en todas partes, y en todos los campos.” (...) “la corrupción no conoce fronteras y los actores corruptos son muy hábiles para explotar los eslabones más débiles de nuestro sistema global interconectado. (...) Es por eso que estamos desarrollando nuevas herramientas y programas para mejorar la capacidad de los gobiernos socios, periodistas de investigación, activistas anticorrupción y empresas. Por eso estamos profundizando nuestra colaboración con la Unión Europea, el G7, la OCDE y otros grupos de países que comparten nuestro compromiso para combatir este flagelo. Y es por eso que nosotros y nuestros socios debemos apearnos al Compromiso de Lima firmado en la Cumbre de las Américas de 2018, donde todos nos comprometimos a promover la gobernabilidad democrática contra la corrupción de manera concreta. Discurso del Secretario Antony J. Blinken, “Haciendo que la democracia produzca resultados para las Américas”.²⁷

Todo apunta a que, mientras se detallaban estrategias y mecanismos, ya se estaban probando y el modelo vivido en Brasil tiene varios de los elementos descritos por los estrategas militares estadounidenses como guerra no convencional. En cierta medida, puede considerarse una “guerra” exitosa, dado –como ya se mencionó– el desgaste de las fuerzas políticas y el debilitamiento de la capacidad económica y empresarial del país. El alcance del megaoperativo no fue más amplio solo porque las ilegalidades y anomalías en la conducción de los procesos se hicieron públicas a

través de revelaciones periodísticas, cuyo conjunto pasó a ser conocido como “Vaza Jato”.²⁸

Métodos similares han sido utilizados en otros países de la región y existen casos emblemáticos como el de Alstom²⁹ y BNP Paribas³⁰ en los que se evidencian las ventajas comparativas de Estados Unidos frente a una legislación nacional poco atenta a la defensa de los intereses nacionales que podrá contemplar la aplicación de tales normas asimétricas en términos del sentido de reciprocidad que debe regir en el derecho internacional.

Sectores de la justicia, unidos a los intereses de las élites locales -permeadas por la inteligencia y la injerencia extranjera- han actuado para bloquear la participación política y la candidatura de líderes y movimientos de tendencia más izquierdista. Ecuador y Bolivia son los ejemplos más elocuentes donde se mezclaron el derecho procesal penal y las imputaciones genéricas con el proceso electoral y las fórmulas de interrupción o bloqueo de candidaturas.

La existencia de elementos similares en las estrategias de guerra legal en diferentes países no significa que sea sencillo comprender las características específicas de cada experiencia. No es raro que existan elementos específicos de cada situación que desestimen conclusiones definitivas de carácter genérico. Aun así, se puede decir con seguridad que América Latina vive una ofensiva legal desestabilizadora y que esta ofensiva tiene un fuerte componente internacional.

Otro aspecto a destacar es que, si bien la criminalización del progresismo latinoamericano representa un inmenso retroceso democrático, la capacidad de generalizar el lawfare como estrategia de conveniencia en cualquier escenario político, y no solo contra líderes, partidos y movimientos de izquierda. Existe, en varios países, una verdadera cultura del lawfare, o del irrespeto a las reglas del juego democrático, que tiende a alcanzar a cualquier fuerza política.

Como bien ha descrito el Papa Francisco, el *lawfare* es una estrategia que se beneficia de un modelo económico ultraneoliberal, en el que la democracia opera dentro de límites cada vez más estrechos. A su vez, funcionando en retroalimentación, la judicialización selectiva de la política pasa a favorecer la implementación de modelos económicos y políticos cada vez más distantes de los avances sociales y populares.

No es exagerado decir que el *lawfare* es hoy uno de los mayores peligros para la democracia, especialmente en países y regiones donde los sistemas políticos son frágiles y las instituciones no están totalmente consolidadas. Una de las formas efectivas de reaccionar ante el uso péfido de derecho radica en develar las artimañas y fraudes utilizados en cada situación, diferenciándolos de la sana y necesaria lucha contra la corrupción, compromiso esencial en toda democracia.

4.

La trampa de la legislación extraterritorial vs. Soberanía

Los procesos contra el ex Presidente Lula han sido parte de una nueva forma de abordar el proceso penal y la conducción de las investigaciones penales, inaugurada con los llamados “grupos de trabajo de combate a la corrupción”, término extranjero que se ha afianzado en varios países latinoamericanos.³¹ Aquí, la corrupción es entendida como un “sistémico transnacional” e, inspirado en el “*task force*” estadounidense, el lenguaje de las fuerzas de tarea militares operativos de la Segunda Guerra Mundial, pero que, luego de la Guerra Fría, comenzó a adaptarse a la sistema de investigación criminal en ese país.

La Operación Lava Jato, en este sentido, está absolutamente correlacionada con las prácticas desarrolladas y apoyadas por la extraterritorialidad estadounidense, que han causado estragos en todo el mundo. Desde la década de 1970, se ha refinado una compleja red de legislación para eliminar competidores, absorber empresas y ex

pandir mercados a través de la lucha contra la corrupción. La extraterritorialidad -como parte de las guerras híbridas emprendidas a través del derecho- se convierte en un activo, estudiado en las academias militares.

En el caso de Brasil, más que correlación, Lava Jato estableció una colaboración efectiva y en clara violación de un tratado internacional.³² De esta manera, comenzó a ejercerse la legislación norteamericana para la delimitación de casos, para el establecimiento de denunciadores, la consecución de acuerdos de clemencia y las consecuentes cláusulas de confidencialidad. Esto solo fue posible dado el extremo celo que los agentes públicos brasileños tenían para garantizar los intereses de los demás, agravando la ya imponente extraterritorialidad para una actuación dudosa, ya que se hizo a través del intercambio informal y atento a los intereses de otro país.

No fue sólo en Brasil donde la imposición de la extraterritorialidad fue percibida con retraso. En Francia, las multas millonarias impuestas a BNP Paribas (\$8.900 millones) y Alstom (\$772 millones) abrieron los ojos de los franceses y motivaron la urgencia de establecer un nuevo proyecto de ley para combatir la corrupción y prevenir estos problemas.³³ Según el diputado francés Pierre Lellouche “Estamos ante un panel de legislación estadounidense extremadamente complejo, con una intención precisa, que es utilizar la ley con fines de imperio económico y político para obtener ventajas económicas y estratégicas”.

Lellouche presentó a las Comisiones de Relaciones Exteriores y Finanzas de la Asamblea Nacional en París un informe de la misión de información sobre la extraterritorialidad del derecho estadounidense, al que se puede acceder en el sitio web de la Asamblea Nacional³⁴ y se trata de un subsidio para discutir un nuevo marco para prevenir, detectar y combatir la corrupción, evitando la aplicación de la extraterritorialidad, restringiendo los métodos de lucha contra la corrupción a la legislación francesa invocando el principio de

non bis in idem y, por otra parte, manteniendo los importes de las multas y sanciones económicas para los Tesoro francés. Este proyecto de ley, “Sapin 2”, sobre transparencia, lucha contra la corrupción y modernización de la vida económica” es un buen ejemplo que Brasil debería seguir.

Este es el motivo de una preocupación adicional sobre el papel jugado por el juez en el proceso contra el ex presidente Lula que, además de la flexibilidad absoluta o incluso la suspensión de las garantías procesales, además de cómo trató la legalidad de la prueba y lo contradictorio, también buscó, en todo momento, sustentar la construcción de un conjunto de “convicciones” basadas en el involucramiento del exmandatario y la corrupción de la petrolera.

El papel de Sérgio Moro desde 2008, cuando prevalecieron los escándalos del Caso Banestado y las acusaciones al cambista Alberto Youssef, está íntimamente ligado a la evolución de lo que se convirtió en la operación Lava-Jato. Desde entonces, incluido el Proyecto Pontes³⁵, revelado por WikiLeaks, el sistema de herramientas y colaboración para combatir la corrupción, recomendado por agentes estadounidenses, efectivamente ha mejorado mucho, entendiéndose que incluso es innecesario cumplir al pie de la letra los tratados internacionales.

La evolución de la extraterritorialidad a través del perfeccionamiento de la legislación en los Estados Unidos construye una red de control que indiscriminada y peligrosamente afecta la soberanía de cualquier país que negocia con ellos. El acuerdo matriz es la ***Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) de 1977***.

La FCPA, o **Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA)**, es una ley federal de los EE. UU. que data del año 1977, aprobada para combatir el soborno de funcionarios del gobierno de los EE. UU. en el extranjero. Esta legislación, con posteriores modificaciones, se convirtió en la columna vertebral de la extraterritorialidad del derecho

estadounidense, sometiendo a empresas y Estados a la jurisdicción de ese país y llamando la atención del mundo sobre los riesgos de convertir las buenas prácticas anticorrupción en armas normativas para absorber o eliminar competidores y ampliar mercados.

Si en un principio la FCPA estaba destinada a empresas nacionales estadounidenses, con el tiempo recibe modificaciones que le permiten llegar a empresas extranjeras. El principal cambio tuvo lugar en 1998, cuando las disposiciones anticorrupción también comenzaron a aplicarse a las empresas y personas extranjeras que causan, directamente o a través de agentes, actos de corrupción dentro del territorio de los Estados Unidos o por empresas cuyos valores se manejan. por las bolsas de valores operadas dentro de los Estados Unidos o que puedan participar, directa o indirectamente, en operaciones indebidas con efectos en territorio americano.

Según el alcance definido oficialmente por la FCPA, la legislación prohíbe, por ejemplo, “el uso internacional del correo electrónico o cualquier medio que pueda corromper el comercio interestatal para promover cualquier tipo de pago, promesa de pago o autorización de pago de valores o cualquier cosa de valor a cualquier persona, a sabiendas de que en su totalidad o en parte dicho dinero o cualquier cosa de valor se ofrecerá, entregará o prometerá, directa o indirectamente, a un funcionario extranjero con el fin de influir en él en su calidad de funcionario, o inducirlo a hacer o dejar de hacer un acto en violación de una obligación legal, o asegurar cualquier ventaja indebida para ayudar a obtener o retener negocios, o dirigir negocios a cualquier persona”.³⁶

A partir del “11 de septiembre”, las reformas y ampliaciones de la FCPA reciben un segundo enfoque ideológico-normativo que abre la posibilidad del uso combinado de legislación e instituciones contra los Estados considerados “canallas”, estratégicamente definidos como blancos de imputación de sanciones coercitivas unilaterales

de amplio espectro y basadas en la prevención de ataques terroristas – como es el caso de Irán, Venezuela, Sudán³⁷. Pues bien, justo después de los atentados del 11 de septiembre de 2001, George W. Bush aprueba por decreto el **Patriot Act** o **Acta Patriótica** (firmada el 26 de octubre de 2001) que permite otorgar medidas extremas a los órganos de seguridad de los Estados Unidos, como la telefonía interceptaciones y acceso a correos electrónicos de organizaciones y personas presuntamente involucradas en el terrorismo internacional, sean estadounidenses o extranjeras, sin necesidad de autorización especial de la justicia.³⁸

El Título 3 de la Ley Patriota, “**International Money Laundering Abatement and Financial Anti-Terrorism Act of 2001**” o “*Ley de Reducción del Lavado de Dinero Internacional y Anti-Terrorismo Financiero de 2001*”, está dedicado a regular la prevención, detección y enjuiciamiento del lavado de dinero internacional y el financiamiento del terrorismo. A partir de esta prerrogativa excepcional, se pasó a activar el sistema bancario a través de procedimientos preventivos de identificación y solicitud de suministro de datos. Se comenzaron a utilizar métodos de identificación de beneficiarios, tales como “*beneficial owner*” e “*payable-through accounts*”, (“beneficiario real” y “cuentas de pago”), así como la solicitud de comunicación entre organismos e instituciones financieras, control de datos, registros y requisitos de reporte de instituciones que transitan de valores, e incluso se podrá autorizar el bloqueo de bienes y valores de personas naturales o jurídicas en el extranjero acusadas de corrupción o blanqueo de capitales asociados al terrorismo.

Entre las agencias a las que se les otorgaron poderes extendidos por la Ley Patriota, la principal fue la *National Security Agency (NSA)* o Agencia de Seguridad Nacional (NSA), una entidad cuyo historial de actividades siempre había sido discreto, pero que, después de junio 2013, con las denuncias de Eduard Snowden, se reveló como la mayor agencia de espionaje del mundo.³⁹

Asimismo, al ampliar el alcance de la FCPA entre normas y entidades, es importante conocer la “**Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act**”, o “Dodd-Frank Act”, legislación federal aprobada luego de la crisis subprime , en 2007-2008, que tiene como objetivo mejorar las normas y estándares para el funcionamiento del mercado financiero estadounidense. Con 16 títulos, 1500 secciones y más de 2300 páginas, la ley regula detalles del mercado financiero y tiene como propuesta central la reducción de la dependencia de los bancos federales. En lo que se refiere al tema de la extraterritorialidad, la nueva legislación amplía las funciones y departamentos de la “*Securities and Exchange Commission (SEC)*”, organismo similar a la Comisión Moviliaria de Brasil, y crea la “*Consumer Financial Protection Bureau (CFPB)*”, o la Oficina de Protección Financiera del Consumidor.

Ambas ampliaciones contribuyeron, a partir de 2010, a la posibilidad de sancionar conductas que, en los Estados Unidos, eran consideradas ilegales, actos de corrupción o lavado de dinero, aun cuando sus transacciones fueran realizadas fuera de sus territorios y por agentes extranjeros. Las implicaciones evaluadas por la SEC, con posibles impactos en los consumidores, permitieron la construcción de tesis jurídicas de responsabilidad de las grandes empresas por actos cometidos y confesados por sus empleados, llegando al desencadenamiento, muchas veces abusivo, de la extraterritorialidad construida en la imbricada trama de la legislación y agencias.

En 2013, se introdujo la **Ley de Cumplimiento Tributario de Cuentas Extranjeras (FATCA)** o “*Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)*”, una ley federal de los EE. UU. que exige que las instituciones bancarias extranjeras proporcionen datos sobre los titulares de sus cuentas a las autoridades estadounidenses, siempre que estos titulares sean también ciudadanos estadounidenses.⁴⁰ En la práctica, FATCA otorgó a las autoridades fiscales poderes extraterritoriales para exigir a los bancos extranjeros que proporcionen toda la información sobre las cuentas y posesiones de ciudadanos

estadounidenses, residentes fiscales estadounidenses y personas con doble nacionalidad.

En septiembre de 2016, se introdujo la **Ley de Justicia contra los Patrocinadores del Terrorismo** o “**Justice Against Sponsors for Terrorism Act (JASTA)**” que, como se define a sí misma, limita la inmunidad soberana extranjera, modifica la Ley de Inmunidad Soberana Extranjera y la Ley Antiterrorista, que abre la posibilidad de la pena de muerte en relación con demandas civiles contra un estado extranjero por lesiones, muerte o daños causados por un acto de terrorismo internacional. JASTA autoriza a los tribunales federales a ejercer jurisdicción sobre el apoyo de cualquier estado extranjero a actos de terrorismo internacional contra un ciudadano o propiedad de los EE. UU., independientemente de si ese estado está designado como promotor o patrocinador del terrorismo.⁴¹

Detrás de este complejo y complementario arsenal, aparece una legislación extraterritorial sumamente imponente, que hace uso de una economía respaldada por el dólar, el lenguaje contractual hegemónico, un derecho contractual con predominio del *common law* frente al derecho escrito europeo continental y, como elemento estratégico de la logística, de un sistema financiero construido a través de lazos e intercambios bajo el control de los Estados Unidos y de la prevención del terrorismo.

Cabe mencionar el papel que jugó el uso del Código Swift o BIC (Bank Identifier Code) conectado a la **em inglés Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication** o SWIFT. Creada en 1973, la sociedad comprende 239 bancos de 15 países con el objetivo de interconectar a los participantes y estandarizar las transacciones financieras internacionales. El papel de Estados Unidos en el manejo del código SWIFT ya ha sido y sigue siendo fuertemente cuestionado por los gobiernos europeos desde que, en 2006, se descubriera la existencia del denominado “*Terrorist Finance Tracking Program*”, creado en el ámbito de la Política de guerra contra el terrorismo,

con el propósito de rastrear terroristas. El software vinculado al programa permitió al gobierno de EE. UU. acceder a cualquier información sobre transferencias bancarias en la base de datos y la red de Swift en un acuerdo conocido como "acuerdo SWIFT", resultado de un acuerdo directo entre el gobierno de EE. UU. y la institución.⁴² El 11 de febrero de 2010, el Parlamento Europeo rechazó el "acuerdo SWIFT" por motivos de los derechos de privacidad de los ciudadanos europeos⁴³. Con esta decisión, el acuerdo no puede producir efectos jurídicos en Europa, pero ha sido utilizado en otras partes del mundo, entre los estados más desprevenidos.

5.

Agencias y agentes que hacen posible extraterritorialidad coactiva unilateral

No es difícil ver que la política de imposición de la extraterritorialidad exige una gran atención por parte de los gobiernos y las empresas, ya que moviliza legislación acumulada, autoridades públicas, entidades y agencias especializadas, incluidas la CIA, la NSA y el FBI y sus agentes instalados en embajadas y en los países de destino, un complejo logístico que busca información a través de colaboradores, fuentes pagadas y diferentes facilitadores en cada país y en cada situación.

La información recopilada por esta red de información es manejada por diversas agencias del Estado, el Departamento de Justicia - DOJ (United States Department of Justice, o Departamento de Justicia o DOJ)⁴⁴, el Tesoro (Federal Reserve),⁴⁵ la Securities and Exchange Commission, o SEC⁴⁶, la Oficina de Control de Activos Extranjeros, y la Oficina de Control de Activos Extranjeros, OFAC, que supervisa la aplicación de sanciones internacionales estadounidenses.

La División de Operaciones Especiales - Administración para el Control de Drogas (DEA), *Drug Enforcement Administration* (DEA),

o el Centro de Operaciones de Narcoterrorismo⁴⁷, el Centro Internacional de Inteligencia y Operaciones Contra el Crimen Organizado (IOC-2), los departamentos de Narcotráfico y Cumplimiento de la Ley Internacional (INL), Contraterrorismo (S/CT), sin mencionar a los fiscales que trabajan en departamentos con un alto grado de autonomía.

La actuación de fiscales y mega despachos de abogados también forman parte del engranaje. Quizás este sea el punto más relevante y esté conectado con lo que está pasando en Brasil, aunque se sabe poco. La información difundida por *The Intercept Brasil* y *Agência Pública*, confirmada por el contenido conocido en la llamada Operación Spoofing de la Policía Federal, corrobora la amplia colaboración entre fiscales brasileños y miembros de las agencias de inteligencia estadounidenses⁴⁸, pero mucho permanece oculto.

En los Estados Unidos, los poderes de los fiscales locales son distintos, mucho más amplios que sus contrapartes en Brasil y otros países. Es importante comprender los poderes y deberes del fiscal de distrito y del fiscal general del estado - *district attorney* y *attorney general of the state* (uno para cada uno de los cincuenta estados) y las funciones de representar al estado, liderar la asesoría legal del gobierno estatal y liderar el sistema de aplicación de la ley.

Los fiscales disfrutan de amplios poderes de negociación y discrecionalidad que no tienen los fiscales de otros países. En algunos condados, como el distrito de Nueva York, los fiscales cuentan con equipos de trabajo e investigación complementarios a la actividad policial, como es el caso de Nueva York, donde el departamento cuenta con una División de Investigación dedicada a delitos de corrupción y “colarinho branco”, en portugués⁴⁹.

Aún queda mucho por investigar en cuanto a los métodos de actuación, investigación y obtención de la “declaración de culpabilidad por parte del imputado” dentro del proceso penal americano, pero sin

duda existe algún cuidado para que la legalidad sea estrictamente observada, preservándolos de acusaciones de ilegalidades o abusos⁵⁰. Hay reglas que involucran el tiempo de cierre del acuerdo, la demora en llegar a un acuerdo y la esperada “confesión”, haciendo que los debates y negociaciones se lleven a cabo presionados por el tiempo, debilitando el cuidado con otros aspectos que deben contar, dadas las consecuencias para además de los directamente involucrados.

Los bufetes de abogados -cuatro o cinco grandes especializados en NYC- que trabajan en los juicios completan la trama ineludible. Con tarifas exorbitantes, construyen contratos que gravan a las empresas incluso después de pagar sus deudas, viéndose obligadas a albergar un monitor que observará el comportamiento de la empresa durante algunos años para que se considere que cumplen con las buenas prácticas. Este monitoreo lo paga la propia empresa e involucra a decenas de empleados, es decir, la empresa paga por ser monitoreada durante 5 años luego de asumir la responsabilidad de los actos de corrupción.

Las reglas de confidencialidad, incluidas en los acuerdos de clemencia, incluyen la declaración de culpabilidad y, en general, la posibilidad de participación en procesos penales de responsabilidad individual. Por eso es tan difícil desarmar el esquema de colaboración coercitiva unilateral que representa la extraterritorialidad en estos términos.

Los empresarios, ya castigados con largos procesos, detenciones preventivas, exposición pública y amenazas de sanciones, buscan resolver sus problemas solos, con discreción, caso por caso, sin movilizar a la opinión pública ni activar los poderes del Estado.

Los recursos obtenidos a través de los convenios son parte del proceso de atracción y estímulo de investigaciones. La asignación de los montos obtenidos en los procedimientos anticorrupción ocurre entre el DOJ, la SEC, la OFAC, la FED, el Departamento de Servicios

Financieros del Estado de Nueva York y los abogados de Nueva York. Este compartir es motivador para los equipos y el dinero ayuda a alimentar el presupuesto de sus agencias y departamentos, permitiéndoles recibir buenos salarios y emplear empleados.

En Brasil, la institucionalidad es más rígida. Quizás esa fue la motivación de los fiscales cuando crearon la Fundación Lava Jato, una entidad privada creada por Deltan Dallagnol con el objetivo de administrar 2.500 millones de dólares destinados por Petrobras en el marco del Acuerdo de Clemencia. El intento, incluso aprobado por un juez de primer grado, fue considerado escandalosamente ilegal y fue interrumpido por la propia Fiscalía General, pero mostró las intenciones de un grupo de fiscales inspirados en las superpotencias estadounidenses para llevar a cabo sus planes de utilizar el Ministerio Público con el propósito de perseguir enemigos políticos, destruir biografías, destruir empresas y empleos.

6.

Efectos de la extraterritorialidad y cómo defenderse

Algunos califican este proceso de imposición de la extraterritorialidad como una verdadera extorsión, dado el entramado de instituciones, legislaciones, entidades públicas y privadas, agentes y grandes estudios jurídicos vinculados al mundo de las finanzas de Wall Street. He aquí otra faceta del lawfare eficiente como parte del lawfare, con el objetivo de producir desestabilización económica y empresarial, además de desajustes políticos y con inmensas ganancias en el contexto de la política exterior regional de Estados Unidos.

Como reconocen las autoridades francesas, la pérdida de las empresas europeas en multas y sanciones a Estados Unidos ha superado los 40.000 millones de dólares en las últimas décadas, sin contar el daño a la imagen de la empresa, el daño a los acreedores y la viabi

lidad de las operaciones tras el trauma. de investigaciones, efectos estructurales en la cadena productiva y empleos⁵¹. Como ya hemos mencionado, el daño causado por Lava Jato fue asombroso y se sentirá por muchos años más.

