



#7

**Marzo/abril
2021**

Crítica jurídica y política en Nuestra América

**Lawfare:
Un concepto
en disputa**

Boletín del
Grupo de Trabajo
**Crítica jurídica
y conflictos
sociopolíticos**



CLACSO

PARTICIPAN EN ESTE NÚMERO

Silvina Romano
Constanza Estepa
Marcelo Maisonnave
Carlos Rivera Lugo
Alejandro Medici
Alysson Leandro Mascaro
Mylai Burgos Matamoros

Crítica jurídica y política en Nuestra América : Lawfare : un concepto en disputa / Silvina M. Romano ... [et al.] ; coordinación general de Beatriz Rajland ; Lucas Machado Fagundes ; Mylai Burgos Matamoros ; editado por Carlos Rivera Lugo. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : CLACSO, 2021.

Libro digital, PDF - (Boletines de grupos de trabajo)

Archivo Digital: descarga y online

ISBN 978-987-722-888-5

1. Poder Político. 2. Golpes de Estado. I. Romano, Silvina M. II. Rajland, Beatriz, coord. III. Machado Fagundes, Lucas, coord. IV. Burgos Matamoros, Mylai, coord. V. Rivera Lugo, Carlos, ed.

CDD 306.2098



CLACSO

Consejo Latinoamericano
de Ciencias Sociales

Conselho Latino-americano
de Ciências Sociais

Colección Boletines de Grupos de Trabajo

Director de la colección - Pablo Vommaro

CLACSO Secretaría Ejecutiva

Karina Batthyány - Secretaria Ejecutiva

María Fernanda Pampín - Directora de Publicaciones

Equipo Editorial

Lucas Sablich - Coordinador Editorial

Solange Victory - Gestión Editorial

Nicolás Sticotti - Fondo Editorial

Equipo

Natalia Gianatelli - Coordinadora

Cecilia Gofman, Giovanni Daza, Rodolfo Gómez, Teresa Arteaga

y Tomás Bontempo.

© Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales | Queda hecho el depósito que establece la Ley 11723.

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

La responsabilidad por las opiniones expresadas en los libros, artículos, estudios y otras colaboraciones incumbe exclusivamente a los autores firmantes, y su publicación no necesariamente refleja los puntos de vista de la Secretaría Ejecutiva de CLACSO.

CLACSO

Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - Conselho Latino-americano de Ciências Sociais

Estados Unidos 1168 | C1023AAB Ciudad de Buenos Aires | Argentina

Tel [54 11] 4304 9145 | Fax [54 11] 4305 0875 | <clacso@clacsoinst.edu.ar> |

<www.clacso.org>



Este material/producción ha sido financiado por la Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo, Asdi. La responsabilidad del contenido recae enteramente sobre el creador. Asdi no comparte necesariamente las opiniones e interpretaciones expresadas.

Coordinador/as

Beatriz Rajland

Fundación de Investigaciones Sociales y Políticas
Argentina

brajland@gmail.com

Lucas Machado Fagundes

Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento
Socioeconômico. Unidade Acadêmica de Ciências Sociais
Aplicadas. Universidade do Extremo Sul Catarinense.
Universidade do Extremo Sul Catarinense
Brasil

lucas-sul@hotmail.com

Mylai Burgos Matamoros

Universidad Autónoma de la Ciudad de México
Coordinación Académica

México

mylai.burgos.matamoros@gmail.com

Editor

Carlos Rivera Lugo

Contenido

4 Presentación

VOCES

7 Entrevista a Silvina Romano

El lawfare es un concepto en disputa pero no sólo en términos académicos, sino más bien en términos políticos

Constanza Estepa
Marcelo Maisonnave

NOMOS

22 La guerra jurídica

A propósito de eso que llaman *lawfare*

Carlos Rivera Lugo

42 La guerra jurídica asimétrica como dispositivo de colonialidad del poder

Alejandro Medici

LECTURAS

62 Reseña

Lawfare: Una Introducción.
Cristiano Zanin Martins,
Valeska Teixeira Zanin Martins
y Rafael Valim

Alysson Leandro Mascaro

69 Reseña

El lawfare: golpes de estado en nombre de la ley. Arantxa Tirado Sánchez

Mylai Burgos Matamoros

| Presentación

Nos place compartirles este séptimo número de nuestro Boletín *Crítica jurídica y política en Nuestra América* publicado por el Grupo de Trabajo CLACSO “Crítica jurídica y conflictos sociopolíticos”. En éste destacamos el tema de la guerra jurídica y, dentro de ésta, el fenómeno conocido como *lawfare*.

Como señala la conocida estudiosa de este fenómeno, Silvina Romano, en una entrevista que le hicieron Constanza Estepa y Marcelo Maisonnave, de nuestro GT CLACSO, el *lawfare* es un instrumento utilizado en tiempos recientes por la derecha para librar una especie de guerra híbrida contra la izquierda, incluyendo la realización de “golpes blandos” o “cambios de régimen”, en países como, por ejemplo, Brasil, Argentina y Ecuador. Admite, sin embargo, que se trata de “un concepto en disputa”, sobre todo debido a que trata de algo no acabado y expresivo de un proceso real en el ámbito político. Con la visión anterior coincide Alejandro Medici, sobre todo en el contexto de la colonialidad de poder.

Por otra parte, en un artículo sobre el tema escrito por quien suscribe, abordo algunas de las diferentes comprensiones que hay dentro de esta disputa en torno al concepto del *lawfare*. En última instancia, el *lawfare* es una realidad política y de poder, en la que están implicados tanto la izquierda como la derecha. El Estado de derecho siempre ha sido un campo de batallas y luchas, entre clases y pueblos.

Por último, sobre el tema del *lawfare*, incluimos dos reseñas de libros recientes en los que se aborda el tema e, incluso, la disputa. La primera reseña, de Alysson Leandro Mascaro, trata sobre el libro del 2019 de Cristiano Zanin Martins, Valeska Teixeira Zanin Martins y Rafael Valím.