Tal como está, y dado el hegemonismo de las normas y acuerdos extraterritoriales en el modelo de capitalismo financiero, no hay escapatoria fácil. Se trata de operaciones de jurisdicción extraterritorial manifiestamente impositivas y arbitrarias, francamente contrarias a los intereses de cualquier Estado y que muchas veces pasan desapercibidas para los poderes públicos responsables de acuerdos internacionales con cláusulas de protección soberana, como fue el caso de Brasil.

Lo que es aún más grave es la combinación de la normativa e institucionalidad con acusaciones de narcoterrorismo desde países objetivo, los parias, como es el caso actual de los embargos económicos contra Irán y Venezuela, una afrenta nunca antes vista al derecho internacional público en la subversión del sistema de sanciones internacionales, combinando delitos de lucha contra la corrupción y blanqueo de capitales con acusaciones de terrorismo, en ocasiones narcoterrorismo, atentado a los principios de no intervención y autodeterminación de los pueblos.

Las medidas de represalia eficientes son prácticamente imposibles, dado el arsenal que hace de esta estrategia un activo de un nuevo tipo de guerra contra cualquier país/empresa. En cambio, se necesita la movilización del Estado y la comunidad internacional para reconocer los abusos que son, en parte, el resultado de la dependencia del sistema financiero de una entidad hegemónica en el sistema del patrón dólar, no puede representar un activo ineludible. Además del derecho internacional en franca infracción, también hay que asegurar el sistema de privacidad de datos hasta que se preserven todas las garantías de defensa, empezando por la presunción de inocencia. Los medios de comunicación y el espectáculo son responsables

de las biografías sacrificadas, así como del proceso penal e investigativo con graves consecuencias para la sociedad por no observar la presunción de inocencia. No puede proceder la generalización de la excepción en una sociedad preventiva y excepcional.

Una de las formas de defenderse de este marco imponente de extraterritorialidad puede ser el establecimiento de sistemas estatales de combate a la corrupción de modo que la investigación de los delitos graves de corrupción se mantenga en el ámbito de la jurisdicción estatal, de modo que incluso las sanciones económicas derivadas de los procesos de confesión y sus efectos perversos pueden ser tramitados y gestionados en el propio Estado, o por órganos estatales con capacidad para establecer una alta colaboración.

El control de los procesos por parte de las autoridades públicas, tal como se define en los tratados de colaboración en la materia, evita el riesgo de que las investigaciones sean simplemente trasladadas a otra jurisdicción. En resumen, en el mediano plazo y siguiendo el ejemplo de otros países, Brasil debe buscar una forma autónoma y soberana de investigar y responsabilizar los delitos de sus empresas y sus empleados.

7.

Particularidades del caso brasileño

El caso brasileño es extenso en términos de tiempo y número de juicios y conexiones jurídicas y políticas, y sería impropio dar cuenta detallada de los aspectos procesales en cada una de las acusaciones atribuidas al ex presidente Lula, para los correligionarios y representantes del Partido de los Trabajadores, el Instituto Lula y la familia del dirigente político. La bibliografía es extensa y podemos hacer algunas indicaciones. Sin embargo, es fundamental entender que el caso brasileño tuvo una fuente insólita para revelar lo que muchos abogados y estudiosos del derecho ya sabían, la

construcción de un inmenso fraude legal para acusar y condenar de antemano al candidato a las elecciones de 2018.⁵²

Las filtraciones de la agencia *The Intercept Brasil*⁵³ A lo largo de 2019 y 2020 revelaron una relación de colusión ilegal entre Dallagnol y el grupo de trabajo Lava Jato con el exjuez Moro con el objetivo de condenar al expresidente y forzar una relación de corrupción sistémica con Petrobras, Odebrecht y otras compañías. La más impresionante, sin embargo, según revelan las últimas filtraciones, fue la colaboración ilegal entre los miembros del MPF de Curitiba con un agente del FBI y el Departamento de Justicia durante los años 2015 y 2016, en ausencia del Ministerio de Justicia y en clara violación de los tratados internacionales.

¿Será esta una de las razones de la parcialidad en el juicio? ¿Será la extraterritorialidad una de las razones por las que Lava Jato funcione fuera de los parámetros legales e incluso violando las prerrogativas de otros poderes?

Se recuerda que el acuerdo bilateral entre Brasil y los Estados Unidos establece que los actos de colaboración en materia judicial entre Brasil y los Estados Unidos – tales como solicitar pruebas tales como registros bancarios, realizar allanamientos e incautaciones, entrevistar a sospechosos o acusados y solicitar extradiciones – debe hacerse a través de una solicitud formal de colaboración, conocida como MLAT, y con el Departamento de Justicia como punto de contacto con el Departamento de Justicia de los Estados Unidos.⁵⁴

Este es el espíritu de reciprocidad que rige las relaciones internacionales de cualquier Estado soberano, el establecimiento de contrapartes equivalentes, de igual peso estatal, en este caso vinculadas al proceso diplomático y soberano del Estado, dadas las implicaciones de una gran escalar la investigación judicial y que pongan en peligro la soberanía nacional, los intereses y controversias internacionales, la relación política entre las naciones, etc. Lo que

sucedió, sin embargo, fue una cooperación informal que fue perjudicial para los tratados internacionales, y esta situación de ilegalidad está en el corazón de Lava Jato, desde el *modus operandi* dañino hasta la fluidez y legalidad de toda la operación.

Agentes estadounidenses, incluidos miembros del FBI, actuaron en secreto en el caso, se encontraban en territorio nacional para iniciar investigaciones y actuaron en la sede del Ministerio Público Federal en Curitiba, todo ello en ausencia del Ministerio de Justicia de la entonces Gobierno de Dilma Rousseff⁵⁵. Durante una semana, los agentes extranjeros fueron presentados a los abogados del denunciante y allí comenzó un fructífero proceso de colaboración, asesoría y apoyo por parte del MPF para facilitar la instalación de la extraterritorialidad.

Aún se desconocen muchos elementos de la trama, ni siquiera detalles de la participación del ex juez Sergio Moro en estos episodios, pero está claro, considerando la sintonía entre fiscalía y juez durante todos estos años de Lava Jato, así como el atado perfecto de acusaciones contra grandes empresas bajo la misma jurisdicción que Curitiba, que el desmantelamiento económico y empresarial producido por Lava Jato era de gran interés para los intereses de los Estados Unidos, no sólo en Brasil sino en otros países latinoamericanos donde las mismas empresas también son sacrificados legalmente.

Con la sentencia de Habeas Corpus n. 164.493/PR en marzo de 2021 por el Supremo Tribunal Federal⁵⁶, y habiendo cumplido 3 años de proceso y una sentencia anticipada de 580 días en la prisión de la Policía Federal en Curitiba, Lula finalmente recuperó sus derechos con el reconocimiento de la parcialidad y sospecha del exjefe federal Sérgio Moro.

El juicio de HC inició una serie de nulidades, interrupciones, redistribuciones y archivamientos en los procesos contra el ex Presidente y restituyó sus derechos políticos para que pudiera ejercerlos

incluso como candidato a las elecciones presidenciales de 2022. La sigla del partido – Trabajadores Partido – contra familiares y específicamente contra Lula, fueron 26 casos considerados victoriosos⁵⁷, dando cuenta de un proceso judicial persecutorio que abarcó todas las dimensiones de la vida y del trabajo.

Con la victoria de Lula en proceso electoral en octubre de 2022, superando una inédita campaña de mentiras, fraudes electorales e intentos de ruptura institucional, es posible interpretar que la mayoría de la población ha realizado, por medio del ejercicio de la participación y elección política, un acierto de cuentas de cara al pasado y ha percibido que han operado anomalías institucionales, política y económicas contra el país, sus representantes legítimos y sus intereses de sociedad.

Se ha vuelto indiscutible que Lava Jato se ha valido, desde 2015, de la relación privilegiada con la prensa y los periodistas, inundando las noticias con sospechas de corrupción que costaron a los imputados en el ámbito político y empresarial un daño de imagen inestimable. Eso sin hablar de los ritos procesales, de la inusual prisa injustificada por confirmar las decisiones de primera instancia por los tribunales superiores, anticipando la prisión que se ha mostrado absolutamente política, lo que indica que la justicia, en general, contribuyó al clima de violación del debido proceso legal y de la presunción de inocencia.

Una sociedad no puede avanzar democráticamente sin que el sistema de justicia sea considerado creíble y confiable. Y es fundamental reconocer cuándo la justicia se aparta del debido proceso, se acerca a los medios de comunicación y da paso a la justicia persecutoria con fines políticos.

Combatir la corrupción es una condición esencial para cualquier democracia y debe ser intensificada con procesos de garantías y transparencia, lo que no significa que pueda vulnerar derechos individuales y colectivos para justificar las portadas de grandes

periódicos. Esta es una forma perversa de manipulación social y política con graves consecuencias para el futuro de la sociedad, una dura lección para países de América Latina que han sido afectados por la guerra jurídica y con objetivos poco claros y aún por investigar.

Notas

1. Colonel Charles J. Dunlap, Jr., *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. Washington, D.C., 29 de noviembre de 2001.
2. Son varios los trabajos jurídicos que reúnen estudios que desentrañan las técnicas de creación artificial de jurisdicción de juicio, la utilización de institutos penitenciarios preventivos, acuerdos de culpabilidad, procesos secretos y apoyo mediático selectivo. Entre las fuentes, cabe mencionar el libro *Comentarios a una sentencia anunciada*, organizado por profesores de las principales universidades del país y con la participación de 122 autores que denuncian, con criterio técnico-jurídico, la falta de sustento legal de la condena que llevó al ex presidente Lula da Silva a 580 días de prisión y la imposibilidad de presentarse a las elecciones de 2018. http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Comentarios-a-uma-Sentenca-Anunciada.pdf
3. <https://www.prrerrio.com.br/a-extraterritorialidade-e-o-incalculavel-prejuizo-da-lava-jato-ao-patrimonio-brasileiro/>.
4. DIEESE - Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos, www.dieese.org.br
5. Zanin Martins, C. e Outros. "Lawfare, uma introdução". Editora contracorrente, 2019. Feitosa, m.l; cittadino, g. E outros. "lawfare : o calvário da democracia brasileira" andradina, meraki, 2020.
6. a menudo, se hace referencia a estos sectores como que componen el "estado profundo". La imprecisión de la expresión y su uso constante y políticamente cargado por parte de Donald Trump recomiendan cautela en su uso.
7. SAUER, Ildo L.; RODRIGUES, Larissa A. "Pré-sal e Petrobras além dos discursos e mitos: disputas, riscos e desafios". *Estud. av.* vol.30 no.88 São Paulo Sept./Dec. 2016. On-line version ISSN 1806-9592. Site Petrobras: https://petrobras.com.br/pt/nossas-atividades/areas-de-atuacao/exploracao-e-producao-de-petroleo-e-gas/presal/?gclid=CjwKCAjw5Kv7BRBSEiwAXGDElbRNlDL4KD1jy1QKXhR-JpBIUQPjh3dxxiJQccK1APr3x4syR7oQ_FBoC7noQAvD_BwE
8. Los diversos episodios que ilustran esta inflexión en la política exterior son objeto de varios libros y artículos de uno de los autores de este texto. Los menciona-

dos aquí, a modo de ejemplo, son tratados, especialmente, en la obra de Amorim, Celso: *Breves Narrativas Diplomáticas*, Saraiva 2013.

9. La frase la dijo un canciller chileno, de formación democristiana, en una visita bilateral a Brasil, al discutir el formato que debe tener la entidad dedicada a la integración de América del Sur.

10. Entrevista concedida a *Rádio Brasil Atual*, informando sobre los esfuerzos realizados por Itamaraty con los países de la región para frenar el avance del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), sepultado en 2005 durante la Cumbre de las Américas, en Argentina. <https://www.redebrasilatual.com.br/mundo/2013/07/para-amorim-oposicao-brasileira-a-alca-mudou-agenda-da-america-do-sul-9798/>

11. Discurso do Ministro Celso Amorim por ocasião da Reunião Especial do Fórum Nacional do Instituto Nacional de Altos Estudos (INAE): "Como ser o melhor dos BRICs" - Rio de Janeiro, 3 de setembro de 2008.

<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/ficha-pais/163-discursos-artigos-e-entrevistas/7982-palestra-proferida-pelo-ministro-das-relacoes-exteriores-embaixador-celso-amorim-na-reuniao-especial-do-forum-nacional-do-instituto-nacional-de-altos-estudos-inae-como-ser-o-melhor-dos-brics-sede-do-bndes-rio-de-janeiro-rj-03-09-2008>

Artigo do Ministro das Relações Exteriores, Embaixador Celso Amorim, publicado na Revista *Plenarium*. "A política externa do governo Lula: dois anos":

<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/discursos-artigos-e-entrevistas-categoria/7788-a-politica-externa-do-governo-lula-dois-anos-artigo-do-ministro-das-relacoes-exteriores-embaixador-celso-amorim-publicado-na-revista-plenarium>;

12. Este episodio está narrado en detalle en una de las narraciones del libro por uno de los autores de este texto. (Amorim, Celso: *Teerã, Ramalá e Doha. Memórias da Política Externa Ativa e Altiva*, Saraiva, 2015). Aunque Washington se retractó de la Declaración, que, de hecho, incorporó todas las demandas estadounidenses de "creación de confianza" en la relación con Irán, la administración de Obama reanudó negociaciones similares que dieron como resultado el acuerdo conocido como JCPOA, luego denunciado por Triunfo.

13. La Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), organismo intergubernamental creado el 23 de mayo de 2008 (Tratado Constitutivo), integrado por doce Estados sudamericanos, fundado en los ideales de la integración sudamericana,

conjugando las dos costumbres regionales gremiales, el Mercado Común del Sur (Mercosur) y la Comunidad Andina (CAN). A partir de 2018, la falta de consenso en la elección del Secretario General de la entidad, sumado al cambio de estrategia de los países de la región, llevó a varios países a anunciar la salida definitiva.

14. La Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC) fue creada el 23 de febrero de 2010 como parte de la Cumbre de la Unidad Latinoamericana y Caribeña celebrada en México. Como objetivo, la nueva organización se propuso proyectar la región a nivel mundial en temas como el respeto al derecho internacional, la igualdad entre los Estados, el respeto a los derechos humanos y la cooperación.

15. El Consejo de Defensa Suramericano fue creado a raíz de la institucionalización de UNASUR, mediante un tratado firmado en mayo de 2008 en Brasilia. Hasta entonces, los temas de defensa eran tratados preferentemente a nivel hemisférico, por la Junta Interamericana de Defensa, con sede en Washington.

16. El Consejo de Defensa Suramericano fue creado a raíz de la institucionalización de UNASUR, mediante un tratado firmado en mayo de 2008 en Brasilia. Hasta entonces, los temas de defensa eran tratados preferentemente a nivel hemisférico, por la Junta Interamericana de Defensa, con sede en Washington. <https://www.economist.com/weeklyedition/2010-09-11>.

17. El informe de BBC News, 8 de septiembre de 2013, informa que Estados Unidos espía a Petrobras, según documentos filtrados por Snowden: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/09/130908_eua_snowden_petrobras_dilma_mm

18. Informe de BBC News, 8 de mayo de 2008, informa que EE.UU. reactiva una flota para patrullar los mares latinoamericanos. Después de 58 años, la Marina de EE. UU. reactivará su Cuarta Flota para patrullar los mares de América. Latina. https://www.bbc.com/portuguese/reporterbbc/story/2008/05/080508_exercitoeuafn

19. Entre otras iniciativas en este sentido, se destaca el encuentro entre representantes de estas entidades, que dio como resultado la iniciativa de cooperación denominada "Projeto Pontes", en la que participó el entonces juez Sérgio Moro. https://wikileaks.org/plusd/cables/09BRASILIA1282_a.html

20. Este panorama, repetido en sucesivos foros internacionales y nacionales, le da a la lucha contra la corrupción un elemento de universalidad: hubo consenso sobre la necesidad de un marco internacional común en la definición, identifica-

ción de las diferentes especies, modalidades -que naturalmente deberían recibir regulación nacional- formas coordinadas de prevención y combate; En definitiva, los Estados reconocen la necesidad de combatir un mal universal y transnacional y, como tal, se comprometen con el marco común de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC), único instrumento jurídico vinculante de alcance universal para la lucha contra la corrupción.

21. La traducción es libre, retirada de: *Quatrième session de la Conférence des Etats Parties. La Conférence des Etats Parties à la Convention est instituée, conformément à l'article 63 de la Convention pour : Améliorer la capacité des États parties à atteindre les objectifs énoncés dans la Convention; Renforcer leur coopération à cet effet; Promouvoir et examiner l'application de la Convention. Quatrième session de la Conférence des États parties à la Convention des Nations Unies Contre la Corruption: (Marrakech, 24-28 Octobre 2011).* « La corruption est un phénomène social, politique et économique complexe, qui touche tous les pays. Elle sape les institutions démocratiques, ralentit le développement économique et contribue à l'instabilité gouvernementale. La corruption s'attaque aux fondements des institutions démocratiques en faussant les élections, en corrompant l'État de droit et en créant des appareils bureaucratiques dont l'unique fonction réside dans la sollicitation de pots-de-vin. Elle ralentit considérablement le développement économique en décourageant les investissements directs à l'étranger et en plaçant les petites entreprises dans l'impossibilité de surmonter les « coûts initiaux » liés à la corruption ».

22. En una homilía pronunciada el 17 de mayo de 2018, el Papa criticó el papel nefasto de los medios de comunicación en la difamación de personas públicas, comparando esta práctica con la persecución en las arenas cuando la multitud gritaba para ver la lucha a muerte entre mártires o gladiadores. El Papa Francisco dijo: “Se crean condiciones oscuras para condenar a una persona” (...) “Los medios de comunicación empiezan a hablar mal de las personas, de los líderes y, con la calumnia y la difamación, se empaña a estas personas. Entonces llega la justicia, los condena y, al final, se da un golpe de Estado” Homilía, jueves 17 de mayo de 2018, Papa Francisco. “Contra el veneno del chismorreo” - Meditaciones matutinas en la Santa Misa celebrada en la capilla de la casa Santa Marta.http://www.vatican.va/content/francesco/pt/cotidie/2018/documents/papa-francesco-cotidie_20180517_veneno-maledicencia.html.

23. PRONER, C. Quando a parcialidade é extraterritorial, tudo se explica In: O li

vro das suspeições: o que fazer quando sabemos que Moro era parcial e suspeito? 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Telha, 2020, p. 284-299.

24. En la web de la ONG Transparencia Internacional, una de las entidades más activas en su género, se puede leer “We define corruption as the abuse of entrusted power for private gain. Corruption erodes trust, weakens democracy, hampers economic development and further exacerbates inequality, poverty, social division and the environmental crisis”. <https://www.transparency.org/en/>.

25. U.S. Department of the Army, U.S. Army Special Forces Unconventional Warfare Training Manual. Headquarters, Washington D.C., 2010. Luiz Alberto Moniz Bandeira, en *A Desordem Mundial*, publicado en 2016, citando el citado Manual de Formación, advertía sobre el uso de conflictos no tradicionales por parte de Estados Unidos, describiendo las nuevas formas de injerencia por diversos medios, incluido el uso difundido de la guerra contra el terrorismo y otros de lucha contra los delitos transnacionales. MONIZ BANDEIRA, L.A. “A Desordem Mundial”, São Paulo, Civilização Brasileira, 2016.

26. “Conspiração e corrupção: uma hipótese muito provável”, por José Luís Fiori e William Nozaki. Publicação Sul21, em 27 de julho de 2019. Disponível em: <https://www.sul21.com.br/opiniaopublica/2019/07/conspiracao-e-corrupcao-uma-hipotese-muito-provavel-por-jose-luis-fiori-e-william-nozaki/>. O documento de referência pode ser encontrado em : U.S. Department of Defense. National Defense Strategy, Washington D.C., 2018. Conforme destacam Luíz Fiori e William Nozaki, a estratégia foi exposta documento sobre a Estratégia de Defesa Nacional dos EUA, publicado em 2018. O documento aponta que uma nova modalidade de conflito não armado tem tido presença cada vez mais intensa no cenário internacional, com o uso de práticas econômicas predatórias, rebeliões sociais, cyber-ataques, fake news e métodos anticorrupção.

27. Discurso de Antony Blinken, 20 de octubre de 2021, en la Universidad San Francisco de Quito, Ecuador.

28. Una serie de publicaciones de documentos y diálogos entre los miembros de la Fuerza de Tarea Lava Jato, destapando un esquema escandaloso de fraude legal, con graves consecuencias para la democracia brasileña. Sitio que contiene todos los informes publicados por The Intercept Brasil y por los vehículos asociados de #VazaJato. <https://theintercept.com/2020/01/20/linha-do-tempo-vaza-jato/>

29. Entrevista a Frédéric Pierucci, ingeniero de Alstom que relata su recorrido por la justicia y el sistema penitenciario estadounidense en torno a la aplica-

ción de la extraterritorialidad contra la empresa francesa a partir del año 2015. <https://www.youtube.com/watch?v=dejeVuL9-7c&t=2992s> . Alstom : la France vendue à la découpe ? Frédéric Pierucci [EN DIRECT].

30. Según un informe de Jean-Michel Quatrepoint, publicado el 13 de abril de 2017 en *Le Monde Diplomatique*, en pocos años, las empresas europeas transfirieron alrededor de US\$ 25 mil millones a las distintas administraciones estadounidenses: más de US\$ 8 mil millones de la FCPA y \$16 mil millones por incumplimiento de sanciones económicas. De este total, la cuenta de Francia supera los US\$ 12 mil millones. Sumando las multas pagadas por otros trámites, principalmente a bancos, el total asciende a más de US\$ 40 mil millones. Evidentemente, esto tiene repercusiones en el saldo de la cuenta corriente. <https://www.sul-sur.com/2017/04/estados-unidos-e-unilateralismo-em-nome.html>. Jean-Michel Quatrepoint, periodista, é autor, entre outros livros, de *Alstom, scandale d'État* [Alstom, escándalo de Estado], Fayard, Paris, 2015

31. <https://www.losandes.com.ar/policiales/el-departamento-de-justicia-de-eeuu-capacita-en-mendoza-a-fiscales-de-todo-el-pais/> Novedades del Departamento de Justicia de los Estados Unidos y la capacitación de funcionarios provinciales y federales en Argentina sobre la Investigación y Persecución de la Ejecución de Delitos Transnacionales en el Sistema Fiscal. Este sistema se repite en varios países de América Central y América Latina.