Titulada *Lawfare: uma introdução*. La segunda reseña, a cargo de Mylai Burgos Matamoros, es sobre la obra recién publicada en el 2021 de Arantxa Tirado Sánchez titulada *El Lawfare: Golpes de Estado en nombre de la ley* (Madrid: Akal).

Espero que el contenido de este número dedicado al *lawfare* pueda contribuir a la problematización crítica necesaria de ese concepto en disputa.

Carlos Rivera Lugo
Editor

Voces

Crítica jurídica y política en Nuestra América
Número 7 · Marzo/abril de 2021

Entrevista

a Silvina Romano*

El lawfare es un concepto en disputa pero no sólo en términos académicos, sino más bien en términos políticos

Constanza Estepa**

Marcelo Maisonnave***

* Investigadora Adjunta del Consejo Nacional en Investigaciones Técnicas y Científicas (CONICET) en el Instituto de Estudios de América Latina y el Caribe de la Universidad de Buenos Aires (IEALC-UBA). Es posdoctora por el Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y por el Centro de Investigaciones y Estudios sobre la Cultura y la Sociedad-CONICET. Doctora en Ciencia Política por el Centro de Estudios Avanzados de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC), Argentina. Licenciada en Historia y licenciada en Comunicación Social por la UNC. A lo largo de los últimos años, ha investigado sobre las siguientes temáticas: las relaciones entre Estados Unidos y América Latina durante la Guerra Fría y en la actualidad; crítica a la asistencia para el desarrollo; integración, subdesarrollo y dependencia en América Latina; democracia y seguridad en Estados Unidos. Es miembro del Consejo Ejecutivo, coordina la Unidad de Análisis Geopolítico y el Observatorio de Lawfare de CELAG. Entre otras publicaciones, es coordinadora de la obra *Lawfare: Guerra judicial y neoliberalismo en América Latina*. Buenos Aires / Madrid: Marmol/Izquierdo Editores / Tarahumara / Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica, 2019.

** Abogada por la Universidad Nacional de Rosario. Magíster en Derechos Humanos (Universidad Autónoma de San Luis Potosí). Directora de Investigaciones de la Cátedra de Pensamiento Constitucional Latinoamericano (Instituto de Cooperación Latinoamericana – UNR – Centro miembro CLACSO). Integrante del Grupo de Trabajo CLACSO Crítica jurídica y conflictos sociopolíticos y del Observatorio de Lawfare (CELAG).

*** Abogado (Universidad Nacional de Rosario) y Magíster en Derechos Humanos (Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México). Integrante del Grupo de Trabajo CLACSO Crítica jurídica y conflictos sociopolíticos y del Observatorio de Lawfare (CELAG). Director de Investigaciones de la Cátedra de Pensamiento Constitucional Latinoamericano (Instituto de Cooperación Latinoamericana – UNR – Centro miembro CLACSO).



Existe un gran debate en la actualidad en torno al concepto de lawfare. ¿Cree posible brindar una definición sobre el mismo? ¿En qué se diferencia del golpe blando, la guerra híbrida o la guerra jurídica? En caso de que sea posible conceptualizar el lawfare, ¿qué características ha adquirido en América Latina en los últimos años?

Considerando los antecedentes académicos y los procesos políticos en América Latina de las últimas décadas, poniendo el foco en los últimos cinco años, postulamos que el *lawfare* es una guerra por la vía judicial, centrada en el uso indebido de herramientas jurídicas para la persecución política; la aplicación de la ley como un arma para destruir al adversario político por la vía judicial. 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 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 desmoralización del adversario político se concreta especialmente en el plano de la opinión pública, en momentos políticos clave.

El objetivo de este tipo de guerra es promover una noción negativa sobre la intervención del Estado en la economía, el beneficio de lo público y la politización del Estado. Se asienta entonces sobre las premisas contrarias: que el esquema empresarial es el más eficiente y transparente, que el mercado debe regular, y no el Estado. En última instancia promueve tendencias antipolíticas. El *lawfare* opera como herramienta de antipolítica, porque busca eliminar al otro de la política, anulando la negociación; habilita un aparente vaciamiento de la política: la cruzada contra la corrupción se sintetiza en “que se vayan todos”, “son todos corruptos”, etc. Esto deriva en la negación de la política y lo político (Romano y Díaz Parra, 2018). Utiliza la ley para bloquear la verdadera política bajo la apariencia de justicia y combate contra la corrupción (Pinheiro Araujo, 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 (Romano, 2020; Vollenweider y Romano, 2017). Esta multidimensionalidad, diversidad de actores y estrategias emparentan al *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, suele entenderse al *lawfare* como uno de los componentes 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 (inmediata) de las FFAA y que cuentan con la injerencia directa o indirecta del gobierno y sector privado de Estados Unidos.

Cuadro: Ámbitos y dinámicas del *Lawfare* en América Latina



El lawfare existente, ¿se manifiesta de la misma manera en los países de la región o adquiere características diferentes según cada caso?

El *lawfare* se manifiesta de forma diferente en los casos que hemos podido catalogar como casos de *lawfare*: estamos hablando de Brasil en primer lugar, también de Ecuador y Argentina. El caso de *lawfare* de Brasil se caracteriza por cómo el aparato judicial jugó un rol protagónico en la política de Brasil al manipular los tiempos jurídicos y el debido proceso judicial para impedir que un determinado candidato se presentara a elecciones y además con el tiempo y la filtración de documentos, en lo que se conoce como “Vaza Jato”, que también se caracterizó por una importante injerencia de agencias gubernamentales estadounidenses. Igualmente se puede ver en cierta medida la vinculación de actores del sector privado estadounidense con ciertos intereses articulados al Lava Jato, como el Atlantic Council y otros *think tanks*, es decir, lugares donde pasan empresarios, políticos, funcionarios y que impulsaron una

campaña anti PT en el nombre de una guerra contra la corrupción que fue evidentemente auspiciado y permitió legitimar esa fuerte y creciente judicialización de la política. En Brasil fue una guerra de todos contra todos y en esa guerra de todos contra todos se le allanó el terreno en una determinada coyuntura a la ultraderecha. Estamos hablando de una determinada coyuntura porque eso se fue revirtiendo y ahora estamos en otro escenario, pero hubo un momento que se dio durante las elecciones fue muy complicado y el *lawfare* tuvo mucho que ver. Fue el principal actor en ese proceso político de Brasil.

En Ecuador el *lawfare* se dio en diferentes etapas. Generalmente se lo conoce a partir de la persecución contra Correa y Glass pero después fue subiendo de tono, no sólo en términos de persecución política por la vía judicial, sino tomando medidas de corte bastante similar a lo que puede haber sucedido en las dictaduras cívico-militares durante la Guerra Fría en América Latina: proscripción de partidos políticos e instigación del terror, allanamiento de locales de partidos políticos, prisiones preventivas irregulares, allanamientos de hogares de familias a horarios de la madrugada, es decir, una serie de prácticas que fueron sistemáticas no solo contra funcionarios de alto rango de las durante el gobierno de Correa, sino de funcionarios y funcionarias de rango medios. A mí me llamó mucho la atención el nivel de persecución e instigación al miedo que se generó, es algo que con Camila Vollenweider llamamos “del *lawfare* al *lawfear*” que es la utilización del miedo para paralizar.

En el caso de Ecuador se vio en las últimas elecciones cómo el *lawfare* puede cumplir esa meta de la antipolítica, cómo generar un miedo y rechazo a la participación política, que al final es uno de sus objetivos porque en esta guerra multidimensional hay varios objetivos económicos, políticos. La antipolítica de cara a las militancias más jóvenes, en Ecuador se hizo muy presente, se difundió no solo descreimiento en la “clase política corrupta” sino que se combinó con miedo... y terror, pensemos que hay gente exiliada que no puede volver a Ecuador, y eso es una situación muy grave.

En el caso de Argentina me atrevo a decir que es el caso donde la reversión del *lawfare* fue más exitosa. Voy a dimensionar dos casos, el de la causa Nisman que me parece bastante claro como caso de *lawfare* porque tiene un *timing* político muy preciso y una campaña mediática. El *timing* político queda evidenciado porque se dio en un año electoral articulado con una campaña mediática muy fuerte que generó mucha desestabilización y deslegitimación del gobierno de turno. Luego, cuando entra al nuevo gobierno el partido anteriormente opositor se aceleraron tiempos judiciales aparentemente bajo la luz de normativas y el debido proceso, pero rápidamente queda en evidencia de que era todo bastante sospechoso, al poner a Cristina Fernández de Kirchner (CFK) en una primera línea de persecución y a muchos de sus funcionarios y funcionarias desde una sistematicidad en los juicios, en las prisiones preventivas, que hacen de Argentina un caso de *lawfare*.

Sin embargo, por las características de la política argentina rápidamente el *lawfare* “entró” en la opinión pública y se dieron muchos debates que ayudaron al hecho de que ganen las elecciones Alberto Fernández y Cristina Fernández de Kirchner, y eso permitió hacer visibles una serie de mecanismos que estaban operando entre el poder judicial, los medios de comunicación y los aparatos de inteligencia; hoy todos están a la vista. Es decir, a diferencia de otros países, en Argentina es donde más se está hablando de esto, y se está discutiendo una reforma judicial, de cómo salir del *lawfare*. Hay gente por supuesto que dice que no hay *lawfare* pero el debate está a flor de piel.

Por eso Argentina es un caso de reversión del *lawfare*, porque al posicionarse en la opinión pública con perspectiva de debate, esto adquiere una visibilidad que permite ir pensando en diferentes alternativas para no repetir estos procesos. Entonces sí, en cada país adquiere una característica de acuerdo a la tradición política de ese país.

¿Considera que el lawfare es posible merced a debilidades institucionales preexistentes en nuestros países?

El *lawfare* probablemente tiene que ver con las debilidades institucionales de nuestros países o sea alguien podría decir “con el mal funcionamiento de las instituciones”, pero más que con eso tiene que ver con las democracias. Me parece que hay un vínculo entre *lawfare* y democracia que es muy importante y lo voy a explicar con un ejemplo.

Por un lado, se dice “vamos a modernizar los Estados de América Latina”, ya se hablaba en la década de los ochenta sobre esto, de la idea de hacerlos más eficientes para mejorar las instituciones, que funcionen, que sean “menos corruptas”, de hecho, el objetivo planteado es loable y está muy bien porque el Estado tiene que funcionar bien para las mayorías. Pero hay ahí una cuestión en las soluciones que se buscan, y en general en los países periféricos ese “buscar una mejoría” está vinculado con las asesorías desde el exterior a través de planes de asistencia para las reformas, que pueden ser judiciales o de otros ámbitos.

En el caso de América Latina, desde esos años y hasta hoy, esta agenda de reformas estatales está planteada desde la USAID de los Estados Unidos, incluso con planes financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) que muestran objetivos muy interesantes pero que a la hora de la verdad resultan muy poco exitosos. ¿Por qué? Porque es como si se buscara reformar una parte, sin tocar el resto –en este caso que funcionen mejor las instituciones jurídicas-. Si bien el aparato judicial, como cualquier otro aparato dentro del Estado, es un aparato político, cuando se vuelve un jugador a favor de determinados sectores pierde la capacidad de lograr los objetivos que se le asignan al poder judicial. Es decir, en las dinámicas de las últimas décadas, con estas reformas que vienen desde afuera, se busca reformar un ámbito y el resto que siga como está. Es como querer reformar una casa y cambiar sólo una habitación. Además, terminan siendo reformas muy cosméticas y aquí me surge una inquietud: ¿qué reforma jurídica o qué justicia puede llevar adelante el aparato judicial si no hay proyecto serio de mediano plazo de justicia social? ¿Qué justicia puede haber en países donde la pobreza y la brecha entre ricos y pobres es cada vez mayor?

Es decir, no se puede desarticular, no sirve tener a los mejores asesores para que digan “vamos a modificar esto y a cambiar estas prácticas corruptas” en un sector, cuando la realidad en nuestros países de América Latina es muy complicada en términos materiales, y ahora con el Covid19, cada vez más.