32. Tanto las revelaciones de *The Intercept Brasil* como las traídas por la Revista *Veja* (feb/2021) demuestran la relación clandestina establecida tanto por el juez Sergio Moro como por los Fiscales que formaron parte de la Operación Lava Jato, en particular Deltan Dallagnol. <https://apublica.org/2020/03/como-a-lava-jato-escondeu-do-governo-federal-visita-do-fbi-e-procuradores-americanos/> (Cómo Lava Jato ocultó una visita del FBI y fiscales estadounidenses del gobierno federal) y <https://veja.abril.com.br/politica/dialogos-veja-capa-intercept-moro-dallagnol/> (Nuevos diálogos revelan que Moro guió ilegalmente acciones de Lava Jato)

33. Según un informe de Jean-Michel Quatrepoint, publicado el 13 de abril de 2017 en *Le Monde Diplomatique*, en pocos años, las empresas europeas transfirieron alrededor de US\$ 25 mil millones a las distintas administraciones estadounidenses: más de US\$ 8 mil millones de la FCPA y \$16 mil millones por incumplimiento de sanciones económicas. De este total, la cuenta de Francia supera los US\$ 12 mil millones. Sumando las multas pagadas por otros trámites, principal

mente a bancos, el total asciende a más de US\$ 40 mil millones. Evidentemente, esto tiene repercusiones en el saldo de la cuenta corriente. <https://www.sul-sur.com/2017/04/estados-unidos-e-unilateralismo-em-nome.html>. Jean-Michel Quatrepoint, periodista, es autor, entre otros libros, de *Alstom, scandale d'État* [Alstom, escándalo estatal], Fayard, París, 2015.

34. <http://www2.assemblee-nationale.fr/14/missions-d-information/missions-d-information-communes/mission-d-information-commune-sur-l-extraterritorialite-de-la-legislation-americaine>

35. Seminario realizado en 2009, en Río de Janeiro, dedicado a la consolidación de competencias bilaterales en materia policial y antiterrorista práctica, y con la participación de jueces y fiscales federales de 26 estados brasileños, además de 50 policías federales. También estuvieron presentes representantes de México, Costa Rica, Panamá, Argentina, Uruguay y Paraguay. Summary: *An S/CT funded regional conference entitled "Illicit Financial Crimes" held in Rio de Janeiro during October 4-9, 2009, successfully brought together representatives from Brazil, s federal and state law enforcement community and countries from throughout Latin America.* Integra do documento: https://wikileaks.org/plusd/cables/09BRASILIA1282_a.html

36. <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act> . The Foreign Corrupt Practices Act of 1977, as amended, 15 U.S.C. §§ 78dd-1, et seq. ("FCPA"), was enacted for the purpose of making it unlawful for certain classes of persons and entities to make payments to foreign government officials to assist in obtaining or retaining business. Specifically, the anti-bribery provisions of the FCPA prohibit the willful use of the mails or any means of instrumentality of interstate commerce corruptly in furtherance of any offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of money or anything of value to any person, while knowing that all or a portion of such money or thing of value will be offered, given or promised, directly or indirectly, to a foreign official to influence the foreign official in his or her official capacity, induce the foreign official to do or omit to do an act in violation of his or her lawful duty, or to secure any improper advantage in order to assist in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person.

37. Se considera estado "parea", según el derecho internacional, a aquel que actúa o se comporta de forma ajena o contraria a las normas acordadas entre Naciones y esta condición podría justificar la adopción de medidas coercitivas como el ais-

lamiento internacional. , embargos y sanciones y, en el límite, incluso injerencia militar. Pero la consideración de un “estado paría” depende de un consenso de la comunidad internacional o incluso de los poderes representativos, especialmente los miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU, ya través de sus propios procesos institucionales. Es lo opuesto a la conducta unilateral, cada vez más adoptada por Estados Unidos en absoluta contravención del derecho internacional..

38. Después de varias prórrogas durante la administración de George Bush, el 27 de julio de 2011, el presidente Barack Obama firmó la prórroga de la Ley PATRIOTA de los EE. de junio de 2015, varias disposiciones de esta ley expirarían. Luego, el Congreso aprobó la Ley de Libertad de EE. UU., para reemplazar la Ley Patriota. A pesar de mantener algunas disposiciones de la antigua ley, la Freedom Act trae varios cambios, como el manejo de datos y quién puede conservar la información obtenida por la NSA.

39. El plan de Vigilancia Global y Operaciones Especiales en Fuentes (SSO) se llevaron a cabo en asociación con empresas y agentes para realizar la interceptación de datos contra empresas y gobiernos, también teniendo como objetivo Brasil.

40. Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA)». www.treasury.gov.

41. La legislación, aprobada el 28 de septiembre de 2016, sin oposición en el Senado y por unanimidad en la Cámara (anulando un veto del presidente Obama), tenía como objetivo permitir la continuación de las demandas civiles presentadas por las familias de las víctimas de los ataques del 11 de septiembre. contra Arabia Saudita por el supuesto papel del gobierno en el hecho, pero los efectos prácticos son muy amplios, permitiendo la extraterritorialidad contra gobiernos parias, como es el caso de las sanciones unilaterales atribuidas por una mención cada vez más frecuente al terrorismo internacional, el narcotráfico y delitos transnacionales presuntamente cometidos por funcionarios públicos e incluso acusaciones contra el gobernante Nicolás Maduro.

42. La red permite el intercambio de mensajes electrónicos en un entorno de alta seguridad, donde cada banco tiene su propia dirección (código SWIFT) o Código de Identificación Bancaria (BIC). Sin embargo, para que estas transacciones se realicen es necesario que cada participante tenga una relación bancaria con otro, ya que la red solo permite el intercambio de información y no de montos en efectivo. El 11 de febrero de 2010, el Parlamento Europeo rechazó el "acuerdo rápido"

por motivos de los derechos de privacidad de los ciudadanos europeos. Con esta decisión, el acuerdo no puede producir efectos jurídicos en Europa.

43. Como escribió Paul Albert Iweins, ex presidente de la Asociación de Abogados de Francia: “Es suficiente que una transacción en disputa se haya escrito en dólares o que un intercambio de mensajes haya pasado a través de un servidor estadounidense para la jurisdicción de los Estados Unidos para ser reconocida como competente”, artículo de Jean-Michel Quatrepoint, publicado el 13 de abril de 2017 en *Le Monde Diplomatique*, <https://www.sul-sur.com/2017/04/estos-estados-unidos-e-unilateralismo-em-nome.html>

44. <https://www.justice.gov>

45. <https://www.federalreserve.gov>

46. <https://www.sec.gov>

47. <https://ndiastorage.blob.core.usgovcloudapi.net/ndia/2010/homeland/Dodd.pdf>

48. <https://apublica.org/2020/03/como-a-lava-jato-escondeu-do-governo-federal-visita-do-fbi-e-procuradores-americanos/>

49. *defense function*. 3 ed. Washington, D.C., 1993. Part III, Standard 3.1, a. Disponible en: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/criminal_justice_standards/prosecution_defense_function.authcheckdam.pdf> Acceso en: octubre de 2015.

50. <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/81012/128022/F-462051835/BHS81012.pdf>

51. Jean-Michel Quatrepoint, *op. cit.* “En un caso de corrupción en Indonesia, Alstom se asoció con un grupo japonés, Marubeni. Había llegado a un acuerdo en 2012 con el DOJ y fue sentenciado a una multa de \$88 millones. La cuenta de Alstom, negociada en 2014, fue nueve veces mayor. El Marubeni no inquietó a los pesos pesados estadounidenses del sector, mientras que Alstom ya era un objetivo para General Electric. Otro ejemplo: Alcatel. Este grupo de telecomunicaciones francés estaba mal visto al otro lado del Atlántico. Había equipado la red iraquí en tiempos de Saddam Hussein y disponía de tecnologías superiores a las de sus competidores norteamericanos, principalmente Lucent. En 2005, el Departamento de Justicia intervino en un caso de corrupción contra Alcatel en Costa Rica y Honduras. Cinco años después, se ordenó al grupo pagar una multa de 137 millones de dólares. Mientras tanto, tuvo que fusionarse con Lucent, que fue sentenciada por actos similares cometidos en China a una multa de...\$2.5 millones.

Después de la fusión a fines de 2006, Lucent tomó progresivamente el control de Alcatel, un precursor de lo que sucedió con el negocio de energía de Alstom (tres cuartas partes del negocio del grupo), que General Electric recuperó en 2015. Estas multas debilitan considerablemente a las empresas objetivo y no sólo desde el punto de vista de hacer efectivo el derecho".<https://www.sul-sur.com/2017/04/estados-unidos-e-unilateralismo-em-nome.html>

52. Proner, c.; Cittadino, g. E outros. Comentários a uma sentença anunciada: o processo lula. 2017. Editora canal 6.

53. <https://theintercept.com/series/mensagens-lava-jato/>

54. Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal, assinado em 1997. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3810.htm

55. <https://apublica.org/2020/03/como-a-lava-jato-escondeu-do-governo-federal-visita-do-fbi-e-procuradores-americanos/>

56. Para acessar o inteiro teor dos votos: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1237595413/inteiro-teor-1237595414>

57. Conozca las otras 26 victorias de Lula contra el lawfare (actualizado en octubre de 2022): 1. Caso Guarujá Triplex. La defensa de Lula probó que nunca poseyó, recibió o se benefició de la propiedad que en realidad perteneció a OAS; 2. Caso Sítio de Atibaia. La defensa de Lula demostró que nunca recibió dinero de Odebrecht para pagar las reformas del sitio, que tampoco era suyo. 3. Intentar reabrir el caso del sitio de Atibaia. La defensa de Lula demostró que no es posible reabrir la acción penal en su contra por las reformas del sitio de Atibaia, que nunca fue suyo. 4. Caso de la Tierra del Instituto Lula. La defensa demostró que el Instituto nunca recibió una donación de terrenos, contrariamente a lo que decía la denuncia Lava Jato, y siempre operó desde su propia sede. 5. Caso de Donaciones al Instituto Lula. La defensa de Lula demostró que las donaciones de particulares y de otros países al Instituto Lula entre 2011 y 2015 fueron todas legales. 6. Caso "Quadrilhão do PT". La acusación grave decía que Lula era el jefe de una organización criminal que drenaba recursos de empresas estatales como Petrobras. El Ministerio Público Federal acusó, sin señalar delito alguno, cualquier acto ilegal o corrupto que hubiera sido practicado por Lula, sus exministros o por dirigentes del PT acusados junto a él. 7. Caso "Quadrilhão" II. Misma situación que antes del intento de criminalizar la política. 8. Caso Delcídio. La defensa de Lula demostró que la declaración de culpabilidad del exsenador Delcídio do Amaral era falsa. 9. Caso de las conferencias de Lula. Sérgio Moro acusó a Lula de simular

sermones. La defensa presentó pruebas contundentes de que se cumplieron las 72 conferencias de Lula. 10. Caso de la Ley de Seguridad Nacional. Moro, ya ministro de Justicia, pidió a la PF abrir una investigación contra Lula, con base en la Ley de Seguridad Nacional. La investigación fue archivada tras el testimonio de Lula. 11. Caso del hijo de Lula. La defensa demostró que las acusaciones del MP contra Luiz Claudio Lula da Silva por la actuación de su empresa de eventos deportivos Touchdown eran falsas. 12. Caso del hermano de Lula. La defensa demostró que no hubo ilegalidad, fraude o favoritismo en los servicios que fray Chico, uno de los hermanos de Lula, prestó a Odebrecht antes de la elección del expresidente. 13. Caso del sobrino de Lula. La defensa demostró que no hubo irregularidad, ilegalidad o favoritismo en la subcontratación de una empresa propiedad de un sobrino del ex presidente para un proyecto de Odebrecht en Angola. 14. Caso de invasión triplex. El 6° Juzgado Penal Federal de Santos rechazó la denuncia del MP sobre la protesta que miembros del MTST realizaron contra la injusta condena de Lula en abril de 2018. 15. Caso Carta Capital. Lava Jato intentó calificar de ilegales los contratos de patrocinio entre Carta Capital y Odebrecht. 16. Caso MP 471. Lula fue acusado de recibir compensación por la edición de la Medida Provisional 4771, que extendió incentivos a la industria automotriz. 17. Caso Guinea. El expresidente fue acusado de practicar tráfico de influencias internacionales y blanqueo de capitales porque el Instituto Lula recibió una donación oficial de una empresa brasileña que opera en Guinea Ecuatorial. 18. Caso BNDES Angola. Esta denuncia se basó en la acción penal conocida como *Quadrilha do PT*, en la que Lula fue absuelto a pedido del propio MPF. 19. Costa Rica Caso Leo Pinheiro. Investigación derivada de la denuncia de Leo Pinheiro, quien inicialmente acusó a Lula de tráfico de influencias internacionales en Costa Rica para favorecer a la empresa OAS. Nadie escuchado por la PF confirmó la versión de Léo Pinheiro, quien luego negó cualquier pago de ventaja indebida a Lula en un nuevo comunicado. 20. Segundo intento de reapertura del Caso Sítio de Atibaia. El pedido del MPF de reabrir el caso del sitio de Atibaia fue nuevamente rechazado por falta de pruebas, ya que las pruebas utilizadas por la fiscalía fueron fabricadas por Lava Jato y anuladas por el STF. 21. Caso de evasión fiscal sobre bienes de terceros. Lula fue acusado de no pagar impuestos por las remodelaciones del triplex Guarujá y la hacienda Atibaia, propiedades que nunca fueron suyas. La investigación se basó en pruebas falsificadas por Lava Jato. 22. Caso de los hijos de Lula. La investigación acusó a Fabio Luis, Marcos Cláudio y Sandro Lula da Silva de presunta evasión fiscal

por pagos realizados entre sus empresas. Una vez más, la denuncia se basó en pruebas falsificadas por Lava Jato. 23. Archivo del caso Guarujá Triplex. Cierre definitivo del caso. El MP no ofreció una nueva denuncia por falta de pruebas. 24. Suspensión del caso Gripen Fighter. El STF aceptó los elementos presentados por la defensa y reconoció que la acción criminal era parte del “Plan Lula”, engendrado por miembros de la extinta Lava Jato. La recomendación para la compra de la aeronave vino de las Fuerzas Armadas, a través de la FAB, en un dictamen de cerca de 30 mil páginas, sin ninguna injerencia de Lula. 25. Archivo de la causa “obstrucción a la Justicia”. La premisa de la acusación de obstrucción a la justicia relacionada con el nombramiento de Lula como Jefe de Gabinete se basó en una farsa creada por Lava Jato. El propio MPF reconoció en el dictamen que, dada la probada inexistencia de una organización criminal, es imposible considerar la comisión del delito. 26. Presentación del Caso del Ministro. La decisión versa sobre la denuncia que pretendía criminalizar la designación de la expresidenta como ministra de la Casa Civil durante el gobierno de la expresidenta Dilma Rousseff. La acción fue interpuesta al día siguiente de la denuncia, tratando de calificar al PT como una “organización criminal”. La “Quadrilha do PT” nunca fue recibida por la Justicia por falta de neutralidad.

14.

El que nada hace, teme: El Lawfare
contra Marco Enríquez-Ominami,
el caso chileno

Daniel Flores Cáceres *

* Miembro del grupo académico del Grupo de Puebla.
Antropólogo (MSc; Ph. D.)

Introducción

El chileno, es uno de los capítulos menos conocidos de lawfare en Latinoamérica, aunque es, por varias razones, uno de los más interesantes. Por un lado, porque la persecución judicial y mediática contra Marco Enríquez-Ominami Gumucio frustró un movimiento político que estaba en su mejor momento de popularidad, y que había declarado su voluntad de hacerse con el poder ejecutivo en poco tiempo. El lawfare empantanó el movimiento sin haber llegado al poder, invisibilizando con esto los hechos y sus injusticias. Por otro lado, porque las banderas de este movimiento, que buscaba transformar el país por las vías institucionales, terminaron siendo las demandas del estallido anti-institucional chileno de 2019 el cual, sin liderazgos, no fue capaz de concretar cambios reales. Es interesante, además, porque el lodazal de acusaciones contra Marco despejó el camino y la imagen de Sebastián Piñera, el candidato de la derecha, que se postuló a una segunda presidencia pese a haber estado involucrado en varios actos de corrupción, desde el fraude a un banco hasta su aparición en los Pandora Papers. En Chile se dice: "Un chancho embarrado, quiere embarrar a otro", y este fue, precisamente, el caso.

Por eso, lo que fiscales y medios de comunicación buscaron atacando al filósofo, cineasta y cuatro veces candidato a la presidencia, no fue atajar el presente de un cambio si no, su potencia. El Lawfare contra él ha sido tan inverosímil en sus procedimientos y humillante en sus mecanismos, como en el resto de los casos ocurridos en la región, pero sin duda, también más solitario y extenuante, por esta invisibilidad a la que su contexto lo condenó.

Funcionó como todos: fiscales haciendo acusaciones y levantando causas gigantes y succulentas para la prensa y la opinión pública, las que, luego de años de juicios y papeleos, terminaron en nada: cohecho, coimas, corrupciones, lavado de activos, financiamiento irregular, etc. En este caso, la vinculación de Enríquez-Ominami con

el *Lavajato* y OAS (la tristemente célebre constructora brasileña), a través de la utilización de un avión privado para su campaña de 2013, hecho que terminaría siendo desestimado por la propia fiscal que lo levantó. Luego, y para continuar con el interminable proceso, aprovecharon de alzar en su contra acusaciones por, supuestamente, haber presentado boletas falsas de gente que no habría trabajado en sus campañas. Acusaciones que fueron, también, años de juicios, desestimados. Ocho años después, Marco enfrenta un último juicio, que puede durar dos años más y que, ya en sus inicios, se ha vuelto a demorar por errores en los procedimientos por parte de la fiscalía. Profundizaré a continuación algunos de los aspectos más desconcertantes de esta causa.

1. Antecedentes

El año 2015, cuando empezó la persecución en contra de Marco Enríquez-Ominami, este ya había enfrentado dos campañas presidenciales. Con la primera, de 2009, había alcanzado el 20% de los votos, había estado a punto de pasar a segunda vuelta, había quebrado con la hegemonía electoral de la Concertación de Partidos -que llevaba administrado por décadas el gobierno- y había instalado los temas que serían los estandartes de todas las futuras movilizaciones en Chile: solucionar la crisis de representación política a través de una asamblea constituyente, atajar la desigualdad, construir un estado de bienestar protector de las clases medias y bajas, nacionalizar los recursos naturales, y fortalecer el mercado pero para ponerlo al servicio de la gente.

El 2013 fue su segunda campaña, y si bien en esa oportunidad alcanzó solo el 11% de los votos, lo hizo en competencia con Michelle Bachelet, quien era, por entonces, un fenómeno electoral. Esa campaña, la mejor, según ha declarado Marco en alguna entrevista, lo dejó en la primera posición para enfrentar las elecciones de 2017.

Esta *pole* se puede concluir no solamente por haberle sacado a Bachelet un 11% de los votos, sino que también desde las encuestas realizadas durante esa campaña, que señalaban, por ejemplo la de la Universidad Autónoma de Chile de 2013, que cerca del 60% de los que declaraban votar por Bachelet, lo hubiesen hecho también por Enríquez-Ominami. Encuestas posteriores apuntaban a lo mismo, por ejemplo, la del Centro de Estudios Públicos (Un *think tank* de la derecha que aplicaba el levantamiento de opinión política más respetado y de mejor calidad por aquel entonces), que en noviembre de 2014 posicionaba a Marco como uno de los políticos más conocidos, como el mejor evaluado -por encima de Bachelet, inclusive- con una alta valoración positiva de su imagen (50% de la población) y una baja percepción negativa (solo un 20% lo rechazaba). A su vez, esa misma encuesta, describía al candidato de la derecha, el ex presidente Sebastián Piñera, en el lugar 12 en popularidad, con un 35% de aprobación y otro 35% de rechazo.

El efecto del lawfare, que comenzó solo unos cuantos meses después de haber sido conocidos los resultados de esa encuesta, en la imagen de Enríquez-Ominami y de Piñera y de los sendos movimientos políticos que lideraban, es notoria. El primero terminaría las elecciones presidenciales de 2017 en el cuarto lugar y con un 6% de los votos, y el segundo convertido, de nuevo, en el presidente de Chile.

Durante ese año 2015, el Ministerio Público inició distintas investigaciones penales en contra de Enríquez-Ominami por la supuesta comisión de delitos relacionados con el financiamiento de campañas políticas e ilícitos tributarios, causa penal que se conoció públicamente como "caso SOQUIMICH o SQM (siglas para Sociedad Química Chilena)". El Ministerio Público formalizó a Marco, por esta causa, en octubre de 2016, imputándole el haber cometido delitos relacionados con el artículo 97 del Código Tributario. El 25 de mayo de 2018 se realizó la audiencia de reformalización de la investigación, en las que el Ministerio Público precisó sus imputaciones, y en julio de ese año el entonces Fiscal Regional de Valparaíso, Pablo Gó

mez, presentó una acusación en contra de 16 imputados, entre ellos, Enríquez-Ominami.

Luego, en marzo de 2019 el Servicio de Impuestos Internos, presentó una acusación particular en contra de Marco, idénticas a las imputaciones realizadas por el Ministerio Público, solicitando la aplicación de las siguientes penas: 3 años de presidio menor en su grado medio, una multa de 40 UTA (unos 30 mil dólares), y la inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena.

Durante al menos 5 años, Enríquez-Ominami, sin ser condenado, fue sometido a medidas cautelares de arraigo nacional y firma bimensual en una comisaría y a un procedimiento penal kafkiano, constantemente aplazado y enredado. Por ejemplo, solamente la acusación del Ministerio Público comprendió la participación de 600 testigos, 14.609 documentos, 52 peritos y 727 otros medios de prueba, esto, además del debate en torno a los medios probatorios ofrecidos por los acusadores particulares y las respectivas defensas. Pero además de esto, fue sometido a condenas informales, de parte del público guiado por una prensa y periodistas que se comportaban más como animadores de un circo romano, y de instituciones de la democracia electoral, que, fuera de toda norma, lo castigaron conculcando sus derechos ciudadanos para sufragar y ser candidato.

2.

La politización de la justicia en Chile

El primer persecutor de Enríquez-Ominami fue el fiscal Emiliano Arias, quien admitió en una entrevista, que había recibido una oferta de trabajo para ocupar el puesto de "Subsecretario de Prevención del Delito", de parte del círculo del presidente Piñera. El otro fiscal que participó en este proceso, fue el Fiscal Pablo Gómez, quién es esposo de la que fuera subsecretaria y Ministra de Justicia del primer Gobierno del mismo Piñera, la abogada Patricia Pérez. El fiscal Gó-

mez sería luego invitado, no solamente a la ceremonia de asunción al segundo mandato de Sebastián Piñera, sino que se convirtió además en su asesor legal para enfrentar las causas que el gobierno del presidente de derecha levantó durante las masivas protestas que se sucedieron desde octubre de ese año en todo el país. Por las decisiones tomadas durante el llamado estallido social, a Piñera se le ha acusado como responsable por la violación de los derechos humanos de cientos de manifestantes. La esposa del fiscal asesor de Piñera, Patricia Pérez, es hoy jueza en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cargo que alcanzó con el patrocinio de Piñera, en uno de sus últimos actos como presidente de Chile.

La tercera fiscal es la fiscal Ximena Chong, quién tuvo a la vista, a comienzos de su investigación, carpetas que implicarían, por los mismos "delitos-no-delitos" que se imputaron en contra de Enríquez-Ominami, y durante la misma campaña política, a la expresidenta Bachelet. Sin embargo, contra ella, la fiscal Chong decidió desestimar cualquier acción judicial.

A Marco Enríquez-Ominami la fiscalía lo acusó de haber recibido aportes de OAS para su campaña, pese a que el ex candidato no tuvo ninguna relación directa con esta empresa, como quedó demostrado durante los juicios. Se le acusó de haber utilizado un avión privado durante la campaña, sin embargo, tres años después de esa acusación, ese avión fue desestimado por la propia fiscal Chong como delito porque, no haberlo declarado, que era el problema, había sido un error administrativo y nada tenía que ver con enriquecimiento personal o financiamiento de campañas. De hecho, la Sra. Evelyn Matthei, también candidata en 2013, también ex ministra de Piñera e hija, además, de un General de la Junta de Gobierno de Pinochet, reconoció haber utilizado ella también un avión privado, bajo la misma figura, para transportarse durante la campaña. Sin embargo, en contra de ella la fiscal Chong, como había hecho con Bachelet, decidió desestimar desde un comienzo ese hecho como un posible delito a ser investigado.

Se le acusó a Enríquez-Ominami, también, de haber entregado boletas por trabajos no realizados (boletas ideológicamente falsas). Marco y sus abogados demostraron que estos trabajos sí se habían realizado y fue, por tanto, absuelto. Pero lo llamativo de todo esto es que los hijos del expresidente Piñera, sí presentaron facturas a empresas castigadas por el financiamiento electoral, como SOQUIMICH, pero ellos no fueron incorporados en ninguna investigación judicial. Es más, la contadora del expresidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle, competidor de Marco el 2009, reconoció haber pagado deudas de campaña con dinero de esa empresa a través de boletas ideológicamente falsas, pero, Eduardo Frei, ni siquiera fue citado a declarar.

Se persiguió en la campaña de Marco Enríquez - Ominami, conductas que habían sido comunes a todas las campañas políticas, y que nunca habían sido tipificadas como delitos, y de las que, si hubiere habido delitos, de estos serían responsables, solamente, los administradores de esas campañas, pero no los candidatos.

¿Mala suerte? No. Arbitrariedad. Los intercambios de mensajes entre los fiscales del caso lo demuestran. Porque así como en Brasil, "The Intercept" desveló el direccionamiento de la investigación en contra de Luis Inácio Lula da Silva, que terminaron con el político injustamente encarcelado, en Chile se desveló también la intencionalidad en contra de Marco, a través de los mensajes sacados a la luz en un juicio paralelo, en el que fueron solicitadas las conversaciones que se habían intercambiado los fiscales durante la investigación de esta causa (finales del año 2015), y que fueron dados a conocer por medios como CIPER.

En ellos se puede leer, por ejemplo, a los fiscales Emiliano Arias y a Carmen Segura, decidiendo a quienes se debería incluir como receptores de dineros ilegales por financiamiento de campaña, y a quienes no. Varios fueron esos intercambios, pero el más revelador fue este, en el que el fiscal Arias envía a su colega Segura, una lista de aquellas personas que proponía fueran investigados: "*Carmen, para*

mandar un listado a la BRIDEC por correo, creo que el dinero recaudado mediante la emisión de boletas falsas iba a (y coloca aquella lista de nombres, incluyendo a Enríquez-Ominami)"- Entonces, Segura le responde, sorprendida por las omisiones que Arias hacía en esa lista, que debía incluir a Sebastián Piñera y a su entorno. A lo que Arias respondió: "Yo sacaría a Piñera, o incluiría a Bachelet, Peñailillo, Arenas (ministros de Bachelet), etc. Y ese conjunto no me parece prudente mandarlo. ¿Te parece?". Segura, luego de esa respuesta, por fin aceptó.

Los fiscales habían decidido dejar fuera de la pesquisa a Michelle Bachelet y a Sebastián Piñera, y centrarse, en cambio, en el principal contendor de ambos, Marco, que se convirtió en el único candidato sometido a investigación y por tanto en el chivo expiatorio del financiamiento irregular a la política, en una causa que debía limitarse, según la ley, solamente a los administradores electorales. Por eso fue extraño, pero no sorprendente, que el Servicio de Impuestos Internos se querellara solamente en contra de Marco, pero no en contra de Bachelet y Piñera y se convirtiera también, en el único candidato querrellado por impuestos internos, pese que la vinculación que supuestamente querían demostrar, necesariamente, los hubiese tenido que incluir a todos. Esto, claro, si el objetivo hubiese sido la justicia, y no la política.

3.

El rol de los medios y del poder legislativo

Para provocar el efecto político y electoral, estas acusaciones requerían de la participación de amplificadores de estas acusaciones en la opinión pública. Fue entonces el turno de la prensa que actuó como lo ha hecho en el resto de los lawfare en Latinoamérica: a) a través de filtraciones solo de las partes acusatorias y no en las exculpatorias de las pruebas; b) a través de la utilización de fuentes ocultas interesadas como "testigos de lo real" y; c) utilizando el condicional como hecho: "podría haber ocurrido que".

Por ejemplo, La Tercera, el diario del banquero y multimillonario Álvaro Saieh, levantó noticias falsas hasta en la portada de su diario y se dedicó a filtrar, como quién revende televisores robados, porque eso sí es un delito, trozos del proceso judicial en pleno contexto de campaña. Desde La Tercera usaron también la figura de la "fuente oculta interesada", filtrando lo conveniente a su estrategia y a la de los fiscales persecutores, pero nunca mostrando el contexto de toda la carpeta judicial, construyendo de este modo, la apariencia de delito para hechos que no lo eran.

Inclusive, durante la campaña, La Tercera, y Canal 13, el canal privado del banquero Andrónico Luksic -uno de los mayores financistas de las campañas de Piñera- enviaron periodistas a Brasil para grabar el famoso avión privado usado en la campaña de Enríquez-Ominami, como si hubiese sido un vergonzoso misterio, y presentaron la noticia editando las notas con música de terror y cámaras escondidas. Esto, pese a que el avión había sido usado como protagonista de más de uno de los capítulos de la propia campaña de Marco que, como admitiría años después la propia fiscal del caso, el uso del avión no constituía delito alguno. Tal vez no es casual que al año siguiente al de esa elección presidencial, el Editor de Canal 13, Christian Rendic, terminara como subdirector de la Secretaría de Comunicaciones del gobierno de Piñera, ni que el director de esa casa televisiva se convirtiera después, en el asesor comunicacional del mismísimo Andrónico Luksic.

Esto del avión demuestra, además, la relación que tuvo el lawfare chileno con el poder legislativo, porque fueron cuatro diputados de derecha (Gonzalo Fuenzalida, Rojo Edwards, Paulina Núñez y Felipe Ward) quienes realizaron la denuncia por el caso del Avión. Ese no fue un hallazgo judicial o penal. Fue político. Los diputados fueron donde el fiscal Gómez a presentar la denuncia por el avión -aunque no le correspondía estar a cargo de la denuncia por territorio, pero era de su confianza política y decidió iniciar la investigación-, que como dije, había sido un error administrativo y no un delito, y Gómez luego le envió esta denuncia a la fiscal Chong. Las acusaciones

relacionadas con el caso SOQUIMICH no habían logrado dañar considerablemente a Marco Enríquez-Ominami, comunicacionalmente hablando. Fue el avión y el trato periodístico dado a esa noticia el hecho que golpeó más fuerte su imagen de cara a la campaña en la que competía.

El Mercurio, el segundo diario más leído, propiedad de la familia Edwards, célebres por haber sido financiados a través de su diario por la CIA para conspirar en contra el gobierno de Salvador Allende, también se encargó de levantar hojarasca en contra de Marco. En su caso, además del encono y el uso del mecanismo de la fuente oculta interesada, utilizaron el condicional ("podría ocurrir que"). Así fue como, en plena campaña presidencial y aprovechando uno de los viajes del candidato, titularon que este "sería arrestado" al momento de aterrizar. Con este mecanismo, El Mercurio logró instalar no solo el tufo de la culpa y la idea de que Enríquez-Ominami estaba prófugo de la justicia.

El resto de los medios, en el lawfare contra Marco, se sumaron a la masa y se hicieron parte de los que ocultaban la mano de aquellos que tiraban las piedras. Por ejemplo, amplificando con bombos y platillos cuando los fiscales solicitaban a Marco abrir sus cuentas bancarias personales y de empresas, pero diciendo poco y nada cuando los fiscales no encontraban prueba alguna de delitos en ellas (cuentas que, por lo demás, fueron abiertas por la propia decisión de Enríquez-Ominami).

4.

Ahora es por la democracia: La pelea por votar y ser candidato en 2021

Otro factor distintivo en la persecución en contra de Marco Enríquez - Ominami, es que él decidió, pese a los juicios abiertos, participar como candidato a presidente en las elecciones de 2021. Sin

embargo, y pese a que no se encontraba, ni entonces ni ahora, condenado por delito alguno las instituciones de la democracia estimaron que Marco había perdido su calidad de ciudadano y le impidieron participar, primero de las campañas presidenciales primarias -que se celebraron el día 18 de julio de 2021-, e intentaron hacer lo mismo con la competencia presidencial general, de noviembre de ese año.

Esta medida fue impulsada por el 8° Juzgado de Garantía de Santiago a instancias del Consejo de Defensa del Estado (presidido por Juan Peribonio, designado por Piñera y militante de su mismo partido), y el Tribunal envió la acusación al SERVEL (Servicio Electoral), el cual -actuando de oficio- ordenó suspender el derecho a sufragio de Enríquez-Ominami, por "hallarse acusado de un delito que merece pena aflictiva", pese a que, en el marco del proceso penal, el Ministerio Público no había solicitado la suspensión del derecho a sufragio, y, por tanto, sin que tribunal alguno hubiese autorizado dicha suspensión. SERVEL (órgano que fiscaliza y regula los procesos electorales) presidido por un político de la UDI, partido de derecha y parte del gobierno de Sebastián Piñera.

Solo el 10 de mayo de 2021, al intentar inscribir su candidatura a través de la página web del SERVEL, Marco recién se enteró de esa inhabilitación y de la pérdida de sus derechos ciudadanos que se habían sacado de la manga las instituciones que intentaban, nuevamente, mantenerlo anclado en el silencio de los procedimientos. El SERVEL se sumó al montón aduciendo como razón la referencia a "las personas acusadas de delitos que merecen pena aflictiva", sumando a Marco, públicamente, a un grupo de 7 personas que cabrían en esta categoría.

Probablemente porque su única certeza es la convicción sobre su inocencia, Marco Enríquez-Ominami no desistió, sino que recurrió inmediatamente a los órganos judiciales, presentando un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra del SERVEL y luego, un requerimiento de inaplicabilidad por inconsti-

tucionalidad al Tribunal Constitucional. Marco ganó, y el Tribunal Constitucional ofició el jueves 19 de agosto al SERVEL para que se abstuviera y lo incluyera en el padrón electoral, a efectos de quedar habilitado para que inscribiera su candidatura, cosa que el SERVEL se negó a hacer porque era demasiado tarde. Entonces, el sábado 21 de agosto, Marco recurrió al Comité de Derechos Humanos de la ONU (tal como lo había hecho el presidente Lula da Silva) y presentó una querrela criminal por prevaricación en contra del militante de la UDI que dirigía el SERVEL. Recién la noche del domingo 22 de agosto de 2021, y solo 24 horas antes de que venciera el plazo de esas elecciones para inscribir las candidaturas presidenciales, el SERVEL accedió a inscribirlo. Junto a esto, Marco tuvo que apelar en contra de la impugnación a su candidatura que realizara el 4 de septiembre de ese mismo año, el abogado, reconocidamente pinochetista, Mario Esquivel, en contra de su candidatura, hasta que el máximo tribunal electoral le dio la razón. Sin embargo, toda esta pelea defendiendo en tribunales sus derechos ciudadanos, le significó perder 3 semanas de campaña, en una carrera que duraba tan solo sólo 3 meses.

5.

El último Juicio: el exceso del plazo razonable

De todos los ataques judiciales que ha recibido Marco, sólo le resta uno: el caso SOQUIMICH. Aunque todos coinciden en que la conducta de que se le acusa no es delito, la Fiscalía insiste en seguir adelante y en dilatar el Juicio Oral, y para eso ha designado fiscales y funcionarios con dedicación exclusiva a este caso. Aunque los Fiscales tienen en promedio 1.000 casos, los de este caso solo tienen uno, y ganan US\$ 5.000 y US\$ 6.000 mensuales -según la información que obtuvieron abogados a través de la ley de transparencia-, además de oficinas y viáticos diarios de casi US\$ 200, porque algunos viven fuera de la capital.

En el lawfare no todos los actores responden a incentivos político-económicos, aunque ese sea su origen. Porque los incentivos económicos vaciados de sentido también sirven para alargar los juicios, derivando las causas en funcionarios interesados simplemente en que los juicios se alarguen para mantener ellos el sueldo y a los acusados en el comodillo de los trascendidos y la limitación de sus derechos.

El caso SQM, cuya investigación empezó en febrero de 2015, imputa hechos ocurridos en 2009. La Audiencia de Preparación de Juicio Oral se demoró 13 meses, siendo una de las más extensas de la historia judicial chilena. El Juicio Oral podría durar 2 años y, aunque debía iniciarse el 12 de enero de 2023 (para juzgar hechos ocurridos, inclusive, 14 años antes), se postergó su inicio para el 1° de febrero de 2023, porque la fiscalía pidió más tiempo para corregir los errores y negligencias en el Auto de Apertura, que es el documento base para el Juicio Oral, y que tiene casi 6.000 páginas, pues el texto contenía tal cantidad de errores que no permitía el inicio del Juicio. Lo insólito es que en la audiencia celebrada el 12 de diciembre de 2022 (a menos de 1 mes de iniciar el Juicio Oral), estos Fiscales de dedicación exclusiva pidieron no iniciar el Juicio ese 1° de febrero porque iban a estar de vacaciones, porque: *“el período estival siempre es complicado”*. El Tribunal, sin embargo, rechazó esta insólita pretensión y les exigió estar presentes el 1° de febrero en el tribunal.

6.

Conclusiones

A Marco Enríquez-Ominami se le imputaron como delitos acciones no tipificadas como tal por la justicia, y el haberse concertado junto a otros para defraudar al fisco a través de boletas ideológicamente falsas que, se demostró, habían sido emitidas por trabajos efectivamente realizados. Se le acusó de tener responsabilidad sobre el comportamiento de terceros: sus administradores electorales, so-

bre los que, por ley, él ni ningún candidato tiene arbitrariedad ni responsabilidad.

Sin embargo, durante años, el periodismo la ha exigido a Marco que "admita su responsabilidad" por estos hechos, y se le pide, además, en las entrevistas periodísticas que "haga una autocrítica", tal como a Job le insistían que admitiera sus pecados: es que algo habrás hecho. Los medios durante el proceso, construyeron una suerte de verdad periodística paralela que actuó como tribunal pre-moderno de la opinión pública: "demuestra tu inocencia", le dijeron a Marco en más de una oportunidad, invirtiendo la carga de la prueba y retrocediendo 200 o 300 años en la historia del derecho, para volver a la estructura que usaba la inquisición para condenar a alguien, que era la mera acusación de brujería.

En definitiva, el que otras campañas políticas hayan cometido las mismas acciones que las perseguidas en Enríquez-Ominami, no quiere decir que todos esos actos sean delitos, pero que estos solo fueron perseguidos en el caso de Marco. Lo que sí quiere decir es que, no siendo delitos, fueron sin embargo criminalizados solo en contra de Enríquez-Ominami, convirtiéndolo en el chivo expiatorio del financiamiento irregular de la política en Chile.

Los países, se supone, no se suicidan, pero el lawfare es eso. Instituciones de la justicia usando instituciones en contra de la justicia, periodistas usando diarios en contra de la libertad de prensa, miembros del poder legislativo usando a los del judicial para destruir candidatos, instituciones electorales usando triquiñuelas en contra de candidatos que no son los suyos. La izquierda también se hizo daño a sí misma en este caso porque prefirió creer, pese a todos los antecedentes que se presentaron, y hasta el día de hoy, en esa "verdad periodística" construida por fiscales, medios conservadores con prontuario de sedición y algunos diputados de derecha, antes que observar críticamente, la forma en que se construía en torno a Marco la noticia de una inexistente corrupción.

15.

De la judicialización de la política a la politización de la justicia¹

Eli Gómez Alcorta²

Lara González Carvajal³

1. Este artículo retoma un texto de las autoras publicado en 2018 por la Editorial CICCUS, el que aquí revisamos y discutimos.

2. Abogada y docente de grado y posgrado (UBA) Especialista en Derecho Penal (UBA) y en Ciencias políticas y sociología (FLACSO), ex ministra de las Mujeres, Géneros y Diversidad de Argentina.

3. Politóloga (UBA) con formación de posgrado en Ciencia Política (UNSAM). Fue docente e investigadora (UBA-UNGS) en Ciencia Política, Teoría del Estado y Políticas Públicas. Fue funcionaria pública, asesora parlamentaria y consultora en organismos públicos y ONGs.

Este libro invita a pensar las guerras jurídicas¹, principalmente en América Latina. En ese marco, nos proponemos reflexionar sobre la forma que viene asumiendo en los últimos años la relación entre la política y el poder judicial, considerando que este vínculo está poniendo en jaque a la democracia misma en nuestra región.

Partimos de advertir que el nivel de judicialización de la política en nuestros países ha alcanzado niveles extremos, al punto de definirse en el terreno judicial grandes problemas y disputas estrictamente de naturaleza política. Creemos que la actual situación pone en evidencia, de modo brutal, la crisis de la metáfora moderna de la división de poderes y, en especial, de la ficción de la independencia judicial, fundante de la teoría constitucional y política del Estado moderno.

El rol que desempeña hoy el poder judicial en América Latina y las formas en que opera la idea misma de justicia en la organización democrática de los Estados constituye, para nosotras, uno de los nudos problemáticos claves para pensar nuestro tiempo, tanto en términos conceptuales como políticos. El desafío que nos proponemos en este texto no es más que el de dejar expuesto un problema que es teórico y es político, y que está teniendo consecuencias prácticas e institucionales a lo largo y ancho de nuestra región.

Reconocemos que el asunto que planteamos sugiere preguntas que aún no encuentran respuestas y propuestas explicativas que nos satisfagan completamente; que en esta época nos formulamos interrogantes que provocan más incomodidad que certezas, pero que resultan centrales para pensar el futuro. Estamos seguras de que gran parte de los paradigmas y categorías existentes del pensamiento moderno ya no alcanzan para comprender y explicar la realidad que vivimos y, mucho menos aún, para imaginar herramientas y cursos de acción para su transformación.

El objetivo de este artículo es recorrer el camino que nos lleve de la descripción y el análisis de la actual forma que asume la judiciali

zación de la política a la reflexión y el debate sobre la necesidad urgente de politizar la justicia. Politizar, entendiéndose ello, como la operación de desnaturalización de un concepto y, sobre todo, como la problematización de algo que no ha sido suficientemente objeto de cuestionamiento. Debemos erigir en nuestros debates al poder judicial como un problema teórico y práctico, pero, sobre todo como un problema de naturaleza política. Debemos visibilizar y poner en cuestión las fuentes de legitimidad, las relaciones de poder, los modos de construcción y formas de ejercicio del poder que atraviesan el terreno judicial, articulados con el resto de las esferas públicas y privadas que forman parte de los resortes del orden social, político, económico y cultural contemporáneo que pretende convivir con un sistema que aspira a ser democrático. Esta tarea constituye hoy, para nosotras, un objetivo urgente y necesario en cualquier debate sobre el estado actual de nuestras democracias y en cualquier proyecto con pretensión de transformación hacia modos de vida más igualitarios.

1.

La juristocracia o la fase superior de la judicialización de la política

El uso del terreno judicial como ámbito para dirimir asuntos políticos es un fenómeno que se ha transitado a lo largo y ancho del mundo, y se ha expandido, en especial, en casos donde se han puesto en juego cuestiones de máxima importancia y significación política nacional. Si bien existen características locales en cada país, la judicialización de la política es sin duda un dato de la realidad de nuestros países de América Latina en particular y constituye un enorme desafío para nuestras democracias². De allí, que se ha comenzado a discutir en diversos ámbitos académicos y políticos la denominación de “juristocracia” para referirse a la transferencia de poder de las instituciones representativas a los órganos judiciales en un grado que no tiene precedentes³.

Nuestra región transita en el último lustro, momentos políticos en los que, concretamente, la criminalización, las detenciones o solicitudes de arresto de los y las dirigentes con fuerte liderazgos populares son un factor central en la disputa política y electoral. El poder judicial y sus principales operadores/as se constituyen en actores centrales de un escenario que define el futuro político de nuestros países. Pero ¿qué implica esto? ¿Cómo se explica? ¿Cuáles son los mecanismos que utiliza?

Está claro que la intervención del poder judicial en asuntos políticos no es una novedad en sí misma, ni es algo particular de nuestro país o nuestra región. En la Argentina, al menos desde el dictado de la Acordada de 1930 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁴, que reconocía al Gobierno Provisional de la Nación, afirmando que el título del gobierno de facto no podía ser judicialmente discutido, “en cuanto ejercita la función administrativa y política derivada de su posesión de la fuerza como resorte de orden y de seguridad social”, en adelante, la gravitación de las resoluciones judiciales en la vida institucional y en la construcción de la ciudadanía resulta innegable. Su deplorable rol durante la última dictadura cívico-militar aporta sobrada evidencia de ello. Sin embargo, insistimos y sostenemos que en estos tiempos nos encontramos ante un nuevo modo de intervención judicial sobre la vida y el orden político democrático. Consideramos que el nivel de judicialización de la política actualmente asume una nueva forma e intensidad que debemos advertir con mucha preocupación. “En este giro judicial, el intercambio de propuestas se vuelve un proceso acusatorio, el adversario político se vuelve un delincuente, y el espacio público se vuelve escenario de una caza de brujas” tal como reflexiona Nosetto (2014).

Esta práctica político-judicial se presenta de un modo bastante uniforme en distintos países de América Latina -e incluso también en algunos países europeos como España-, encontrando en los distintos procesos judiciales cierto patrón de intervención que, a priori, podría estar vinculado a estos modos de ejercicio del poder político.

La intervención de los poderes judiciales en casos como Argentina, Ecuador o Brasil contra Cristina Fernández de Kirchner, Rafael Correa o Lula da Silva⁵, por ejemplo, presentan cada uno su propia singularidad en cuanto a la merma de garantías o la vulneración de derechos pero, por otro lado, comparten en general algunos denominadores comunes: i) detenciones o pedidos de detenciones de líderes/lideresas políticos/as sin condena firme; ii) la intervención de magistrados de alta exposición pública y que llegan a las actuaciones judiciales sin resultar los jueces naturales; iii) la intervención de fiscales habilitados para esas actuaciones en particular, desplazando los que debían intervenir en el comienzo de las investigaciones; iv) la colaboración en el proceso de arrepentidos que aportan información para fundar las imputaciones; v) intervenciones telefónicas en violación al derecho de intimidad –incluyendo interceptaciones de los abonados de los estudios de abogados de las personas investigadas y la utilización del resultado de intervenciones en causas ajenas en las que fueron ordenadas, etc.-; vi) utilización de figuras penales abiertas, como la asociación ilícita que no requieren la descripción de conductas sino la mera participación o asociación a un grupo de personas con la finalidad de cometer delitos; vii) la escasa prueba que sustenta las imputaciones, fundándose principalmente en indicios; viii) la utilización de criterios de responsabilidad objetiva para fundar la responsabilidad penal, con fórmulas como “no podía no haber sabido”, “el influjo psíquico sobre quienes intervinieron”, “la intimidación ambiental”, entre otras.