Entonces el llamado para mí es, ¿queremos reformas jurídicas? Sí, las queremos, pero dentro de un contexto de democracias sustantivas que busquen la inclusión política, económica, social y cultural, más allá de los gobiernos. O sea, la democracia sustantiva como proyecto de Estado, más allá del gobierno, en un horizonte de justicia social. En ese contexto podrían funcionar de alguna manera las reformas judiciales, que creo que son necesarias, porque los aparatos del Estado deben irse actualizando y reorganizando, mucho más ahora en un contexto de pandemia que queda expuesto todo lo que hay que actualizar y revisar. Pero el horizonte tiene que ser la justicia social, no meramente el de la mejoría del aparato judicial.

¿Qué dimensiones sociales atraviesa el lawfare? ¿En qué medida el lawfare se construye a partir de la injerencia extranjera en la región?

La injerencia extranjera se genera a través de diversos mecanismos y muchos de ellos son legítimos y legales. ¿Qué quiero decir con esto? Todo lo que sean cursos de formación, actualización de programas académicos, revisión de reformas de los códigos penales, en todo eso si uno se fija en América Latina, casi siempre hay un vínculo con Estados Unidos, organizaciones no gubernamentales, universidades estadounidenses, con las cuales se mantiene un contacto para la actualización de los aparatos judiciales, y de las carreras de abogacía.

Por ejemplo, en Argentina cuando se reformó el Código penal con Macri fueron a mostrar el proyecto al Wilson Center, en Washington D. C., y había gente del Departamento de Justicia estadounidense que estaba escuchando. Eso es un ejemplo de la injerencia. Habrá quienes dirán que eso es maravilloso y muy positivo porque te ayudan a mejorar. En general, por supuesto que es interesante el intercambio de experiencias,

pero estamos hablando de relaciones asimétricas. Porque todo lo que posibilita estos contactos se da a partir de una relación centro-periferia donde los países centrales definen qué es el Derecho y qué es la Ley y los países periféricos están catalogados bajo un prejuicio –si sirve la palabra- de que sus sistemas institucionales son muy débiles e incapaces y tienen que emularlos a la arquitectura institucional jurídica de los países centrales.

Habrà por supuesto algunos componentes interesantes, pero hay otros que no se pueden aplicar tal cual como se aplica en EEUU en un país de América Latina y eso es un problema. Ahí sí hay una injerencia, pero es una injerencia acordada.

Ahora bien, la injerencia se da en otros planos donde existen hasta operativos encubiertos en las embajadas estadounidenses o las concurrencias de informantes para hablar con funcionarios estadounidenses sobre la situación política de los diferentes países, y específicamente sobre casos judiciales. A esto se le suma la vinculación de estos funcionarios y funcionarias con personal de inteligencia, entonces ahí ya estamos hablando de esta fase de guerra o arista de guerra del *lawfare*, que tiene que ver con la obtención de información para, en un momento dado, según el *timing* político, tener herramientas útiles para fomentar la desestabilización de adentro hacia afuera y de afuera hacia adentro.

Es decir, lo vimos en todos los casos: Ecuador, Argentina, Brasil, siempre estaba este aparato judicial con los medios de comunicación locales, pero también contando con medios estadounidenses, sobre todo algunos como *The Washington Post* o *The New York Times* donde se publicaron notas muy fuertes con críticas basadas en esas operaciones contra CFK, el gobierno del PT, con Lula y Dilma.

Ahí se puede ver el tema de la injerencia y además hay acuerdos bilaterales que permiten que esta injerencia sea permanente y naturalizada. Entonces la pregunta ahí es, ¿en qué medida los planes, los proyectos de actualización y formación del personal del aparato judicial o hasta los recursos de asistencia para las reformas judiciales son útiles para

determinados contextos para nuestras democracias? Simplemente es eso, poder preguntárselo e incluso que estén abiertos al debate de la opinión pública porque muchas veces no se habla de estas cosas y son importantes. Lo vuelvo a repetir porque todo esto se da el marco donde los países centrales poseen el verdadero derecho o la noción y las prácticas del derecho legítimo y los países periféricos al tener instituciones débiles no tiene ley sino “política”, como si estuvieran en algo sucio donde no hay leyes neutrales, sino que sus aparatos judiciales están absolutamente politizados... eso es lo que se ve desde afuera. Este es un sentido común que debería ir cambiando para poder generar estos intercambios que pueden ser interesantes pero dados a partir de relaciones un poco más simétricas y que realmente alimenten y generen procesos que beneficien a las mayorías en contextos de democracia sustantiva.

¿Cómo surge el proyecto del Observatorio de Lawfare del CELAG? ¿Qué objetivos tiene? ¿Cuáles son las primeras investigaciones que están realizando con el equipo que lo integra?

El Observatorio surge con los objetivos de sistematizar la información disponible sobre los procesos de *lawfare* en diferentes países de América Latina, analizar las diferentes dimensiones implicadas en este proceso, las dinámicas y ver la posibilidad de realizar estudios que nos permitan dimensionar e identificar las continuidades en estos procesos. Encontrar qué tienen de similar, qué tienen de diferente. A partir de allí, tener la posibilidad de elaborar propuestas para revertirlo, para identificar aquello que no es *lawfare*, etc.