Solo a modo de ejemplo mencionaremos algunas de las particularidades de estos patrones en el caso de la persecución judicial contra Cristina Fernández de Kirchner: a) entre el 2004 y el 2022 fue denunciada en 654 ocasiones, al menos 6 personas -vinculadas políticamente con el espacio político opositor a ella- la denunciaron entre 20 y 74 veces. La mayor cantidad de denuncias se presentaron entre 2014 y 2016, y luego, entre el 2021 y 2022 -coincidiendo con los años previos a elecciones presidenciales-; b) a pesar de que existe un sistema de sorteo para la asignación del magistrado que

debe intervenir en cada causa judicial, en diez casos seguidos contra Cristina Fernández de Kirchner salió sorteado el mismo juez -de doce juzgados con competencia federal posibles-. Las probabilidades de que los sorteos salgan de la manera que resultaron son de 0,00000000177%; cerca de dos posibilidades cada mil millones; c) en varias causas se utilizaron para construir las imputaciones declaraciones de imputados arrepentidos -en esas ocasiones no se grabaron las entrevistas con los fiscales como exige la ley para que esas declaraciones tengan validez-; d) se le ha imputado figuras penales tales como la traición a la patria -delito que requiere la acción de “tomar las armas contra la Nación” por haber firmado un memorándum de entendimiento con otra nación, que luego fue ratificado por el Congreso Nacional; o acusada como jefa de una asociación ilícita durante todo el periodo de sus dos mandatos presidenciales, porque habría montado una estructura para cometer delitos que implicó la propia gestión presidencial, solo por mencionar algunos; e) al no existir prueba respecto de su responsabilidad en los hechos que se le imputan se utiliza la fórmula de imputación “no podía no haber sabido”, lo que implica la asignación de responsabilidad objetiva; f) de modo sistemático se le negó el derecho a producir prueba de descargo; etc.

Recientemente, el 6 de diciembre de 2022, se dictó la primera sentencia condenatoria a la expresidenta y actual vicepresidenta argentina, Cristina Fernández de Kirchner, a 6 años de prisión e inhabilitación perpetua para el ejercicio de los cargos públicos por considerarla autora de una administración fraudulenta en perjuicio del Estado. Se trata de una sentencia anunciada a lo largo del tiempo, que fue tapa de los diarios las semanas previas y que quizás constituye un caso paradigmático en relación con el planteo que proponemos en este texto ya que expone de un modo brutal las características que venimos describiendo.

El juicio oral comenzó en mayo del 2019 en el que se investigó el presunto redireccionamiento de obras viales llevadas adelante en la

Provincia de Santa Cruz en favor de determinadas empresas. Esta causa tuvo su inicio en el año 2008 cuando se presentó una denuncia para que se investiguen estos hechos. En aquel momento fue sorteado el juez Julián Ercolini y resolvió que él no era competente para la investigación y que ésta se debía tramitar en el poder judicial de la provincia de Santa Cruz. Ese proceso concluyó con el sobreseimiento de todos los investigados, por entender que no constituían ningún delito. En febrero de 2016, el interventor de Vialidad Nacional designado por el entonces presidente Mauricio Macri, presentó nuevamente una denuncia por los mismos hechos ante los tribunales de Comodoro Py, otra vez debía intervenir Julián Ercolini pero, ocho años después de su declaración de incompetencia resolvió que en esta ocasión sí le correspondía llevar adelante la instrucción del proceso⁶.

El objeto de causa era si se direccionaron las licitaciones de las 51 obras viales a una misma empresa, si se pagaron sobrepuestos, si las obras no fueron realizadas, si esas obras y los recursos necesarios se encontraban contemplados en el presupuesto nacional, todo ello en el período 2003 - 2015.

A pesar de que en el año 2019 se llegó a la etapa de juicio oral, no hubo a lo largo de los años una pericia contable para determinar si se pagó de más; no hubo una constatación de que las obras no se hubieran hecho; no hubo declaraciones testimoniales que indicaran que se hubieran recibido órdenes para que Austral Construcciones fuera la ganadora de las licitaciones, no hubo registros de mails, llamados, mensajes de texto entre CFK y quienes intervinieron en esas licitaciones. Pero... no solo eso, sino que la defensa de Cristina Fernández solicitó que se haga una pericia sobre todas las obras viales a los fines de demostrar que habían sido realizadas y que no hubo valores fuera del mercado, pero tanto el juez Ercolini, como el Tribunal Oral Federal No. 2, no lo admitieron⁷. Durante el debate oral múltiples testigos dijeron que una vez que ganó Macri la presidencia, fueron hostigados para que declararan mintiendo sobre irregularidades que no existieron.

A pesar de todo ello, los fiscales en sus alegatos plagados de adjetivos, solicitaron se condene a Cristina Fernández de Kirchner como jefa de una asociación ilícita y autora del delito de administración fraudulenta contra el Estado Nacional, a la pena de 12 años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos de por vida. Alegaron que la “asociación ilícita piramidal” habría comenzado en mayo de 2003 cuando Néstor Kirchner asumió la presidencia y continuado en las dos presidencias de Cristina, hasta diciembre de 2015. Es decir, sostienen que se montó una organización criminal bajo el amparo del gobierno nacional, de allí que la acusaron de ser su jefa, por lo que no debían probar su intervención en algún hecho en concreto, ni tampoco su voluntad o conocimiento sobre esos hechos, sino que afirmaron que ella “no podía no haber sabido”.

Todas las defensas rebatieron, una a una, las afirmaciones de la fiscalía. Se mostró que el alegato se basó en falsedades y que se omitió valorar prueba dirimente, dejando en ridículo a los propios fiscales por razonamientos rayanos a la ignorancia o al desprecio de las reglas básicas del funcionamiento del Estado. Al momento de poder contestar esos argumentos y pruebas de las defensas, los fiscales optaron por el silencio. Nada tenían para decir: ni una sola palabra, ni una sola mención a todo lo que se había argumentado.

De ese modo es que concluyó un proceso judicial plagado de irregularidades, con ausencia de un plexo probatorio, mediatizado y utilizado políticamente desde su comienzo hasta el momento en que se leyó la condena.

En el contexto de estar próximos a cumplir 40 años desde la recuperación de la democracia en Argentina, entendemos imperioso problematizar el vínculo entre esta práctica de persecución política-judicial y la violencia política, como un fenómeno claramente des-democratizante. El bombardeo constante de parte de los medios de comunicación con noticias vinculadas a supuestos hechos de corrupción cometidos por quienes tienen mayores niveles de

representación popular resquebraja los vínculos democráticos que unen al Estado, a la política y a la ciudadanía.

Sin pretender realizar un análisis simplista, no podemos dejar de enunciar, en este sentido también, la existencia de un vínculo entre el atentado a la vida que sufriera Cristina Fernández de Kirchner el 1 de septiembre pasado y el tratamiento mediático que venía teniendo el juicio oral en su contra.

Estas laxitudes en los derechos de las personas imputadas que presenta la intervención judicial implican, además de violaciones a los derechos humanos, un grave daño al Estado de Derecho. La disminución de las garantías elementales del proceso penal, son obturadas o negadas ante la opinión pública por los grandes medios de comunicación que cumplen un rol central en la construcción de la subjetividad, del discurso, de las conversaciones públicas y del sentido común mayoritario. El martillazo permanente de noticias sobre estos hechos de supuesta corrupción, presentadas con un discurso que sostiene la existencia de ellos y la responsabilidad de los acusados actúa como una condena mediática anticipada e implica un estigma que tiene impacto directo en la subjetividad del electorado. Estas operaciones mediáticas son acompañadas -y sostenidas- por el relato y la idea fundamental de un poder judicial independiente que solo hace su trabajo. A ello se debe sumar la alta concentración mediática en nuestra región, lo que implica la escasez de voces públicas disonantes.

No hay dudas de que, de este modo, se ha logrado construir una cierta legitimidad social en torno al proceso de judicialización de la política, sobre todo a partir de un supuesto consenso social en torno a la corrupción como problema fundamental de nuestra región.

Más allá de la gravedad de la utilización de estas prácticas político-judiciales como nuevos métodos para la proscripción, la eliminación y la estigmatización del/la oponente político, entendemos que

ellas han traído luz a un problema estructural de nuestros sistemas políticos: el profundo déficit de legitimidad democrática de los poderes judiciales en un orden político moderno en crisis.

2.

La justicia (in)dependiente, o ¿el fin de la metáfora moderna?

Si la organización de la República moderna se basó principalmente en los conceptos de división e independencia de los poderes del Estado, hoy resulta fundamental problematizar los modos en que estos conceptos se entrecruzan y tensionan con la propia noción de democracia. No sólo desde un punto de vista teórico, sino desde el análisis normativo-institucional y el de las prácticas reales en nuestras sociedades con pretensión de ser democráticas.

Resulta fundamental preguntarse si es posible que los procesos de naturaleza política que son resueltos por los/as jueces/zas y fiscales que no son elegidos/as mediante el voto popular y que se encuentran ajenos a cualquier tipo de control social, conforman al propio principio democrático, más allá de los supuestos sobre los que se basaron los constituyentes para presentar a ambos principios como compatibles.

Las ideas de independencia y neutralidad política del poder judicial están en la base de la construcción del mito fundante de la modernidad política. Las Cartas Magnas de los Estados con sociedades democráticas occidentales están estructuradas a partir de estos supuestos y toda la lógica del funcionamiento del Estado depende de estas premisas que operan como gran metáfora del orden político moderno. Todo el andamiaje jurídico-institucional de nuestros Estados se desprende de esta idea formal del poder público dividido en tres distintos poderes con funciones diferenciadas y controles cruzados que garantizarían el equilibrio entre ellos, impidiendo

el abuso de poder. Mientras dos de ellos basan su legitimidad en la soberanía popular y el régimen político, el tercero funda su propio poder precisamente en el supuesto de independencia respecto de los intereses políticos, sociales o económicos existentes, en razón de salvaguardar los derechos de las minorías de los abusos de las mayorías, en tanto poder “contramayoritario”. De este modo, nuestras sociedades se organizan supuestamente alrededor del papel de la ley como instrumento de ordenación jurídica sistemática y de regulación del poder político, pero es el poder judicial quien mantiene el recurso último de control de constitucionalidad, como símbolo y expresión máxima de la premisa fundante que sostiene el carácter independiente del poder judicial, como supuesto garante de la Constitución en tanto verdadera expresión del pueblo.

Ahora bien, tal como sostiene Abdo Ferez (2014), es evidente que estas premisas, estas ideas fundantes y este ideal del orden político moderno constituyen una definición estrictamente política. Asignarle al poder judicial el carácter de independiente y neutral, y el rol de poder contramayoritario, es una operación política, más allá del modo en que haya sido presentado o legitimado en términos formales y teóricos. “El poder judicial fue cobijado en la teoría política moderna -deudora de la división de los poderes montesquevinos- como el poder más débil, el que debía ser protegido de la voracidad de los restantes. La forma de protegerlo fue justamente presentarlo en su supuesta despolitización e imparcialidad, a lo que favorecía su anclaje en mecanismos técnicos, procesuales y autorreferenciales, sostenidos, por un lado, en burocracias endogámicas y aristocratizantes (los jueces, decía Madison en El Federalista, serían “conocidos personalmente por una pequeña fracción del pueblo”) y por el otro, en códigos a la vez locales y universalistas, con presumidos fundamentos civilizatorios.” (Abdo Ferez, 2014:52/3).

Por ello, creemos imprescindible repensar esta idea o ilusión primigenia y la supuesta compatibilidad que creyeron posible los constituyentes entre el poder judicial concebido en esos términos y el propio principio democrático, a la luz de las nuevas relaciones de poder

-centralmente los poderes del mercado, cada vez más globales- de las sociedades contemporáneas. Debemos interpelar la idea formal de un poder judicial independiente, autónomo, neutro, al margen de las relaciones y presiones sociales, económicas y políticas que existen en nuestras sociedades, teniendo en cuenta las prácticas concretas y el funcionamiento real del mundo judicial y sus actores.

Para avanzar, debemos clarificar cuan discrecional resulta hoy el poder que tienen en sus manos los/as operadores/as judiciales; a qué presiones o fuerzas se encuentran sometidos/as efectivamente, a qué tipo de controles se ven expuestos/as, y cuánto contribuye en cada uno de estos factores la institucionalidad de privilegios que les dan los marcos constitucionales.

La ingeniería institucional argentina, por ejemplo, construida a mediados del siglo XIX y sostenida hasta la actualidad, a fin de asegurar la independencia del poder judicial, otorga a los/as magistrados/as del poder judicial y del ministerio público, una larga serie de privilegios que ni la ciudadanía, ni el resto de funcionarios/as públicos de los otros dos poderes del Estado gozan. Estos privilegios son, entre otros: estabilidad en sus cargos hasta los 75 años; inmunidades funcionales; régimen especial en la publicidad de las declaraciones juradas; sueldos aventajados; régimen de jubilaciones diferenciales; exenciones impositivas; régimen de vacaciones extraordinario; entre otros. De esta manera, se tendería a asegurar que, al administrar justicia, aquellos/as funcionarios/as exclusivamente estén guiados/as por la ley y su sano juicio, cerrando el paso a cualquier tipo de presión política, económica, mediática o personal.

Esta regulación institucional es acompañada, a pesar del paso del tiempo, con una fuerte construcción simbólica y cultural por la que se considera a los/as magistrados/as como personas probas, independientemente de los innumerables sucesos que ponen en tela de juicio tanto aquella independencia, como la rectitud e integridad de muchos de sus miembros⁸.

Estos privilegios que ostentan quienes integran el poder judicial generan, además, un apartamiento entre estos supuestos servidores públicos y la ciudadanía que recurre a ellos -o que es requerida por ellos- bajo la premisa de que así se pueden administrar objetivamente los conflictos que los encuentran como partes. En este sentido, recae sobre estas personas una suerte de protección naturalizada culturalmente y sostenida mediáticamente a partir de la cuál nadie sabe quiénes son los que ocupan esos cargos y ostentan dichos privilegios. No se conocen las caras, nombres, lugares de residencia, relaciones e intereses personales, a diferencia de quienes forman parte de los otros dos poderes del Estado.

La pregunta que subyace, entonces, es si efectivamente aquellas dispensas, exenciones y fueros aseguran el objetivo declarado, o si, por el contrario, no hace más que afianzar un poder real y corporativo que, además de alejar la administración de justicia de la idea de servicio público, crea una casta de funcionarios/as con privilegios que no debe someterse a ningún tipo de control ni rendición de cuentas legal o social.

Es llamativamente curioso, además, que la idea de la independencia judicial, sobre todo respecto del poder político, se sostiene -en el ámbito académico, judicial, político y simbólico- a pesar de que tanto los procesos de designación como los de remoción de los/as magistrados/as que forman parte del poder judicial son procesos eminente y abiertamente políticos en los que existe una intervención directa⁹ y coordinada del poder político, tanto desde el poder ejecutivo como desde el legislativo. Así se obtura del análisis, la trama que aglutina poder, conflictos e intereses en juego, en el ejercicio del poder judicial y en sus relaciones con los otros poderes y sectores sociales.

En definitiva, hoy en nuestras sociedades nos encontramos con un poder del Estado, como el judicial, con facultades legales que permiten, en caso de su abuso, vulnerar derechos esenciales de las per-

sonas, cuyos integrantes gozan de legitimidad como portadores o impartidores de *justicia*, con privilegios excepcionales en la función pública, con fuertes lazos para su desempeño con el poder político y sin ningún tipo de deber de *accountability*¹⁰ legal, política y/o social, a diferencia del resto de quienes conforman los otros poderes públicos.

Eludir este examen, y continuar suponiendo la neutralidad, la autonomía y la independencia de los operadores judiciales respecto de las relaciones de poder y, consecuentemente, sostener un discurso que legitima su intervención basada en la idea supuestamente republicana de gobierno, nos coloca sin dudas en un lugar de mayor vulnerabilidad ante las violaciones de derechos por parte aquellos y en un escenario de significativa debilidad del principio democrático.

3.

Politizar la justicia, o la necesidad de recordar que todo es político.

La potente ficción que supone la metáfora de la independencia del poder judicial, a la par de su carácter clasista y anti-democrático tanto en su conformación como en su funcionamiento, conlleva en la actualidad, mediante el ejercicio de las nuevas prácticas político-judiciales, a un estado de contradicción extrema entre la vida democrática y el Estado de derecho.

Como bien señala Nosetto (2014), “si los jueces asumen un rol político muchas veces determinante, cabe preguntarse cuáles son los criterios de legitimidad del ejercicio de ese poder”. Si lográramos asumir, en un acto de sinceramiento y honestidad político-intelectual, que la idea de independencia de poderes simplemente no existe en la realidad, que es fácticamente inexistente y que sólo ha sido una metáfora que tuvo una función política en la teoría política moderna, pero que nunca se tradujo en un modo de funcionamien

to realmente existente, podremos comenzar a pensar seriamente en cuál debiera ser el rol del poder judicial en las democracias en las que queremos vivir.

Politizar la justicia es problematizarla. Politizar la justicia es identificar y constituir como problema público a la cuestión del funcionamiento y legitimidad del poder judicial y su carácter indudablemente político. Solo cuando podamos avanzar en este sentido, permitiéndonos abandonar la abstracta retórica de la teoría constitucionalista moderna, podremos discutir en serio sobre nuevas fuentes de legitimidad que recreen una institucionalidad judicial acorde a sociedades contemporáneas que aspiran a ser más justas, democráticas e igualitarias. La actual forma que asume hoy la judicialización de la política expone de un modo brutal, y por momentos sin ropajes ni mediaciones, el carácter eminentemente político de las actuaciones del poder judicial y sus relaciones con los llamados factores reales de poder. Si esto es así, no tenemos más que reconocerlo públicamente y hacernos cargo de repensar una institucionalidad judicial y constitucional acorde al funcionamiento real y a la protección de los derechos de la ciudadanía frente a los poderes fácticos.

Nuestro desafío central para el futuro es discutir qué poder judicial necesitamos para la vida democrática en sociedades en las que grandes grupos de poder –financiero, mediático, rentístico– han logrado hacerse de los resortes institucionales, levantando formalmente las banderas de la democracia y la república, mientras que, en la práctica, solo admiten el ejercicio de los derechos y las libertades en cuanto no pongan en juego a los grandes poderes del mercado y sus intereses privados. Transformar el poder judicial, en tanto servicio público, y refundar su principio de legitimidad sobre bases más democráticas será una condición necesaria para asegurar y remendar el Estado de derecho y, por ende, para lograr una efectiva protección de los derechos de todas y todos.

Creemos que cualquier proyecto político que pretenda sostener y construir mayores niveles de democratización y justicia social debe necesariamente asumir el compromiso de abordar esta cuestión con la profundidad que requieren estas transformaciones. Pensar y animarse a construir nuevos esquemas de administración de justicia con legitimidad social y democrática es una deuda del pensamiento crítico y de la práctica política emancipadora. Debemos por ello realizar un esfuerzo por repensar una institucionalidad judicial democrática acorde a nuestros tiempos.

Es fundamental que avancemos en preguntarnos y analizar: ¿cuál debe ser la intervención del pueblo en la administración de justicia y qué formas de participación ciudadana o instancias deliberativas pueden incorporarse? ¿A qué tipo de control y deber de rendición de cuentas tendrían que someterse los/as magistrados/as para garantizar transparencia y efectividad de sus acciones? ¿Cuál es el mejor modo de selección y destitución de los/as jueces y juezas y de los/as fiscales en una democracia, incluyendo la posibilidad de pensar que lo sea por el voto popular? ¿Cuál debiera ser la duración de los cargos? ¿Qué mecanismos institucionales deben regular los procesos de toma de las decisiones judiciales? ¿Cómo construir escenarios de autonomía relativa sin depender de privilegios injustificados e inconducentes? ¿Cómo prevenir las prácticas corporativas? ¿Cómo acercar el ejercicio del poder judicial a un servicio público democrático? Y, finalmente, ¿cómo y cuándo asumimos el debate constitucional sobre los límites que debiera tener el poder judicial en materia de decisiones que son estrictamente políticas y que sólo debieran resolverse en el terreno de la política?

En la constitución y estructuración del poder judicial, como en las prácticas judiciales que de ellas se derivan, se pone en tensión hoy más que nunca la disputa entre una democracia formal y una sustantiva. Y en este sentido, estamos convencidas de que la permanencia de las prácticas judiciales, tal como se encuentran habilitadas en la actualidad, nos asegura la vida en una democracia de muy baja intensidad.

Creemos que, si no logramos edificar otro servicio de administración de justicia en nuestros países, basado en una nueva relación con la ciudadanía, no hay posibilidad de sostener hacia futuro el principio democrático como eje rector de la vida política. *Politizar la justicia* es situar el tema de la actuación judicial *legítima* en el centro de los debates sobre las democracias contemporáneas.

Notas

1. Más allá de que el término *lawfare* se ha impuesto en la región para identificar ciertas prácticas político-judiciales, preferimos no utilizarlo en virtud de que se trata de una contracción gramatical de las palabras "ley" (*law*) y "guerra" (*warfare*), para sintetizar el concepto de guerra jurídica, convencidas de que recurrir a la terminología bélica no es conveniente y puede explicarse, en otros términos.

2. En este artículo hacemos referencia únicamente al fenómeno de la judicialización de la "mega-política" o de la política "desde arriba" generada por las elites políticas y judiciales para resolver conflictos políticos que no logran resolver en la arena política, y no a los procesos de litigio estratégico o judicialización de la política "desde abajo" impulsada por ciudadanos, movimientos sociales y expresiones de la sociedad civil en torno a conflictos asociados a políticas públicas y derechos, en los términos que lo analizan Hirschl (2008) y Nosetto (2014).

3. Autores como por ejemplo Ran Hirschl (2008) en Canadá o Cecilia AbdoFerez (2014) en Argentina, han hecho importantes aportes en este sentido.

4. Se trató de la legitimación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de los actos emanados por el primer gobierno de facto en Argentina.

5. En relación con Cristina Fernández de Kirchner con un pedido de desafuero para detenerla, en el marco de una feroz persecución judicial en múltiples causas; en el caso de Rafael Correa con dos sentencias condenatorias y -al igual que muchos otros funcionarios que lo acompañaron en su gestión- su exilio del Ecuador para no ser detenido; por último, Lula da Silva fue encarcelado por más de 580 días en un proceso judicial plagado de irregularidades y, posteriormente, liberado y reconocida judicialmente la nulidad del aquel proceso.

6. En cuanto a la crónica del juicio seguido contra Cristina Fernández de Kirchner retomamos el artículo "Crónica de una proscripción anunciada", de Eli Gomez Alcorta, Revista Jacobin, 7/12/22 <https://jacobinlat.com/2022/12/07/cronica-de-una-proscripcion-anunciada/>

7. El Tribunal, posteriormente, habilitó una pericia en 5 de las 51 obras.

8. De todas formas, según encuestas y mediciones de distintos observatorios, en la actualidad cada vez es mayor el nivel de desconfianza que hay respecto del poder judicial como institución.

9. *En todos los sistemas de selección y de destitución -o sanción- de magistrados/as interviene el poder político, en algunos esa injerencia es total y en otros es parcial.*

10. *Entendida como rendición de cuentas.*

Bibliografía

Abdo Ferez, Cecilia (2014). "La política y la juristocracia". *Sociedad* 33, Verano.

Publicado en: <http://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/3233>

Boholasvsky, Juan Pablo (2015). *Comp. ¿Usted también doctor? Complicidad de jueces, fiscales y abogados durante la dictadura*. Siglo Veintiuno Editores, Bs. As.

Gomez Alcorta, Elizabeth y Gonzalez Carvajal, María Lara (2018). *Poder judicial y democracia: un debate urgente en Nahuel Sosa, Marina Cardelli y Alejandro San Cristóbal (comp.)*, "Emergencias. Repensar el Estado, las subjetividades y la acción política". Ediciones CICCUS, Buenos Aires.

Hirschl, Ran (2008). "The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts". *Annual Review of Political Science*, Vol. 11. Publicado en SRRN: <https://ssrn.com/abstract=1138008>

Nosetto, Luciano (2014). "Reflexiones Teóricas Sobre la Judicialización de la Política Argentina". *Documentos y aportes en administración pública y gestiones-tatal no.23* Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe. Publicado en: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-37272014000200004

Sarrabayrouse Olivera, María José (2011). *Poder Judicial y Dictadura: el caso de la morgue*. Editores del Puerto y Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Bs. As.

16.

Lawfare recargado, reforma constitucional y bloqueo político: el caso del de la revolución ciudadana en Ecuador

Virgilio Hernández Enríquez *

* 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.

Síntesis

En el presente artículo se realiza un análisis de los mecanismos de la judicialización de la política en el Ecuador, que va desde la persecución por las vías administrativa, judicial, la reforma constitucional y el bloqueo político en el que se concentrará este texto sumado a las modificaciones constitucionales que permitieron la cooptación de las instituciones de control y la instrumentalización de las cortes de justicia.

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 (1995) consideraba las precondiciones de la democracia y constituye un mecanismo fraudulento en la toma de decisiones sociales.

En ninguno de los procesos de *lawfare* experimentados en la región se proscribió a los actores políticos para impedirles su participación democrática, ni tampoco se llegó a la reforma constitucional para someter al poder judicial y a las autoridades de control para impedir la participación de uno de los actores relevantes y adecuar la estructura del Estado para la persecución, como sucedió en el Ecuador.

1. Introducción

Raúl Eugenio Zaffaroni (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.

De esta exposición se pueden desarrollar algunos elementos claves de la estrategia de lawfare que se ha impulsado en el Ecuador y en la región:

El lawfare pervierte la natural contradicción de la política, la idea de un “consenso nacional” no existe desde una perspectiva democrática; la judicialización de la política transforma los adversarios en enemigos que deben ser “aniquilados”; en un primer momento, esta eliminación es del escenario político, aunque no se puede olvidar la práctica de exterminio a líderes de izquierda que se presentó en Colombia en décadas pasadas, el reciente intento de asesinato a Cristina Fernández, la reiterada e ilegal negativa para concederle la libertad al exvicepresidente Jorge Glas, a pesar del otorgamiento de medidas cautelares por parte de la CIDH o la concesión de habeas corpus por varios jueces, precisamente, para que pueda recuperar la libertad luego de más de cinco años detenido y así poder atender su deteriorada situación de salud.

La confrontación y el debate son la esencia de la política y lo político, implican el reconocimiento de otros, de opositores, etimo-

lógicamente, de los que están en contra. La guerra, en cambio, busca inutilizar, ilegalizar, proscribir a los contrarios, es decir, no los considera parte del juego político democrático sino un objetivo a eliminar, destruyendo los cimientos de la república y de la propia sociedad. Tal y como señala Constanza Jáuregui², el lawfare no solo es un dispositivo contra los líderes progresistas y dirigentes sociales, sino que, al eliminar la posibilidad del disenso, destruye la comunidad e implantan una verdad única, propia de regímenes autoritarios.

La utilización de la justicia con fines políticos contribuye al deterioro de las propias instituciones encargadas de administrar justicia, lo que explica, por un lado, la desconfianza creciente de la ciudadanía en el sistema, por otro lado, la certeza que los órganos de justicia carecen de independencia y autonomía y son veniales con el poder de turno o quizá, simplemente, como quedó anotado desde los Federalistas, la función judicial es el espacio diseñado institucionalmente para preservar los privilegios de los poderosos ante las pretensiones de los muchedumbres.

¿Por qué los actores políticos recurren a las instituciones de justicia para resolver las contradicciones políticas? La respuesta es evidente, porque ciertos sectores de la sociedad, o quienes manejan el poder político, tienen certeza que a través de la justicia podrán resolver lo que en el campo político o en la escena electoral, podría, al menos, ser disputado. En la campaña electoral del 2018, en Brasil, necesitaban impedir la participación del expresidente Lula Da Silva, ya que aparecía liderando las encuestas; de igual forma, necesitaban resolver las acusaciones judiciales contra el expresidente Rafael Correa antes del inicio de inscripciones de candidaturas, en septiembre de 2020, para impedir su candidatura a vicepresidente de la república, por ello, dictaron sentencia de primera instancia en plena pandemia, en el mes de abril 2020, y resolvieron negando la casación en el mes de septiembre, 10 días antes que inicie el periodo de inscripción de can

didaturas para la presidencia y vicepresidencia de la República. La condena a Cristina Fernández, se presenta precisamente en el marco de un año electoral en el que se requiere anular a líderes históricos, pero, sobre todo, derrotar moralmente a las fuerzas progresistas, para de esa forma apuntalar el regreso de otros actores del ajedrez político e incluso la aparición de posiciones de extrema derecha que preconizan un neoliberalismo “moralizador” como respuesta a los gobiernos progresistas.

El desgaste de la justicia, como ya se señaló, conlleva el deterioro de la confianza no solo en la administración de justicia, sino en la propia democracia, y abona el terreno para que surjan propuestas autoritarias como las que lamentablemente van cobrando fuerza en la región. Según el Informe 2021 del Latinobarómetro, se puede evidenciar cómo el apoyo a la democracia ha caído del 63% a 48% en apenas una década, siendo el Ecuador el país que más desciende en América Latina, al pasar del 69% en el año 2017, al 50% en el 2018 y apenas 33% en el 2020; seguido de Colombia, que pasa de un apoyo del 54% al 43%. Por su parte, en Argentina, que es un país que guarda en su memoria la deriva autoritaria, también hay un descenso del apoyo a la democracia del 58 al 55% y en Brasil, aunque crece el apoyo a la democracia, este apenas es del 40% de la población. Sin duda, uno de los factores de este descenso es la crítica situación económica y social de un segmento importante de la población en el marco de la pandemia, pero confluje también en ese deterioro la debilidad de las instituciones, entre ellas las de justicia; solamente el 16% confía en Argentina, el 36% en Brasil, el 23% en Colombia y apenas el 18% en Ecuador.

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 judiciales injustificadas, fake news con contenido o repercusiones jurí-

dicas, 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 PAÍS 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 CREO³.

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.

El “lawfare” o judicialización de la política en Ecuador es un proceso integral que violenta desde 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 que ha llegado a dimensiones no vistas en otras regiones, sirva de ejemplo la reforma constitucional para “descorreizar” las instituciones e impedir la participación de Rafael Correa en el proceso electoral; o la persecución por la vía administrativa dirigida por el excontralor Pablo Celi, hoy preso por delincuencia organizada y cuyo proceso penal señala que extendía informes con responsabilidad administrativa, civil o penal para castigar a opositores, o desvanecía millonarias glosas de grandes empresas para beneficiarse personalmente y su pequeño círculo.

Como sostiene Michelangelo Bovero (2014), 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”, como aconteció con la Revolución Ciudadana, cuyo bloqueo político puso en riesgo la existencia misma de la democracia en el Ecuador.

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 clandestinas para poder participar democráticamente en los procesos electorales, como se analizará a continuación. En este artículo nos concentraremos en dos de estos mecanismos del lawfare: el bloqueo político y las reformas constitucionales que profundizaron la judicialización de la política.

2.

Bloqueo político que viola el derecho a la participación y representación política

2.1

Despojo del Movimiento Alianza PAÍS

El 31 de octubre de 2017, la directiva del Movimiento País separó de la presidencia del movimiento al entonces presidente de la República, Lenín Moreno, por haber quebrantado las normas de democracia interna, y con ello inició un proceso de proscripción y bloqueo político, atentando a los principios democráticos, normas constitucionales y legales vigentes.

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 Democracia⁴, 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.

Cabe indicar que, para el otorgamiento de las medidas cautelares, jamás se realizó una audiencia en la que los directivos de Alianza PAÍS 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 está 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 reuniera de forma ilegal y resolviera suspender 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 que 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, la misma que fue calificada por el Consejo Nacional Electoral (CNE). A pesar de la existencia de un conflicto interno no resuelto, los máximos organismos del sufragio reconocieron la directiva controlada por el expresidente Moreno, posteriormente a inscribirlos para participar en la opción del SÍ de la Consulta Popular que buscaba “descorreizar las instituciones”.

En síntesis, mediante una decisión judicial se permitió que se resolviera un tema electoral, algo prohibido expresamente por la legislación; posteriormente, a través del órgano administrativo, CNE, 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 justo el 7 de marzo de 2018 negando, en primera instancia, el recurso presentado por la expresidenta de la Asamblea Nacional Gabriela Rivadeneira sobre la decisión del CNE de reconocer a Ricardo Zambrano, lo que 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.

2.2

La negativa al Partido de la Revolución Ciudadana

Una vez que el Consejo Nacional Electoral registró la directiva del Movimiento Alianza PAÍS para participar en la campaña electoral por el SÍ, 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 expresidente 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 de recoger un número de firmas equivalente al 1.5% del padrón electoral. 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 identificaba al Movimiento Alianza PAÍS; 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 PAÍS.

2.3

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, se presentó ante el Consejo Nacional Electoral la solicitud 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 terminó de evidenciar la consigna política y la arbitrariedad y subjetividad del Consejo Nacional Electoral para evitar el reconocimiento, 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 país⁵.

En el oficio de respuesta, Gabriela Rivadeneira, el 12 de octubre de 2018, recogió el criterio 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 podía leer: “Pobrísimos y traídos de los cabellos nos parece el análisis precedente (del CNE), redactado por los señores Dr. Fidel Ycaza Vinueza 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”⁶.

2.4

Bloqueo político al Movimiento Acuerdo Nacional (MANA)

Ante el bloqueo político, en el Encuentro Nacional Ampliado realizado en 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 apenas 70 días la organización recogió 476.000 firmas.

Estas firmas iban a ser presentadas el 9 de agosto de 2018, 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 ilegalizaron la representación de Juan Pablo Arévalo, 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.

2.5

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 en las 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 electorales.

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 un Informe Borrador para 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.

La Contraloría General, ente extraño a los organismos electorales, no notificó de esos exámenes al Movimiento Compromiso Social, como determinan el artículo 90 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y los artículos 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 obligan a cumplir con las garantías del debido proceso, incluyendo el derecho a la defensa.

Estas acciones de Contraloría se realizaron a pesar que en el primer informe el CNE resolvió: “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 interfirió 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 contradujo lo dispuesto por el artículo 18 de la propia Ley Orgánica de la Contraloría⁷, que determina que **las auditorías gubernamentales no podrán modificar las resoluciones adoptadas por funcionarios públicos en ejercicio de sus atribuciones.**

El viernes 19 de junio de 2020 se notificó al Consejo Nacional Electoral el “Examen Especial de Incumplimiento de Recomendaciones”, en el que de forma expresa resolvió: “1. Dejará sin efecto la inscripción de los Movimientos Nacionales "Podemos", "Fuerza Compromiso Social", "Libertad es Pueblo" y "Justicia Social”; además, amenazó con destituir a los integrantes del Consejo Nacional Electoral, con lo que, modificando su decisión primera, resolvieron dejar sin el registro electoral a Compromiso Social, 20 días antes que inicie el proceso electoral y el periodo de inscripción de candidaturas para elecciones presidenciales, de asambleístas y de parlamentarios andinos.

Esta acción de presión de la Contraloría General del Estado y la actuación ilegal del Consejo Nacional Electoral, se presentaron 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 con extender los plazos para que la Corte Nacional de Justicia pueda dictar sentencia (en cinco meses) en contra del expresidente Rafael Correa Delgado, con la que se le impidió que sea candidato.

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 por las listas y luego de la decisión del Tribunal Contencioso Electoral que le dio la razón al Movimiento Compromiso Social, 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 luego fue rebajada a 8 años en segunda instancia, y el 7 de septiembre se resolvió la casación en un “proceso express” sobre una absurda acusación de sobornos, en la que la defensa del expresidente 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 en los hechos se 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 expresidente 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 expresidente 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 vicepresidente, de acuerdo a lo previsto en la normativa legal y luego sortear la serie de impugnaciones que sistemáticamente se presentaron hasta que quedó en firme el binomio Andrés Arauz- Carlos Rabascal, que ganó en primera vuelta y perdió en la segunda vuelta ante el candidato de la extrema derecha y dueño de uno de los más grandes bancos del país, Guillermo Lasso Mendoza.

3.

La reforma del marco constitucional para proscribir a Rafael Correa, someter a las Cortes y a las autoridades de control

El 3 de diciembre de 2015, la Asamblea Nacional aprobó las enmiendas a la Constitución que incluían la autorización de la libre postulación y reelección a los cargos de elección popular, previo dictamen de la Corte Constitucional⁸.

El argumento central de la Corte para permitir la enmienda lo sintetizó así: ***“Resulta entonces, que la limitación a candidatizarse de las personas que han ocupado un cargo público de elección popular y que han sido reelectas por una ocasión comporta una limitación no justificada a los derechos constitucionales de participación que poseen los candidatos que están aspirando a una reelección y el derecho a elegir de las personas, toda vez que el participar dentro de un proceso electoral no genera a priori una determinación de que aquella persona va a ser reelecta, puesto que será el soberano quien determine a través del sufragio que aquella circunstancia opere.”***⁹

De esta manera, la Corte distinguió lo que significaba la posibilidad de libre postulación y la de reelección, que se confunde de manera intencionada en el debate mediático, pero que la Corte Constitucional lo zanjó cuando dictaminó sobre el pedido de las enmiendas el 31 de octubre de 2014. La primera, es el derecho de postularse por parte de quienes han ejercido ciertos cargos, esto es ciertamente de una minoría, sin embargo, la reelección sólo será posible si el pueblo así lo decide; es decir, tiene que ver con un derecho de los millones de electores que concurren a una determinada elección.

En la larga discusión que desarrolló la Comisión Legislativa por la Enmienda Constitucional, se recuperó la controversia por la ree-

lección que tiene larga data en nuestra región, ya en los años 80 y 90 se desarrolló un profundo debate académico respecto de la mejor forma de gobierno para América Latina, lamentablemente con pocas repercusiones en el plano político. Lo paradójico es que durante estos años, e incluso hasta la misma constituyente del 2008, se miraba que algunas de las debilidades del régimen presidencial estaban relacionadas con la rigidez del mandato y la imposibilidad de reelección.

Juan Linz, uno de los científicos sociales más importantes, en su ensayo escrito en 1985 y denominado “Democracia: presidencial o parlamentaria. ¿Hace alguna diferencia?”, y otros trabajos posteriores, planteó que los países de América Latina habrían enfrentado permanentes quiebres en sus democracias debido a problemas derivados de las características propias del régimen presidencial. A su juicio, los principales límites del presidencialismo estaban relacionados con: La legitimidad democrática dual; el período fijo o la “rigidez” del presidencialismo agravada en los casos que no pueden ser reelectos los presidentes; la personalización del liderazgo; así mismo decía Linz, que el presidencialismo desalienta las alianzas, genera un juego de suma cero e incluso alienta la inestabilidad.

En esta revisión, se consideró criterio de reconocidos autores como Scott, Mainwaring y Matthew Shugart (1993), quienes revisaron y evaluaron críticamente estos planteamientos, contradiciendo a Linz en que el parlamentarismo es el mejor régimen y señalando que la clave es favorecer reformas en el propio presidencialismo o semipresidencialismo. Los autores citados coincidían con el argumento de que la legitimidad dual es problemática dentro de los sistemas presidenciales, sin dejar de reconocer que, con frecuencia, también en los sistemas parlamentarios suelen surgir conflictos entre las cámaras, al exigir cada una para sí el ejercicio del poder legítimo. Del mismo modo, Mainwaring y Shugart concordaban con Linz en que la rigidez del presidencialis

mo, debido al período fijo, puede llegar a ser una desventaja muy seria; los mencionados investigadores no encontraban una explicación razonable a la prohibición de la reelección, entendiéndola como una herencia del pasado caudillista o dictatorial de los países de la región.

Dieter Nohlen¹⁰, a quien no se le podía acusar de ser proclive con los procesos del socialismo de Siglo XXI, decía: “La no-reelección tiene una larga tradición histórica, y su más sólida fundamentación es la propia experiencia histórico-política de América Latina”, sin embargo, *“pese a la importancia que tiene la alternabilidad en el gobierno para la teoría democrática, ella por sí sola no es un principio mismo de la democracia, comparable con el principio de la elección de los mandatarios y de la periodicidad de las elecciones. Lo es sólo en las circunstancias concretas que en América Latina legitimaron esta previsión constitucional”*.

De estas referencias, se explicaría esta tradición antireeleccionista del presidente de la República, por un lado, por la permanente tentación de las oligarquías hacia el faccionalismo y separatismo y, por otro lado, por la ausencia de una institucionalidad que garantice el respeto a la voluntad popular. José Thompson (2011) centra sus preocupaciones en las condiciones de equidad de la contienda y que no se cierren mecanismos democráticos que le permitan ganar a la oposición, si así lo decidieran los ciudadanos.

En la discusión sobre la reelección, se confunden dos principios, que están relacionados, pero son diferentes: el principio democrático y el republicano. El primero tiene dos dimensiones: la formal, que tiene que ver con que en una democracia el pueblo elige a sus gobernantes y la dimensión sustancial, es decir, que esos gobernantes cumplen con las aspiraciones mayoritarias de sus mandantes. En tanto, el principio republicano hace mención a la vigencia de una norma constitucional, un régimen de partidos en el marco del pluralismo

político, elecciones periódicas y permanentes, vigencia de derechos y garantías, etc. Por ende, no se afecta la democracia mientras se mantengan elecciones y los gobernantes electos respondan a sus electores, así como tampoco, se atenta contra la alternancia, mientras se realicen elecciones libres que permitan la participación de diferentes fuerzas políticas, entre las cuales, el pueblo puede elegir y ojalá también seleccionar el proyecto que mejor convenga a sus objetivos históricos.

Con esta decisión adoptada por la Asamblea Nacional, que para la aprobación de las enmiendas requirió de las dos terceras partes del total de sus integrantes, se abrió la posibilidad para que el ex presidente Rafael Correa pudiese volver a candidatizarse, superando la limitación de la Constitución de 2008, que había limitado dicha posibilidad de reelección a una sola vez, consecutiva o no, aunque en la propia decisión de la Asamblea, se había señalado que ni el presidente en funciones en ese momento, ni los asambleístas que aprobaron la enmienda, podrían presentarse para las elecciones del año 2017.

Luego del viraje del Gobierno de Lenín Moreno, en el mes de octubre del 2017, este planteó una propuesta de referéndum con cinco preguntas y de consulta popular, con dos interrogantes relacionadas con temas ambientales, las mismas que no cumplieron con el requisito obligatorio de examen de constitucionalidad debido a un acuerdo con el máximo tribunal constitucional, al permitir que el Ejecutivo contabilice los tiempos para el dictamen de forma arbitraria y alegue que habían precluido los tiempos, por lo que se asumió que la propuesta tenía dictamen favorable de constitucionalidad.

Un dato que es importante anotar, es que esta modificación constitucional fue impulsada por los sectores que se asumían “progresistas” al interior del Gobierno de Moreno, creían que, desplazada la Revolución Ciudadana, podrían conducir el régimen de Moreno y establecer un gobierno con predominio de dichos actores. Di

chos actores fueron perdiendo espacio e incidencia y uno a uno acabaron siendo reemplazados por voraces representantes de la derecha política, que fortaleció su presencia en el Gobierno mientras el Bloque Legislativo del Movimiento Alianza País se resquebrajaba. Aquellos que se mantuvieron con el régimen prostituían su presencia, cambiando los principios por complicidad pagada con puestos en la administración pública y otro tipo de prácticas, como la compra de votos con recursos destinados a la construcción de hospitales, razón por la que existen asambleístas sentenciados y otros buscados por la justicia

La Consulta Popular, convocada por el CNE para febrero de 2018, tuvo tres objetivos: proscribir a Rafael Correa de una posible candidatura a la presidencia en el año 2021, controlar la institucionalidad del Estado y satisfacer a las élites económicas que temían la ley de plusvalía, no por lo que esta podía incidir en el sector de la construcción, sino para impedir que se instaure un impuesto al patrimonio al que siempre han recelado los grupos de poder económico, aunque en otras partes del mundo sea incluso reclamado por dichos actores.

El argumento del Gobierno se centró en “recuperar el espíritu de la constituyente”, sin considerar que en 10 años habían cambiado las condiciones y la valoración de la democracia, además de la posibilidad de reelección que, si bien había estado limitada para el presidente de la República, se aplicaba para otras autoridades nacionales, como los diputados y para dignidades seccionales que podían reelegirse sin ninguna limitación de tiempo. La propaganda electoral se basó en el desprestigio y la estigmatización de corruptos a los partidarios de la reelección, sin posibilidad siquiera que los partidarios de la Revolución Ciudadana pudieran inscribirse, puesto que se les arrebató la dirección del Movimiento Alianza PAÍS y se les impidió formar ningún tipo de organización.

La pregunta que impedía la reelección obtuvo el 67% de los votos válidos y con ello, se imposibilitaba que el expresidente Rafael Correa pueda candidatizarse para el mismo cargo, por ello, el temor en las elecciones del 2021, consistía en que no sea parte del binomio, razón por la que ilegalizaron al movimiento que cobijaba al correísmo y apresuraron una sentencia para proscribir su participación, como se ha relatado en el capítulo anterior.