Una de nuestras primeras tareas es realizar una caracterización del *lawfare*, sabiendo que el *lawfare* en sí mismo es una agenda de investigación, es un campo de estudio bastante novedoso. Claro que tiene varias características de “guerra” anteriores. Venimos trabajando de forma bastante sistemática haciendo algunos informes. El primero que salió, es importante porque aborda el tema de la extraterritorialidad de la ley estadounidense y esto tiene que ver con lo que hablábamos de la injerencia. La Ley Anticorrupción de Estados Unidos tiene la capacidad de legislar sobre empresas e individuos prácticamente de cualquier país del mundo

en virtud de detener lo que desde EEUU se concibe como corrupción, que probablemente lo sea, pero no siempre es así. Pero lo importante es que a partir de esta ley se aplican sanciones económicas y eso tiene toda una implicancia política, económica y geopolítica. Para dar un ejemplo, las principales sanciones que ha aplicado Estados Unidos en los últimos años en el exterior son siempre contra empresas de hidrocarburos, muchas de estas empresas son empresas estatales que al tener que pagar este tipo de sanciones que son millonarias, la sanción se vuelve un factor más de desestabilización, aporta al quiebre de estas compañías y por consiguiente se inicia una apertura a la licitación. No digo que esto sea el único factor que lleve a la pérdida de solidez de estas empresas, pero sí es un factor muy importante. Ese fue uno de los primeros trabajos.

Después nos involucramos más en el caso de Ecuador, allí estuvimos cerca de la campaña política y el proceso de las últimas elecciones, incluso haciéndole entrevistas a implicados, a abogados vinculados y a víctimas del *lawfare* en el país. También estamos intentando, dentro del Observatorio, hacer entrevistas a especialistas para informarnos más sobre esto, por ejemplo le hicimos una entrevista al fiscal Federico Delgado de Argentina. El objetivo del Observatorio, en definitiva, es generar conocimiento sistemático sobre los procesos de *lawfare* para poder saber qué es *lawfare*, qué no es, para explicar por qué no todo es *lawfare*, teniendo una idea clara de cómo se da este proceso en América Latina.

¿El Observatorio arribó a algunas conclusiones preliminares?

Creo que la conclusión más importante a la que llegamos es que el *lawfare* sí existe, porque eso también es una disputa. El *lawfare* es un concepto en disputa, pero no sólo en términos académicos, donde hay una batalla para dar en cuanto a qué sentido le vamos a dar, sino más bien en términos políticos, ya que se ha vuelto muy importante en los últimos procesos electorales porque tiene cierta incidencia en la opinión pública.

Entonces lo que hemos podido palpar, conversar y acordar es que el *lawfare* se trata de un proceso, no de algo acabado sino de algo que está en un proceso real que tiene incidencia política. También hemos podido

llegar a la conclusión de que no todo es *lawfare* y hemos podido ver cómo se revierte el *lawfare* en algunos casos. Es decir que esa expulsión de la esfera política de ciertos enemigos políticos puede revertirse, como sucedió en el caso de Lula.

Todas las conclusiones son preliminares porque estamos trabajando y deseosos de tener datos muy concretos y sistematizados para mostrar esto, pero el caso de Brasil nos muestra que el *lawfare* tiene un impacto muy importante que está más allá de lo jurídico, un impacto de una gran magnitud económica y geopolítica. En Brasil una cosa es que se revierta el *lawfare* en términos políticos y que el PT pueda presentarse a elecciones con Lula como candidato. Pero otra cosa es que se rearticule toda una arquitectónica institucional económico-política que estaba organizada en torno a empresas estatales: Embraer, Petrobras, las empresas de energía, que quebraron a raíz de la operación de la operación Lava Jato, y por supuesto a raíz de un gobierno como el de Bolsonaro que apuntó sus políticas hacia otro lado. En ese sentido, lo que podemos ir observando son los efectos que produce el *lawfare*.

¿Cuáles son los caminos o posibles estrategias que se pueden delinear para enfrentar el fenómeno de lawfare en la región?

Justamente veníamos hablando de que hubo procesos de reversión del *lawfare*. ¿Cuál fue la clave del proceso de reversión del *lawfare* en Brasil? Que se filtraron los documentos y se evidenció de manera clara y fehaciente que estaban manipulando el proceso judicial, que los jueces eran absolutamente parciales y que además se demostró un vínculo muy importante con agencias del gobierno estadounidense en el proceso de Lava Jato, por fuera incluso de los mecanismos bilaterales planteados para una cooperación, estamos hablando de una clara politización del sistema judicial a favor de un cierto sector y criminalizando directamente al otro sector.

Entonces, ¿cómo se puede revertir el *lawfare*? Creo que uno de los ámbitos donde se puede empezar a revertir es desde el periodismo porque sin el periodismo no existe el *lawfare* y el periodismo puede aportar algo

muy interesante que es desarticular lo invisible y silencioso que tiene el proceso de *lawfare*, mostrar las evidencias, buscar las conexiones con seriedad, con documentos fehacientes, si bien es difícil que se dé en el ámbito periodístico, son acciones que pueden ayudar.

Otra estrategia tiene que ver con el ámbito jurídico en sí mismo porque el aparato jurídico es una de las corporaciones que más vínculos tiene en América Latina con las élites, con las derechas y con los procesos de golpes cívicos-militares. Los aparatos judiciales tienen un hilo conductor histórico con esos procesos, incluso hay veces que está la misma gente, mostrando cierta tendencia a ser acaparados por la derecha. No solamente me parece que hace falta una reforma judicial, que es necesaria, pero el objetivo no tiene que ser la reforma judicial en sí misma sino la democracia con justicia social, la democracia sustantiva porque es en ese contexto donde las reformas pueden florecer y tener sentido, sino son compartimentos estancos.

Entonces ahí me van a decir, ¿por dónde empezamos? En primer lugar, si hay idea de reformar, tienen que ser abiertas al debate público, con mecanismos de participación ciudadana como los referéndums. Lo que pasa es que para llegar a eso hay que formar mucho a la población, pensemos solamente en el lenguaje jurídico, que es prácticamente inentendible, entonces hay que darse un trabajo pedagógico para que la población se apropie del derecho, que es lo más importante en un Estado de Derecho, que exista una apropiación del derecho para que funcione a favor de todas y todos.

En Argentina se viene haciendo bastante ese camino, es un buen ejemplo, pero hay que tener cuidado de no desconectar el ámbito judicial del resto, porque el *lawfare* no es la guerra judicial, sino que es la guerra judicial por la vía mediática con objetivos políticos y geopolíticos, es mucho más profundo. Entonces ahí tenemos que ver las reformas judiciales en contextos de democracia sustantiva, tenemos que ver el rol de los medios de comunicación y desde la academia podemos hacer un trabajo interesante para empezar a desentrañar el *lawfare* como reproducción ideológica, hay tareas de corte teórico que se pueden hacer.

Por último, desde la política la responsabilidad es apuntar y apuntalar prácticas lo más éticas posibles, lo más certeras y cercanas a lo que es la justicia social distanciándose de prácticas corruptas, de prácticas parasitarias. Es decir, evitar las prácticas que se vuelven el alimento cotidiano de cómo se van armando los procesos de *lawfare*.

BIBLIOGRAFÍA

- Korybko, Andrew. (2019). *Guerras Híbridas. Revoluciones de colores y Guerra no convencional*. Buenos Aires: Batalla de Ideas.
- Romano, Silvina. (2020). El lawfare en las relaciones de EE.UU. con América Latina. En Romano, Silvina (comp) *Trumperialismo: la guerra permanente contra América Latina*. Madrid: CELAG-Mármol-Izquierdo.
- Romano, Silvina y Díaz Parra, Ibán. (2018). *Antipolíticas: neoliberalismo, autonomismo y realismo de izquierda en América Latina*. Buenos Aires: IEALC-Luxemburg.
- 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.
- Pinheiro Araujo, Wécio. (2018). Lula e Davos: a política bloqueou a si mesma?. *Problematika. International Journal of Philosophy* 9 (1).
- VollenweideR, Camila y Romano, Silvina. (2017). Lawfare o la Guerra judicial en América Latina. Recuperado de <<https://www.celag.org/wpcontent/uploads/2017/03/LawfareT.pdf>>.

Nomos

Crítica jurídica y política en Nuestra América
Número 7 · Marzo/abril de 2021

La guerra jurídica

A propósito de eso que llaman *lawfare*

Carlos Rivera Lugo*

Los conceptos tienen que reflejar el movimiento real

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

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



Por eso, si uno afirma que el gobierno boliviano desarrolla una guerra jurídica al arrestar a los principales responsables del gobierno de facto que surgió del golpe de estado de noviembre de 2019 y las actuaciones criminales perpetradas por éstos, se le responde inmediatamente que eso no es guerra jurídica o *lawfare*, sino que meramente se está haciendo justicia de conformidad con el Estado de derecho. Desde una especie de comprensión maniquea del fenómeno, parecería postularse que la derecha tuerce la ley para su beneficio particular, mientras que la izquierda la aplica tal cual es para hacer justicia. Incluso, desde una perspectiva inmediateista posmoderna que claramente ha penetrado ideológicamente a sectores de esa izquierda, se entiende el *lawfare* como un fenómeno caracterizado por una particularidad que no tiene relación alguna con nada parecido en el pasado. Será que estamos efectivamente ante una novedad histórica o una nueva usanza conceptual que si bien pretende denunciar la judicialización de la persecución por la derecha de líderes

gubernamentales y políticos de la izquierda, parecería también representar una explicación que invisibiliza las deficiencias o errores estratégicos de esa izquierda, los cuales han servido de caldo de cultivo al desarrollo del fenómeno al que se alude dentro de un contexto estratégico caracterizado por derrotas coyunturales u oportunidades históricas perdidas.

Los conceptos no pueden cerrarse al movimiento real de los fenómenos que tratan de describir. Ningún concepto es idéntico al objeto de estudio. La realidad resulta mucho más rica y compleja que nuestras conceptualizaciones acerca de ésta. No puede ser reducida por lo tanto a ideas a priori, como si no estuviese atravesada de la contradicción.

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

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

Ese es el caso, por ejemplo, con ciertas comprensiones de eso que llaman *lawfare*, como un alegado desarrollo nuevo de ese otro fenómeno

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

En ese sentido, el *lawfare* como experiencia particular es parte de la guerra jurídica como una de las manifestaciones de esa guerra social —también conocida como la lucha de clases— que es inherente a la sociedad burguesa como sociedad de clases y es desde ese contexto más amplio que puede realmente darse con el sentido real de este fenómeno. Y es que el sentido concreto del *lawfare* está mediado por ese contexto estratégico más amplio integrado por elementos y momentos tanto de continuidad como de discontinuidad. Por eso hay que insistir en un proceso de análisis crítico que reconozca esa interrelación y no reduzca el conocimiento sobre el fenómeno a una sola de sus fuentes constitutivas.

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

Sin embargo, aún así hay quienes insisten en asignarle una connotación exclusivamente negativa al concepto de *lawfare*, como si se debiese al mal uso o distorsión de la forma jurídica. Ese es el caso de algunos de los

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

La postura de Romano parece inspirarse esencialmente en la tesis postulada por el *Lawfare Project*, en Estados Unidos, quien define el *lawfare* como un fenómeno negativo, entendiéndolo más bien como “el abuso de las leyes y los sistemas judiciales de Occidente para lograr unos fines estratégico-militares o políticos”. La directora de dicho Proyecto, Brooke Goldstein, de origen canadiense, sostiene que el *lawfare* es el abuso del derecho y de los sistemas judiciales para socavar los principios mismos en los que sustentan, particularmente el Estado de derecho. Por eso, aclara que la organización que ella dirige es más propiamente un “Counter-Lawfare Project” ya que, según opina, el *lawfare* sólo lo protagoniza los enemigos del Estado de derecho. Mientras Silvina Romano y el CELAG están comprometidos con una lucha contra el *lawfare* desde una perspectiva progresista, Goldstein sigue una agenda ideológica muy otra en torno a la aplicación del concepto de *lawfare*. Ésta ha admitido que el *Lawfare Project* fue creado como una entidad dedicada a llevar litigación a favor del Estado de Israel. De ahí que ella ha sido una acérrima crítica de toda denuncia a los crímenes de guerra y de lesa humanidad perpetrados por el ilegalmente ocupante Estado de Israel en los llamados

territorios palestinos. En ese sentido, las denuncias y campañas de la izquierda contra las acciones ilegales del régimen israelí son para ella *lawfare*. La defensa de las políticas israelíes violatorias del Derecho Internacional no lo es. El *lawfare* es negativo en la medida en que está dirigido contra el gobierno de Israel.