La pregunta central del referéndum 2018 fue la 3, relacionada con el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social¹¹, organismo que es el encargado en Ecuador de nombrar a las autoridades de control, integrantes de los organismos electorales y del Consejo de la Judicatura, entre otros. El objetivo de esta pregunta era “la descorreización de las instituciones”, para ello, se autorizó la nominación de un Consejo Transitorio, cuyo origen fue el propio Ejecutivo, que destituyó a todos los altos cargos, con la excepción del Contralor General del Estado, pieza clave en el proceso de lawfare; nombró nuevas autoridades, entre ellas a la actual Fiscal General del Estado, Diana Salazar y a través del control sobre el Consejo Nacional de la Judicatura, destituyeron al 70% de los jueces de la Corte Nacional de Justicia, lo que la Corte Constitucional, en sentencia ya ha señalado que fue ilegal e inconstitucional y, por ello, el Estado deberá pagar ocho millones de dólares de indemnización a los magistrados destituidos. Algo que, inclusive conllevaba una clara extralimitación en sus funciones, puesto que estos no eran nombrados por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, además, destituyó a los magistrados de la Corte Constitucional, a pesar de que estos habían pactado su permanencia al no emitir dictamen para la consulta.

De igual forma, dicha consulta señaló que los vocales del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social debían ser elegidos en elecciones generales a realizarse conjuntamente con las elecciones seccionales; sin embargo, esta innovación tuvo sus primeros tropiezos en el intento de descalificar a los candidatos que consideraban “correístas”, aún luego de haber ganado dichos espacios de repre

sentación, razón por la cual, este organismo se posesionó a mediados del mes de junio de 2019, a pesar de que la consulta popular había señalado como fecha del inicio de sus gestiones el 14 de mayo. Dos meses después de la posesión, la mayoría de la Asamblea Nacional, controlada por Lenín Moreno, destituyó a los cuatro vocales de mayoría por supuestos incumplimientos de la ley, aunque realmente reflejaba el interés por mantener bajo la hegemonía presidencial a los integrantes de dicho Consejo.

Pasados 20 meses de concluido el Gobierno de Lenín Moreno, el presidente Guillermo Lasso ha convocado el 5 de febrero de 2023 a una Consulta Popular para modificar elementos estructurales del ordenamiento institucional del país, basado en un cuestionado dictamen de la Corte Constitucional.

Esta consulta es una estrategia gubernamental que pretende aprovecharse del temor y malestar general existentes, ocasionados por la ola de inseguridad y el descrédito de las instituciones, con el objetivo de concentrar más poder, para reflotar su Gobierno, cuya aceptación ha caído al 17%. En la consulta se abordan temas relacionados con la autorización de la extradición de ecuatorianos, la creación de un Consejo Fiscal, la disminución del número de asambleístas, regulaciones para los movimientos políticos, modificaciones en el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social y dos preguntas relacionadas con temas ambientales.

El centro de la consulta, al igual que en la de 2018, está en las preguntas quinta y sexta, relacionadas nuevamente con el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, que ahora aparentemente pasarán a ser designadas por la Asamblea Nacional, aunque según se establece en los anexos, solo se limitará a posesionar a autoridades designadas por una Comisión Técnica de Selección conformada con representantes de las funciones del Estado, entre ellas las que se benefician de la prórroga que se contempla para el proceso de transición.

En el anexo de la pregunta cinco, en la transitoria segunda, se establece la prórroga de las actuales autoridades de control como Contraloría, Consejo de la Judicatura, Superintendencias y organismos electorales, por el tiempo contemplado para la transición, también beneficiará a la Fiscal General; autoridades que debían ser designadas mediante concurso público de méritos y oposición. Adicionalmente, en la pregunta dos, se establece un Consejo Fiscal, organismo irresponsable políticamente, puesto que no podrá ser enjuiciado por la Asamblea Nacional, que tendrá la responsabilidad de nombrar, evaluar y destituir a los fiscales.

Los siete integrantes del Consejo Fiscal, serán nombrados por quien ocupe el cargo de Fiscal General del Estado, con lo que profundiza la falta de autonomía e independencia de este organismo, alterando finalmente el equilibrio de pesos y contrapesos democráticos en la estructura política del Estado y de la propia función judicial.

Con ello, además, quedarían totalmente cubiertas las espaldas del Gobierno hasta terminar su mandato y blindarse ante el descontento social, los continuos episodios de corrupción gubernamental que se han hecho públicos y de las reiteradas violaciones legales y constitucionales cometidas en su afán de implementar una agenda económica neoliberal y oligárquica

La sexta pregunta, que consulta a los votantes para cambiar la forma de elegir a los miembros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, que no sean designados mediante votación popular, y a cambio sean nombrados por la Comisión Técnica de Selección y posesionados por la Asamblea Nacional. Esta propuesta busca revertir lo que se aprobó mediante una anterior consulta en 2018, apoyada en su totalidad por el partido del actual presidente.

4.

Conclusiones

Esta serie de hechos ilegales, inconstitucionales y sistemáticos para impedir la inscripción del Movimiento Revolución Ciudadana, ya sea arrebatando la personería jurídica de Alianza PAÍS o 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 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) sino que, adicionalmente, pusieron en cuestión la transparencia del proceso electoral y la independencia de los organismos electorales.

Esta serie de incidentes al margen de la ley, influyeron 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” (Zagrebel'sky & Canfora, 2020:15)

El sistemático bloqueo político rompió con el pluralismo que debería caracterizar a las sociedades democráticas y propende a regímenes autoritarios, que como dice Ferrajoli, pretenden el “unanimismo”, que a su vez conlleva la destrucción del espíritu público, la homología 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)

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 este reconocimiento no ha significado la conclusión del proceso de persecución y lawfare, que nuevamente ha optado, con el apoyo de las maquinarias mediáticas, por la estigmatización en el escenario de incertidumbre de los Pandora Papers (que señalaron al presidente Guillermo Lasso Mendoza como depositario de fortunas en guaridas fiscales) y los recientes escándalos de manejos de corrupción en las empresas públicas, operación que estaría dirigida presuntamente por el cuñado del mismo presidente Guillermo Lasso

La consulta popular de 2018 y las posteriores enmiendas constitucionales, se realizaron para impedir la participación del expresidente Rafael Correa y, al mismo tiempo, facilitaron el recambio de autoridades a través del control del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social para “armar” una estructura de persecución y proscripción que amenazó la existencia misma del Estado de derecho, rompiendo una garantía básica de los ciudadanos, como es la separación de funciones.

La Consulta de 2023 no resolverá los problemas de inseguridad, falta de empleo y destrucción de los servicios de salud, educación y justicia; utiliza estos temas para golpear otra vez la estructura fundamental del Estado y, una vez más, controlar el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social y, por ende, la función de Transparencia y Control Social, además de tratar de controlar la función electoral para de esta manera sostener la línea de flotación gubernamental, cuyo sustento político está gravemente debilitado.

Notas

1. *Conversatorio del Doctor Eugenio Raúl Zaffaroni, en la Fundación Metropolitana de Quito, el 27 de julio del 2018.*

2. *Líder estudiantil de la Provincia del Azuay-Ecuador, en el lanzamiento del Libro Rebelión Crónicas de un delito inexistente, el 7 de diciembre de 2022, en la Universidad de Cuenca*

3. *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.*

4. *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 periodo 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.*

5. *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.*

6. *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.*

7. *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Artículo 18, tercer inciso, dice: “La auditoría gubernamental, no podrá modificar las resoluciones adoptadas por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus atribuciones, facultades o competencias, cuando éstas hubieran definido la situación o puesto término a los reclamos de los particulares, pero podrá examinar la actuación administrativa del servidor, de conformidad con la ley”*

8. *Dictamen de la Corte Constitucional n.º 001-14-DRC-CC, de fecha 31 de octubre de 2014, relativo al Caso n.º 0001-14-RC*

9. *Corte Constitucional, Dictamen N° 001-14-DRC-CC, Quito, 31 de octubre de 2014, p.63*

10. *http://idea.int/publications/electoral_law_la/upload/XV.pdf*

11. *"¿Está usted de acuerdo con enmendar la Constitución de la República del Ecuador para reestructurar al Consejo de Participación Ciudadana v Control Social, así como dar por terminado el período constitucional de sus actuales miembros, y que el Consejo que asuma transitoriamente sus funciones tenga la potestad de evaluar el desempeño de las autoridades cuya designación le corresponde pudiendo, de ser el caso, anticipar la terminación de sus periodos de acuerdo al Anexo 3?"*

Bibliografía

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.)

Mainwaring, Scott y Shugart, Matthew, “Juan J Linz: Presidencialismo y Democracia (Una revisión Crítica)”, en *Revista Foro Internacional*, Vol. XXXIII, N° 4, México, Diciembre, 1993

Martí, José Luis, 2020, “Lawfare y Democracia. El derecho como arma de guerra”, *Revista IDEES*, (Catalunya) N. 50. <https://revistaidées.cat/es/lawfare-y-democracia-el-derecho-como-arma-de-guerra/>

Thompson José, *La reelección y sus implicaciones para la equidad en la contienda electoral*, Cuaderno de Capel No. 57, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29292.pdf>.

Zaffaroni, Raúl Eugenio, 2018, “El lawfare”, *Conversatorio en la Fundación Metropolitana* 27 de julio del 2018, Quito.

17.

El “*lawfare* del orden público”:
Una instrumentalización peligrosa
y la prevalencia de los derechos hu-
manos

Francisco José Infante Ruiz *

* Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla, España.

1.

La dificultad conceptual del cruce derechos humanos y orden público

Existe un consenso generalizado en la comunidad jurídica al considerar el concepto orden público como un concepto jurídico indeterminado y de difícil aprehensión *prima facie*¹. A partir de aquí acaba el consenso y su conceptualización se torna en una nebulosa que engloba innumerables constelaciones conceptuales. Prácticamente, casi cada disciplina maneja un propio concepto de orden público (orden público internacional, orden público privado, orden público constitucional, orden público penal...). El cruce orden público y Derechos Humanos no es ajeno a estos problemas. Además, a ello se debe unir el indudable hecho de que los Derechos Humanos se encuentran en un estado de continua agitación, construcción, actualización y debate². Por cuanto nos encontramos ante dos *megaconceptos del derecho*, en este trabajo no se pretende, ni mucho menos, abordar la empresa de su precisión conceptual, sino indagar algunas cuestiones sobre la influencia de los Derechos Humanos en la configuración del concepto de orden público; plantear un diálogo para la ciencia del derecho que rehúya de un planteamiento monolítico sobre el orden público interno y sobre todo que permita denunciar su uso abusivo como excusa con la que justificar actuaciones de *lawfare*.

Existe una afirmación de la jurisprudencia constitucional española, expresada en relación con el controvertido tema de la *Drittwirkung*, que quisiera enfatizar, por cuanto nos puede ayudar en esta indagación: “*El principio de igualdad es una componente del contenido del orden público constitucional*” (STC 19/1985, de 13 de febrero)³. Aunque esta sentencia rechazó el recurso de amparo, efectuó una afirmación que tiene trascendencia en la configuración del orden público mediante los Derechos Humanos en general y en el campo particular de discusión sobre la eficacia horizontal de los derechos

fundamentales, que se puede sintetizar, a mi juicio, en dos ideas: (1) los derechos fundamentales y las libertades configuran el concepto de “orden público”, lo que en definitiva, entre otras cosas, es un límite a la autonomía privada; (2) las estipulaciones contractuales o las actuaciones particulares contrarias a ellos habrán de considerarse “nulas”. Si bien el TC expresa esta idea respecto del principio de igualdad, no existe problema para aplicarla al resto de derechos fundamentales y libertades⁴. Y los Derechos Humanos también. Ante la pregunta sobre qué Derechos Humanos adquiriría esta función, se debería responder frente al caso concreto, y no tanto en términos apriorísticos.

Por otra parte, estimo conveniente recordar dos célebres afirmaciones de la Corte Constitucional alemana por la influencia que tuvieron en otras cortes constitucionales y doctrinas. Por un lado, el “caso *Lüth*”⁵, cuya doctrina expresa que los derechos fundamentales garantizados por la Constitución se deben considerar no sólo como derechos de defensa frente al Estado, sino también como un “*sistema objetivo de valores*” que se debe aplicar a lo largo y ancho del ordenamiento jurídico dirigiendo e informando la legislación, los actos administrativos y las decisiones judiciales, a lo cual tampoco debe ser ajeno el derecho privado. Por otro lado, se debe recordar el también famoso “caso del representante de comercio” (*Handelsvertreter*) donde se asentó la doctrina sobre los deberes del Estado en orden a la protección de los derechos fundamentales. De acuerdo con esta doctrina, desde el momento en que el sistema constitucional impone al Estado el deber de proteger los derechos fundamentales, este deber conlleva también una “*obligación positiva de protección*” (*positive Schutzgebotsfunktion der Grundrechte*), lo que supone el deber de actuar en todos los supuestos de violación del derecho fundamental, también cuando la violación es perpetrada por un particular en una relación jurídica privada. La concepción de los derechos fundamentales como un sistema objetivo de valores se puede expandir también a los Derechos Humanos e igual acontece con la “*obligación positiva de protección*”. Estos deberes imponen, en con-

secuencia, la justificación objetiva de cualquier medida que limite o afecte los Derechos Humanos, sin que se pueda acudir, sin más, al expediente genérico del orden público, utilizado frecuentemente como una mera coartada o excusa. La instrumentación por el *lawfare* del concepto de orden público, que podríamos denominar “*lawfare* del orden público”, no lleva a otro resultado que el de su perversión y esconde la violación de los Derechos Humanos que se tomen en consideración en el caso concreto.

2.

Algunas funciones del orden público

Pese a esta complejidad y a pesar de que muchas de estas cuestiones permanecen irresolubles en términos prácticos, es posible, sin embargo, hallar un *punto de unión* entre el orden público internacional y el interno en el contexto de los Derechos Humanos. El orden público internacional, en el ámbito público, no se limita a las normas de *ius cogens*, sino también se refiere a un “común denominador de normas” que regula la convivencia internacional y que expresan principios, valores y reglas comunes⁶. Sin embargo, se debe aceptar, como algo consustancial, que su contenido sea muy amplio y no esté definido de manera monolítica, pues se puede enfocar -aunque no únicamente- tanto desde la perspectiva de los Derechos Humanos y su protección como desde la idea de la preservación de una serie de valores o principios superiores y reconocidos en el ordenamiento jurídico internacional y comunes a los diferentes Estados⁷. Todavía hoy en día, no es un concepto acabado y perfecto. Los Derechos Humanos indudablemente son la expresión genuina de estos principios, valores y reglas universales y, como se verá continuación, también juegan un papel preponderante en la integración del orden público internacional, a lo que no puede resultar ajeno el denominado orden público interno⁸. Por esta razón la excusa de la salvaguarda del orden público con la aplicación de medidas de *lawfare* no se puede hacer en contra de “este común denominador” de normas

internacionales. No existe justificación alguna posible por mucho que de orden público se hable cuando los Derechos Humanos son vulnerados o se encuentran en riesgo de vulneración.

La dificultad conceptual sobre el orden público ha sido puesta de relieve por innumerables juristas. Es calificada incluso como una “figura enigmática”⁹, por lo que es preferible centrarse en las funciones que cumple y en aquellas otras que no puede asumir (el *lawfare* es indudablemente una de ellas). En relación con la función del orden público como límite de la autonomía privada LÓPEZ Y LÓPEZ expresaba una “clarificación esencial”, comparándolo con el que indican las leyes (imperativas), que también puede ayudarnos en nuestra labor. “Se debe partir -afirmaba el mencionado autor- de la premisa de que las restricciones de la autonomía privada dictadas por el ‘orden público’ han de deducirse del Derecho positivo (otra alternativa no cabe), pero que no son los que expresan las leyes (...), porque en tal caso, el concepto de orden público sería una mera duplicación de aquellas”¹⁰. A ello deberíamos añadir, por otra parte, la función tradicional del orden público internacional, esto es, la *función impeditiva o negativa*, bien de la aplicación de una ley extranjera, bien del reconocimiento de una realidad consolidada en el extranjero, bien de una práctica que soslaye los Derechos Humanos.

Las definiciones más en boga de *orden público internacional* coinciden con las del *derecho interno* en lo esencial, si bien las matizaciones pueden ser innumerables¹¹. Así, por ejemplo, GARCIMARTÍN ALFÉREZ define el orden público internacional como “los valores y principios fundamentales del ordenamiento, en particular los de rango constitucional y los recogidos en los Convenios de derechos humanos ratificados por España, así como los intereses públicos o generales expresados en la propia Constitución o en normas de rango legal”¹². Por su parte, LÓPEZ Y LÓPEZ ofrece la siguiente definición: “Sistema de límites deducidos del conjunto del ordenamiento jurídico, y opera no por determinaciones expresas, sino por principios”; y a continuación añade cómo se deben entender dichos

principios: “Conjunto que comprende los esenciales para la salvaguarda de la estructura política (en un sentido muy general), y por consiguiente, de la sociedad”¹³. En esta conceptualización los Derechos Humanos se deben contemplar como criterios que componen o conforman el orden público¹⁴. Por esta razón, los Derechos Humanos son un punto de encuentro de las vertientes principales del orden público. *En otras palabras, los Derechos Humanos irradian su contenido intelectual a las diversas versiones de orden público.*

No debe existir, a mi juicio, una jerarquía entre los diferentes Derechos Humanos, pues lo importante es que todos y cada uno de los Derechos Humanos existentes integran el concepto de orden público y pueden limitar, si es el caso, una aplicación “absolutista” del mismo. Esta consideración lleva a una cuestión básica. Si la actuación realizada como medida de *lawfare* por un Estado se basa en la aplicación del orden público, aunque se excuse en la salvaguarda de los fines del Estado, si conduce a una vulneración de un Derecho Humano o de los “principios fundamentales del ordenamiento jurídico internacional”, tanto los jueces nacionales como las Cortes internacionales podrán decretar su nulidad.

3.

Límites del orden público en el contexto de los derechos humanos

Cuando el concepto de orden público, en cualquiera de sus vertientes, entra en “confrontación” con los Derechos Humanos, lo primero que se observa es que estos adquieren una intensa *función conformadora* del propio contenido del orden público, y que esta función no se circunscribe exclusivamente al plano internacional, sino también al interno. En otras palabras, los Derechos Humanos proveen principios, valores y reglas que trazan el contenido del orden público, sea este internacional, sea interno, y también, cómo no, del orden público considerado como “el último fin del Estado”.

Conviene recordar la inclusión del “pensamiento crítico” en la teoría de Derechos Humanos. No es el momento de un estudio acerca del “pensamiento crítico”, ni tampoco la pretensión de aportar. Brevemente, por “pensamiento crítico” la filosofía suele referirse al conjunto de aportes que provienen de la denominada “teoría crítica”¹⁵ desarrollada por la Escuela de Frankfurt desde la segunda década del siglo pasado hasta nuestros días, y que se ha expandido más allá de su topónimo a otros países¹⁶. La “teoría crítica” afirma que las condiciones sociales de opresión, discriminación, exclusión y explotación son el producto de construcciones históricas y, por lo tanto, son susceptibles de ser transformadas. Desde Max HORKHEIMER¹⁷ hasta la nueva generación actual de autores, los estudios son muy variados y las líneas de pensamiento llenas de matices y enseñanzas, pero en todas ellas siempre hay un denominador común: es posible superar el naturalismo o determinismo histórico y transformar la sociedad dotándola de los elementos suficientes que permitan una “emancipación” frente al pensamiento hegemónico. Todos sus autores parten de una premisa de actitud crítica mediante la cual se niegan a aceptar la mera facticidad de lo dado, de lo ya establecido apriorísticamente como una especie de imperativo kantiano. Me interesa especialmente el resultado que muchos autores de este pensamiento alcanzan en la siempre fatigosa empresa sobre la enunciación y la teorización de los Derechos Humanos: no existe una jerarquización de Derechos Humanos y se debe abandonar la idea de su estratificación en diversas fases en su desarrollo histórico (Derechos Humanos de primera generación, segunda, tercera, etc.)¹⁸. Sostener lo contrario sería mantener un formalismo jurídico anacrónico, tantas veces inoperante y que muchas otras se utilizan como un “muro” o “velo de ignorancia” para la solución de los problemas del mundo real¹⁹. Considera Manuel ATIENZA, de modo impecable, en la noble tarea de sondear vías de transformación social a través del derecho, que el formalismo es una visión del derecho que lo reduce a lo que los textos legales dicen y que resulta “insuficiente”, pues “trasluce una concepción excesivamente pobre del Derecho,

que no permite entender cómo funciona el complejo aparato jurídico que caracteriza a nuestras sociedades y –lo que es más importante– dificulta enormemente que el Derecho (o cierto tipo de Derecho: el del Estado constitucional) pueda desplegar adecuadamente una función de transformación social”²⁰.

Si bien es difícil conseguir que los Estados –y los gobiernos– se aparten del todo del formalismo, sí es posible exigir, parafraseando a DWORKIN, que por lo menos lo intente y sobre todo que “tome los derechos en serio” y “que siga una teoría coherente de lo que son tales derechos, y actúe de manera congruente con lo que él mismo profesa”²¹. Esta exigencia existe, *constitucionalmente*, al menos en materia de derechos fundamentales, pues el Estado tiene –recordemos– el “deber positivo” de proteger los derechos. Y también existe, *epistemológicamente*, en relación con los Derechos Humanos, aunque en este ámbito dicho “deber positivo” sea percibido con menos claridad o intensidad. De ahí, la iluminante idea, que no es sólo un deber ético, de tomarse los Derechos Humanos en serio.

Por cuanto se ha dicho, se debe procurar un *diálogo fructífero* entre el orden público interno y el internacional gracias a esta función de los Derechos Humanos. Es más, en culturas constitucionales abiertas, como es el caso de la nuestra²², donde los tratados y convenios internacionales sobre Derechos Humanos coadyuvan a la interpretación de los derechos fundamentales, aparece esta función hermenéutica de los Derechos Humanos con un valor que podríamos considerar preeminente²³. Por lo que a Europa se refiere, conviene recordar que el Convenio Europeo de Derechos Humanos ha sido incorporado al derecho interno de la mayoría de los Estados y que, en muchos de ellos, como sería el caso de España, ha alcanzado una especie de *status* “supra-legislativo”, o incluso “supra-constitucional”²⁴; e incluso alguna corte constitucional ya no sólo lo invoca como un parámetro interpretativo de las normas constituciones y legales, sino que, mediante a una interpretación conforme al Convenio (*secundum conventionem*), le asigna efectos directos y aplica

directamente algunos de los derechos consignados en el texto convencional²⁵. Este diálogo también se traslada a los altos tribunales con competencias para la interpretación de los Derechos Humanos, en especial el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las Cortes Constitucionales, hasta el punto de que hoy en día se puede hablar de una verdadera “concurencia” o “unión de jurisdicciones”²⁶, siendo un diálogo no siempre bilateral, sino frecuentemente *multi-lateral*, que se caracteriza, entre otros aspectos, por una interpretación de los derechos fundamentales realizada por el TEDH en clave *constitucional*, por un constitucionalismo en red y la universalidad de los derechos (“*transjudicial communication*”), por la existencia de una *jurisprudencia suasoria* que emplea el diálogo como fuente recíproca y de legitimidad, por ser un *constitucionalismo supranacional* de los derechos con debate abierto y por una actuación del TEDH como tribunal comparatista²⁷.

En consecuencia, en línea de principio, se identifican dos funciones esenciales de los Derechos Humanos en su relación con el orden público: interpretativa e integrativa. Pero puede haber más. Intento explicarlo a continuación.