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

La ilusión burguesa del derecho

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

Al respecto, el jurista bolchevique Eugeny Pashukanis se encargó de articular, al inicio de la revolución rusa, una crítica radical a las formas del Estado y del derecho, las cuales afirmó están derivadas de y en última instancia determinadas por las relaciones sociales capitalistas. Insistió en que su uso como instrumentos de poder político y jurídico, sólo serviría para reintroducir abierta o silentemente las formas sociales del

capitalismo en general, incluyendo sus lógicas de subjetivación subordinada al proceso social de producción e intercambio de mercancías. El derecho no reconoce la existencia de clases en una relación adversativa y desigual sino que sólo sujetos jurídicos que participan, alegadamente como iguales, en dicho proceso. Lo que pretende el derecho mediante la juridificación de las relaciones sociales y de poder, es ocultar su realidad antagónica y controlar la solución de conflictos por medio del aparato estatal, incluyendo el judicial, conforme a la parcialidad estructural del capital. El tránsito hacia una sociedad comunista, puntualizó, sólo será posible en la medida en que se potencia una nueva forma de gobernanza, los soviets, y una nueva forma no-jurídica de regulación social, cuya matriz normativa esté en la comunidad misma y en las nuevas relaciones sociales comunistas (Pashukanis, 1976).

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

La experiencia chilena de 1970-73 representó el primer intento para usar la legalidad, incluyendo el proceso electoral, para una transición pacífica del capitalismo al socialismo. Culminó, como sabemos, en un brutal golpe de estado y la instauración de una criminal dictadura militar que

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

impuso la guerra directa contra la izquierda y el movimiento obrero. Finalmente, el modo capitalista de producción y dominación demostró no tolerar que la izquierda pretendiese la legalidad burguesa para transitar ordenadamente hacia su contrario. A partir de ello y la ola de miles de asesinatos y desapariciones protagonizadas tanto por la dictadura chilena como también por análogas dictaduras militares en esos años en Brasil, Argentina y Uruguay, se ha visto como experiencias posteriores de acceso por la izquierda al gobierno por la vía electoral, se han circunscrito a la realización de reformas dentro del sistema capitalista, dentro de un marco de conciliación y no de lucha de clases, a excepción hasta cierto punto de los casos del chavismo en Venezuela y el Movimiento al Socialismo (MAS) en Bolivia. La estrategia contrainsurgente aplicada con éxito en la América nuestra, con la ayuda de Estados Unidos, consiguió imponer una paz de los sepulcros que incluyó un nuevo marco limitado a lo que se puede aspirar a hacer por medio de la legalidad. Bajo éste, se decretó como imposible el uso del sistema para transformar radicalmente al mismo sistema.

Posteriormente al golpe chileno, se desató la contrarrevolución neoliberal por todo el planeta. Luego vino la crisis terminal del socialismo real, lo que llevó a gran parte del movimiento comunista internacional —como por ejemplo el llamado eurocomunismo— a renegar de la idea de la dictadura proletaria y del derecho como instrumento de dominación para adelantar el socialismo. Se produjo en cambio una adhesión al Estado de derecho liberal como el estándar a seguir, incluyendo la idea de que éste está por encima de la lucha de clases. Testimonio de ello fueron los cambios programáticos aprobados por el controvertible XXII Congreso del Partido Comunista Francés celebrado en el 1976. En 1991 ocurre lo impensable: el Partido Comunista Italiano, el fundado por Antonio Gramsci y Amadeo Bordiga, el mayor de Europa, se disuelve en su XX Congreso Nacional. Sin embargo, lo que podía aparecer como un mero artificio ideológico para apuntalar la credibilidad de los comunistas como demócratas, apenas logró abordar la interrogante que estaba en el centro del problema: ¿puede usarse las formas de Estado o del derecho, con sus aparatos gubernamentales y judiciales, incluyendo sus lógicas de dominación y subjetivación, para conquistar el poder, es decir, un poder

—o constelación de relaciones de poder— cuya presencia atraviesa la sociedad y la vida toda, o se necesita ir más allá constituyendo nuevas formas políticas y normativas desde las cuales potenciar la socialización o, mejor aún, la comunización de la sociedad y la vida toda?

La primera opción, el uso del sistema para transformar el sistema, me temo que es una ilusión burguesa de la que no nos acabamos de liberar. En el peor de los casos, es también la consecuencia del derrotismo en que se hundió en términos generales la izquierda entre el golpe chileno y el colapso de la URSS. Una vez se acepta ser parte de ese Estado y su maquinaria, se queda aprisionado en sus lógicas y prácticas. Cada formación social se encarga de organizar sus propias formas históricas imperativas de la política y lo normativo. En ese sentido, las formas que imperan bajo el capitalismo son propias de dicho sistema y sirven para su reproducción. Dichas formas no son simples instrumentos que pueden ser moldeados para servir los propósitos de otro modo histórico de producción y relaciones sociales claramente diferenciado.

Además, hay que entender que el poder no está en última instancia en el gobierno sino que en las estructuras socio-económicas. Si no se transforman éstas, en el fondo nada cambia. Y si lo que se pretendía era diferenciarse de las deformaciones burocráticas del Estado socialista, había que preguntarse si acaso la raíz de dichas desviaciones no está precisamente en la misma forma política estatal y la forma jurídica. Ambas formas cargan con su contradicción inherente del que nadie se puede escapar. Así las cosas, el “fin de la historia”, pregonado por un capitalismo que se alzaba victorioso en 1989 con el colapso de la Unión Soviética, se convirtió también en la aceptación, por la izquierda, incluyendo la comunista, de las formas del Estado y del derecho, en sus acepciones liberales, como formas naturales y eternas que están por encima de las luchas de clases, grupos y pueblos.