4.

La metamorfosis del orden público (internacional, y no solo)

4.1

Planteamiento

Esta idea la expresa magistralmente Santiago ÁLVAREZ, quien observa que la *exclusividad* (cada Estado determinada el contenido de su propio orden público internacional) presenta como elemento de atenuación importante la normativa internacional de Derechos Humanos y sobre todo su concreción por el TEDH²⁸. De este modo, existe un denominador común del contenido del orden público in-

ternacional de dos o más Estados diferentes²⁹. Así, la normativa internacional de Derechos Humanos actúa -expresa el mencionado autor- como un “factor de atenuación” de la exclusividad del contenido del orden público de cada Estado, pero por sí misma -he aquí el dilema, a mi juicio- no llega a determinar un núcleo duro uniforme con soluciones idénticas ante similares problemas³⁰. Sin embargo, cuando la Corte de Derechos Humanos resuelve sobre si un Estado ha vulnerado o no alguno de los derechos del Convenio puesto en cuestión, en un caso singular, “la concreción del contenido del derecho humano para el caso singular también concreta el contenido del orden público”. Esta realidad lleva a una consecuencia que el propio autor califica como “trascendente”: nos encontramos ante una auténtica “metamorfosis en la operatividad de los derechos humanos” y “los derechos humanos actúan más que como obstáculo, como ariete contra los obstáculos”, “en un sentido positivo”, “derribando fronteras jurídicas más que afianzándolas”³¹.

Suscribo plenamente estas ideas. Como vengo insistiendo a lo largo de este trabajo, esta concreción del orden público mediante los Derechos Humanos es exigible también al orden público interno, el cual camina hacia dicha metamorfosis, aunque a paso más lento. Sin embargo, existen tres realidades que muestran un cierto proceso de metamorfosis. *Primero*, la máxima que se extrae de la propia jurisprudencia constitucional: los derechos fundamentales son una componente del orden público en las relaciones jurídicas *inter privados*. *Segundo*, el hecho incontrovertido de que la doctrina moderna -no podía ser de otro modo- incluye en el contenido del orden público interno el principio de dignidad de la persona y los derechos y libertades consagrados constitucionalmente. *Tercero*, la intensificación actual de la teoría de la apertura constitucional en materia de interpretación de los derechos y libertades constitucionales, que está permitiendo un “diálogo más transformador” mediante la inclusión de los Derechos Humanos no sólo como herramientas que coadyuvan a la interpretación e integración de aquellos, como venía siendo habitual hasta ahora, sino también como “contenidos intelectuales”

que se proyectan en el sistema constitucional (la idea del “constitucionalismo en red” y de la “universidad de los derechos” es trascendente en este sentido). Por todo ello, no es ya posible que el orden público internacional y el interno caminen por sendas diferentes.

4.2

Deber de procurar el máximo de operatividad real de los Derechos Humanos

La incerteza sobre el orden público se intensifica aún más cuando se contrastan los niveles: teniendo un orden público internacional y común, ante idénticos casos, los Estados frecuentemente resuelven de manera diferente. El dilema no es fácil de solucionar, o tal vez no sea posible la solución plena, salvo que el orden público de cada Estado fuese sustituido por un único orden público, pero en parte se puede intentar mediante una *labor de procura de un máximo de operatividad real de los Derechos Humanos*. Sin negar que el orden público de cada Estado arrojará a menudo soluciones diferentes ante problemas idénticos, debemos dejar de focalizar las controversias en los conceptos y centrarnos más en los efectos³².

No se trata, por ejemplo, de que un Estado –sea parte de la premisa del respeto de los Derechos Humanos- que no concede a los homosexuales el derecho a casarse reconozca u homologue el matrimonio contraído en un país que sí lo reconoce, pero no debe negar los efectos a dicha unión y evitar discriminaciones no consentidas. El principio de igualdad y el respeto de la dignidad son los Derechos Humanos que no se pueden violar bajo el pretexto de la salvaguarda del orden público. Tampoco, por estas mismas razones, se debe obviar el interés superior del menor, el respeto de su dignidad y su derecho a una vida privada, y negarse la inscripción de la filiación que ha sido determinada conforme a las leyes de un tercer Estado que permite la gestación por sustitución, siempre que “el objeto del reconocimiento provenga de una sentencia o de un acto público que no sea meramente recepticio”, ya que, según se dice,

“la intervención de la autoridad pública extranjera en la creación del vínculo jurídico de filiación, permite presumir que la filiación del menor ha sido legalmente establecida, en su mejor interés, con audiencia de partes”³³.

Por lo tanto, el *máximo de operatividad real de los Derechos Humanos* influye, neutralizando, bloqueando o modulando, según el caso, en la tradicional función negativa del orden público. Esta dimensión se debería ver como prioritaria en “culturas constitucionales abiertas”, ya he insistido antes en ello, como es el caso de la nuestra. Y también es aplicable en la práctica del *lawfare* en todas sus vertientes, pero, por supuesto, en aquella que se escuda o camufla bajo el manto o la apariencia de la salvaguarda del orden público.

6.

“Orden público contrapuesto”

6.1

Planteamiento

Lo anterior nos lleva a la idea de lo que podríamos denominar “orden público contrapuesto”, u “orden público en crisis”. En no pocas ocasiones el orden público interno (esto es, el orden público internacional de cada Estado) bloquea el reconocimiento de una sentencia o de una situación jurídica extranjera, sin ponderar convenientemente la presencia de un Derecho Humano básico, por el afán del juez interno de salvaguardar la cláusula de orden público en cuestión. La situación es aún más grave cuando se plantea una acción o medida de *lawfare* con la excusa del mantenimiento del orden público, pretexto con el que se pretende evitar cualquier ponderación que deslegitime la acción o medida. Pero ¿y si el “contenido” que se bloquea encierra -por así decirlo- “otro” orden público? A menudo nos olvidamos de que la cuestión que se ignora, se pasa por alto, o sencillamente no se tiene en cuenta, es un Derecho Humano (o va

rios Derechos Humanos), lo que, desde el punto de vista axiológico, es tan orden público como el propio orden público que se pretende proteger. En estos casos, de acuerdo con la teoría constitucional, sería necesario realizar un juicio de ponderación constitucional, pues nos encontramos ante derechos o principios de igual valor constitucional. En este orden de cosas, se pueden recordar las impagables enseñanzas de ALEXY sobre el principio de proporcionalidad: “Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en choche con un principio contrapuesto, entonces las posibilidades jurídicas para la realización de la norma de derecho fundamental dependen del principio contrapuesto. Para llegar a una decisión es indispensable llevar a cabo una ponderación, en el sentido de la ley de choque”³⁴. La misma idea se puede trasladar al choque entre orden público puesto en cuestión y Derechos Humanos. El juzgador no puede hacer prevalecer el orden público interno alegado por el Estado como principio de salvaguarda sin valorar y ponderar los Derechos Humanos presentes.

6.2

Se deben evitar aplicaciones que sublimen el orden público

En el ámbito de los derechos sociales y el desarrollo, se habla de la metodología del “*enfoque basado en los Derechos Humanos*”³⁵. A mi juicio, no es una metodología que se deba circunscribir exclusivamente a este campo, sino que puede tener una vocación universal. En el tema que nos ocupa es indudable. Por cuanto se ha dicho, debemos entonces evitar aplicaciones del orden público que lo sublimen, *sin hacer una ponderación adecuada ante la presencia del Derecho Humano fundamental puesto en cuestión*.

7.

Conclusiones

(1) El contenido del orden público se integra mediante los convenios y tratados de Derechos Humanos (*función integradora*). (2) Los Derechos Humanos irradian su contenido intelectual a todo el ordenamiento jurídico, en especial en entornos de “cultura constitucional abierta” (*función interpretadora*). (3) Los Derechos Humanos prevalecen frente a una aplicación del orden público interno absoluto; es el fenómeno que se produce en lo que he denominado “orden público contrapuesto” (*función de prevalencia o defensiva de los derechos humanos*). (4) La acción o medida de *lawfare* que se esconda o camufle tras el orden público (“*lawfare* del orden público”) al entrar en colisión con los Derechos Humanos carece de cualquier legitimación constitucional, es nula y debe ser revertida.

Notas

1. Esta imprecisión proviene, naturalmente, de su condición como “cláusula general”. Las cláusulas generales -advierte José María Miquel- son disposiciones legales a las que les falta precisión; contienen para un ámbito determinado una directiva que es aplicable a diversas situaciones, sin que, sin embargo, determine su necesaria aplicación a un concreto caso de la vida; y siguiendo a R. Weber, precisa el insigne civilista español, que “sólo pueden ser definidas como cláusulas generales las disposiciones en las que el legislador ha utilizado conceptos para la determinación del supuesto de hecho de un grado tan alto de abstracción y de indeterminación en su contenido que además del inevitable ámbito difuso en el llamado *Begriffshof* también carecen de un núcleo de un sentido unívoco claramente comprobable”; entre los ejemplos relevantes, evidentemente, se encuentra el orden público, Miquel González, J., “Cláusulas generales y desarrollo judicial del Derecho”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (No. 1, 1997), p. 305.

2. En una literatura jurídica inabarcable, me permito citar un reciente libro colectivo que conmemora la Declaración Universal de Derechos Humanos en su 70º Aniversario desde una perspectiva crítica y con numerosas alusiones a la denominada “teoría crítica de los derechos humanos”: 70º Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos. La Protección Internacional de los Derechos Humanos en cuestión, coords. C. Proner/H. Olasolo/C. Villán/G. Ricobom/Ch. Back (Valencia, 2018).

3. La literatura jurídica sobre la *Drittwirkung* es muy extensa, se trata de un tema que ha ocupado, y sigue ocupando, a filósofos del derecho, constitucionalistas, civilistas y mercantilistas (por todos, de fecha más reciente, García Rubio, M^a. P., “La eficacia inter privados (*Drittwirkung*) de los derechos fundamentales”, en *Libro Homenaje a Ildelfonso Sánchez Mera*, Vol. I, La Coruña, 2002, pp. 297-314; Venegas Garau, M^a., *Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, Madrid, 2004; Sarazá Jimena, R., *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Valencia, 2011; López y López, A. M., *Fundamentos de Derecho Civil. Doctrinas generales y bases constitucionales*, 2012, pp. 314 y ss.).

4. Expresivamente, López y López, A. M., *Fundamentos de Derecho Civil*, op. cit., pp. 314-319, habla de “los derechos fundamentales como parte del orden público”. Por su parte, De Bartolomé Cenzano, J. C., “El significado de la cláusula de orden público”, en *Historia y derecho: Estudios jurídicos en homenaje al profesor Arcadio García Sanz*, coord. L. Martínez Vázquez de Castro (Valencia, 1995), pp. 129 y ss., analizando diversas funciones del concepto de orden público constitucional, se refiere al “orden público como límite a fundamentales instituciones del derecho privado”, si bien limita el enfoque al orden público como límite de la costumbre, como límite a la aplicabilidad de la ley extranjera y como límite de la autonomía de la voluntad, lo que arroja resultados más bien pobres a la hora de dotar contenido al orden público, pues lo restringe a las funciones positivadas en el Código Civil.

5. BVerfG 15.1.1958, BVerfGE 7, 198.

6. En la teoría clásica el “orden público internacional” comprende tanto las normas imperativas de derecho internacional o de *ius cogens* como el orden legal en su totalidad, Levi, W., “The International Ordre Public”, *Revue de Droit International* (1994, No1), p. 56; Jaenicke, G., “Internacional Public Order”, en *Enciclopedia of Public International Law*, dir. R. Bernhardt (The Max Planck Institute for Comparative Law and International Law, 1992), p. 1350. Se habla, en esta línea, de que el derecho internacional público distingue en su interior un núcleo duro de normas humanas, absolutos e inderogables, que adquieren el valor jurídico de normas imperativas de la comunidad internacional [Carrillo Salcedo, J. A., *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho internacional contemporáneo* (Madrid, 2ª ed., 2001), pp. 142 y ss.; Salmón G., E., “El orden público internacional y el orden público interno desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos”, *THEMIS (51 Revista de Derecho)*, p. 153; Jiménez Solares, E., “Las normas internacionales convencionales de derechos humanos y su contribución al orden público internacional”, *Revista de Derecho UNED* (No. 14, 2014), p. 330].

7. Cfr. Jiménez Solares, E., “Las normas internacionales convencionales de derechos humanos y su contribución al orden público internacional”, op. cit., p. 331.

8. Bouza Vidal, N., “La salvaguarda del orden público en los contratos internacionales: enfoque de derecho internacional privado y su adaptación en el derecho europeo”, en *El orden público interno, europeo e internacional civil. Acto en homenaje a la Dra. Núria Bouza Vidal* (InDret 2/2017), pp. 74-81, distingue, por un lado, “orden público interno”, en el que se incluyen las normas imperativas

simples u ordinarias y que se aplican tanto a los contratos internos como internacionales, y, por otro, “orden público internacional”, donde se consideran las leyes de policía (“normas internacionalmente imperativas”) y la clásica cláusula de orden público (“excepción” de orden público o “reserva” de orden público, según los autores), esto es, mecanismos destinados a salvaguardar los principios y libertades fundamentales y los intereses públicos o generales contemplados en la Constitución y otras normas de rango legal.

9. De Castro y Bravo, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho Civil* (Fasc. 4, 1982), p. 1022. Los autores que se ocupan del concepto de orden público suelen destacar esta dificultad conceptual; recientemente, Oliva Blázquez, F., “Límites a la autonomía privada en el Derecho de los contratos: la moral y el orden público”, en *La autonomía privada en el Derecho Civil*, coord. M^a A. Parra Lucán (Cizur Menor, 2016), p. 334.

10. López y López, A. M., *Fundamentos de Derecho Civil*, op. cit., p. 310.

11. Con las concepciones ensayadas en el derecho público, en especial el constitucional (recordemos que el núcleo básico del orden público proviene de los principios, valores y derechos constitucionales), las coincidencias, sin embargo, desaparecen. Suele ser habitual en aquel ámbito identificar el orden público con el “fin del Estado” y como cláusula que permite “limitar derechos y garantías”, así como integrar su contenido con los “conceptos de seguridad y paz” [Montalvo Abiol, J. C., “Concepto de orden público en las democracias contemporáneas”, *RJUAM* (No 22, 2010-II), pp. 207, 211, 212 y ss.].

12. Garcimartín Alférez, F. J., *Derecho Internacional privado*, (Cizur Menor, 4^a ed., 2017), p. 318. Vid. también, Álvarez González, S., “¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada estado?”, op. cit., p. 146, quien destaca el papel transformador (de “metamorfosis”, nos habla el autor) de los derechos humanos, en especial, de la jurisprudencia del TEDH, en la configuración del “orden público internacional”.

13. López y López, A. M., *Fundamentos de Derecho Civil*, op. cit., p. 311.

14. Véase, por ejemplo, Oliva Blázquez, F., “Límites a la autonomía privada en el Derecho de los contratos: la moral y el orden público”, op. cit., pp. 340 y ss., 346 y ss., pp. 351 y ss.

15. No entro a discutir si es mejor hablar de “teoría” o de “pensamiento”. Simplemente, al objeto de convenir una primera aproximación al tema, se puede considerar que “pensamiento crítico” es un concepto más amplio en el que es

posible reunir las varias corrientes de la crítica sociológica y jurídica, mientras que por “teoría crítica del derecho” atendemos principalmente a su precipitado o resultado en la teoría del derecho, donde igualmente se deberán considerar diversas corrientes o tendencias.

16. Para una síntesis de este pensamiento, con excelentes aportaciones del autor, Gándara Carballido, M., “Crítica del pensamiento crítico. Apuntes para pensar las luchas”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos* (Vol. 26-1, I, 2015), pp. 16 y ss. Vid. para un análisis completo, Wiggershaus, R., *La Escuela de Fráncfort*, trad. M. Romano Hassán (Universidad Autónoma - Fondo de Cultura Económica, México D.F., reimp. 2011).

17. Vid. Horkheimer, M., *Teoría tradicional y teoría crítica*, trad. J. L. López y López, introd. J. Muñoz (Paidós, Barcelona, 2000); Adorno, T./Horkheimer, M., *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*, introd. trad. J. J. Sánchez (Trotta, Madrid, 10ª ed. reimp 2018).

18. Se habla incluso de una “filosofía impura de los derechos” que contempla los Derechos Humanos en el “mundo real”, “repleto de situaciones de desigualdad, de diferencias y disparidades, de impurezas y de mestizajes que nunca debemos ocultar bajo algún ‘velo de ignorancia’”, ya que “sólo lo impuro es cognoscible, en tanto se halla situado en un espacio, en un contexto, en un determinado conjunto de situaciones”, “sólo lo impuro es describible”, “sólo lo impuro es relatable”, Herrera Flores, J., *La reinención de los derechos humanos* (Atrapasueños, Sevilla, 2008), pp. 73, 74, 77.

19. En esta perspectiva considero muy acertada y valiente la apuesta de Fariñas Dulce, Mª. J., *Los derechos humanos: desde la perspectiva sociológico-jurídica a la “actitud postmoderna”*, (Madrid, 1997), p. 57, quien expresa que “podemos ver los derechos no como mero objeto cognitivo, sino como campo cognitivo, lo cual los hace susceptibles de distintas perspectivas de análisis y diferentes métodos de comprensión”.

20. Atienza Rodríguez, M., *Podemos hacer más: otra forma de pensar el Derecho* (Pasos Perdidos, Madrid, 2003), p. 11.

21. Dworkin, D., *Los Derechos en Serio*, traducción M. Guastavino (Ariel, Barcelona, 1984), p. 278.

22. Vid. Saiz Anraiz, *La Apertura Constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española* (Madrid, 1999). Recuérdese que el art. 10.2 CE dota de “contenido internacional”,

por vía de interpretación e integración, a los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos, y aunque este valor no otorga per se un rango constitucional a los tratados internacionales, sí permite una conexión entre dichos derechos y libertades y los consagrados en los textos convencionales [por todos, Jiménez García, F., “Tomarse en serio el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Especial referencia a los derechos sociales, el derecho a la vivienda y la prohibición de los desalojos forzosos”, *Revista Española de Derecho Constitucional* (No. 101, 2014), pp. 85-86]. Sin embargo, esta visión, que muestra el mínimo de operatividad posible, se está transformando en los últimos tiempos gracias a un “diálogo más abierto e intenso” entre el derecho internacional de los derechos humanos y el constitucional.

23. Por lo que al Tribunal Constitucional español se refiere, la STC 198/2012, de 6 de noviembre, sobre la constitucionalidad de la regulación legal del matrimonio entre personas del mismo sexo, al asumir un “criterio contextual-evolutivo de nuestra cultura jurídica”, es uno de los ejemplos más significativos de esta vía: “[...] la cultura jurídica no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante [...]”; ad rem, Jiménez García, F., “Tomarse en serio el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Especial referencia a los derechos sociales, el derecho a la vivienda y la prohibición de los desalojos forzosos”, *op. cit.*, p. 87. Sobre la interpretación evolutiva de la Constitución y la doctrina constitucional del “árbol vivo”, véase el excelente trabajo de García Rubio, M^a. P., “La modificación del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio”, *La Ley* (No 5, 2005), pp. 1118-1131, de quien el TC extrae esta doctrina.

24. Vid. Stone Sweet, A., *A Europe of Rights: the impact of the ECHR on national legal systems* (Oxford, 2008).

25. Destaca, por ejemplo, la Sentencia de la Corte Constitucional italiana de 4 de abril de 2011 (n^o 113) en la que se declara una inconstitucionalidad por omisión sobre la adecuación al artículo 117 de la Constitución italiana de la legislación interna relativa a los vínculos derivados de obligaciones internacionales, aplicándose el art. 46 CEDH, sobre la fuerza obligatoria y la ejecución de las sentencias; ad rem, García Roca, J., “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, UNED. *Teoría y Realidad Constitucional* (No. 30, 2012), p. 185.

26. García Roca, J., “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, *op. cit.*, p. 184.

27. Todos estos aspectos son destacados y explicados brillantemente por García Roca, J., “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, *op. cit.*, pp. 186 y ss, esp. pp. 186, 190, 196, 199, 206.

28. Álvarez González, S., “¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada estado?”, *op. cit.*, pp. 155-156.

29. Vid. también, en la misma línea, Calvo Caravaca, A.-L./Carrascosa González, J., “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más Allá Del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Vol. 7, Nº 2, 2015), p. 109, quienes afirman que “[e]l orden público internacional ‘español’ se hace ‘europeo’ gracias al Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.

30. Álvarez González, S., “¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada estado?”, *op. cit.*, p. 157.

31. Álvarez González, S., “¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada estado?”, *op. cit.*, p. 158-159 (donde se encuentran las ideas entrecomilladas).

32. Vid. Quiñones Escámez, A., “El contrato de gestación por sustitución no determina la filiación sino la intervención de una autoridad conforme a la ley”, en *El orden público interno, europeo e internacional civil. Acto en homenaje a la Dra. Núria Bouza Vidal (InDret 2/2017)*, pp. 237-239, quien analiza los métodos y sus requisitos para el reconocimiento de decisiones y situaciones jurídicas creadas en el extranjero. Por su parte, Álvarez González, S., “Nuevas y viejas reflexiones sobre la gestación por sustitución”, en *Mujer, Maternidad y Derecho*, dir. M^a P. García Rubio (Tirant lo Blanch, Valencia, 2019), § 7, muy expresivamente, señala lo siguiente: “[c]onsideramos radicalmente opuesto a nuestro ordenamiento jurídico el llamado matrimonio poligámico, pero cada vez aceptamos más y más efectos derivados del mismo (como, por ejemplo, el reparto de la pensión de viudedad entre ambas “viudas”). Un primer dato a tener en cuenta, pues, es que el debate de todo o nada no sé si valdrá para la política legislativa sobre situaciones internas, pero no es eficiente en relación con las internacionales. O no en todos los casos, y la gestación por sustitución es uno de ellos”.

- 33.** Quiñones Escámez, A., “El contrato de gestación por sustitución no determina la filiación sino la intervención de una autoridad conforme a la ley”, *op. cit.*, p. 238.
- 34.** Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. introd. C. Bernal Pulido (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014), p. 92.
- 35.** Chacón Mata, A., “Criterios definidores y conceptuales del enfoque basado en derechos humanos: de la teoría a la práctica”, *R.V.A.P* (No. 108, 2017. pp. 43-86.

Autores

Adoración Guamán, Clara López Obregón, Alejandro Medici,
Juan Cruz Vallefin, Larissa Ramina, Lina María Mejía
Torres, Mauricio Jaramillo Jassir, Marcelo Andrade Cattoni
de Oliveira, Diogo Bacha y Silva, María José Fariñas Dulce,
Pedro Serrano, Anderson Medeiros Bonfim, Silvina Romano,
Baltasar Garzón Real, Juarez Tavares, Eugenio Raúl
Zaffaroni, Carol Proner, Daniel Flores Cáceres, Eli Gómez
Alcorta, Laura Gonzalez Carvajal, Virgilio Hernández
Enríquez, Francisco José Infante

Coordinadores

Ernesto Samper, Larissa Ramina, Carol Proner