Más extraño aún resulta ver como la llamada perspectiva decolonial tampoco consigue hacer un ajuste de cuenta histórico con la forma jurídica como una de las matrices, además de la racial, de la colonialidad del poder impuesto por Europa en nuestras tierras y de la subjetividad

colonizada que se constituyó bajo ésta. La idea del derecho fue algo totalmente extraña a las formaciones sociales de los pueblos originarios, las cuales estaban caracterizadas por sistemas normativos de carácter consuetudinario y fundamentados en consideraciones morales o éticas de conformidad con una cosmovisión relacional.

Cuando el jurista dominico Francisco de Vitoria argumentó a favor del reconocimiento de la igualdad jurídica de los pueblos originarios, lo que buscaba era reemplazar el sistema normativo propio de los pueblos originarios por el de los europeos, el mal llamado Derecho de Gentes por cuanto sólo representaba los intereses y las costumbres de las potencias imperiales. Ello sirvió para introducir la institución de la propiedad privada, junto a esas otras instituciones, la del contrato y el libre comercio, lo que se constituyó en el marco justificativo para la apropiación privada, por los europeos, de la tierra en el llamado Nuevo Mundo. También ofreció la justificación para hacerle la guerra a los pueblos originarios en el caso de que estos se resistiesen a obedecer los requerimientos de ese derecho foráneo. En ese sentido, la idea del derecho ha estado ligada, desde sus orígenes en Nuestra América, a la guerra continua por otros medios contra los pueblos originarios o indígenas.

Una perspectiva estratégica

En ese sentido, la guerra ha sido algo consustancial a la estructuración histórica del derecho. Por ello, resulta difícil aceptar el entendido negativo del *lawfare*, debido a que emana de la idea de que la legalidad es o debe ser algo distinto de lo que concretamente ha sido y sigue siendo como derivación de unas relaciones sociales y de poder, las cuales han sido desde siempre motivo de luchas y combates, muchas veces violentas. La postura negativa del *lawfare* compartida por Romano y el *Lawfare Project*, contrasta marcadamente con otro entendido, calificado de positivo, de este fenómeno. Se trata del sostenido, por ejemplo, por el General Charles Dunlap, quien dirigió la campaña militar de la OTAN de 1999 en el Kosovo. Éste define el *lawfare* como “el uso del derecho como una arma de guerra”, lo que para él constituye “el rasgo más innovador

del combate en el Siglo XXI”, sobre todo en el contexto posterior del ataque terrorista del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York y Washington, D. C. Dunlap se queja del hecho de que el enemigo ha demostrado la capacidad para usar el Estado de derecho a su favor, razón por la cual el derecho no debe idealizarse sino que en todo caso contextualizarse siempre en términos estratégicos.

Dunlap llegó a expandir posteriormente su entendido inicial del *lawfare* al definirlo como “la estrategia de utilizar —o mal utilizar— el derecho como un sustituto de medios militares tradicionales para lograr un objetivo operacional” (Wittes, 2010). Para el militar estadounidense, hoy también profesor en la Escuela de Derecho de Duke University, el *lawfare* no posee una connotación negativa sino que sólo pretende reconocer una realidad política y de poder. Según éste, el *lawfare* se ha erigido en una forma de guerra asimétrica (Dunlap, 2017).

Es por ello que el concepto de *lawfare* o guerra jurídica se refiere tanto al uso del derecho como arma de combate, como también al uso del derecho para regular las relaciones sociales y de poder entre clases, grupos y pueblos. En ambos casos, cumple fines estratégicos más allá de los fines mediadores o regulatorios. Históricamente eso ha sido en el fondo el derecho: un campo de luchas. Y lo que es la guerra jurídica o el *lawfare* en este contexto no es algo unívoco, escrito en piedra, sino que expresa una variedad de prácticas que tienen en común no una cuestión jurídica sino una cuestión del poder.

A eso se refería en parte Michel Foucault cuando insistió en que hay que superar la perspectiva juricista del fenómeno del poder en dirección a un enfoque estratégico. Nos emplazó para que nos reencontrásemos con la guerra que esta oculta bajo el dispositivo jurídico pues la guerra, lo reconozcamos o no, nos guste o no, es una guerra permanente (Foucault, 2000: 28-30). Se refería al hecho de que la sociedad capitalista es, en el fondo, un orden civil de batalla consistente en una guerra, entre silenciosa y abierta, a partir de la cual unos y otros aspiran a producir cambios en las relaciones de poder y en la naturaleza del poder mismo. En la medida en que se va extendiendo este campo de batalla, la guerra

se convierte en una relación social permanente. Bajo este tipo de guerra, los límites se tornan indeterminados, tanto en lo espacial como en lo temporal. Una guerra que tiene como fin la defensa de un orden social o su transformación revolucionaria no parece tener fin. Es una trinchera permanente.

Existe la ilusión de que sólo se le puede poner fin a la guerra en la medida en que una de las partes se alce como vencedora. Pero aún en este caso, la historia no provee para borrones y cuentas nuevas, ni para la aniquilación física total de los vencidos, a pesar de la reiteración de experiencias de genocidio. Por eso, aún la nueva situación no podrá librarse de la contradicción. Aún la revolución estará siempre acompañada por la posibilidad de la contrarrevolución y, viceversa, la contrarrevolución siempre estará enfrentada a la posibilidad de la revolución. Es por ello que resulta forzoso reconocer que el *lawfare* se libra tanto desde la derecha como desde la izquierda. Limitar su uso como arma de combate sólo a la derecha, es un error no sólo conceptual sino que sobre todo práctico.

Por ejemplo, la República Popular China reconoce expresamente lo que llama “guerra jurídica” como un elemento de su doctrina estratégica, algo que resulta vital en estos momentos de asedio imperial cada vez más agresivo por parte de Washington contra dicha potencia socialista. Asimismo, toda una serie de acciones legales radicadas ante la Corte Penal Internacional o tribunales nacionales contra aquellos —incluso jefes de Gobierno o de Estado, o mandos militares— responsables de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, el uso de tortura, detenciones arbitrarias y ejecuciones extrajudiciales, especialmente de Estados Unidos e Israel, están inscritas dentro de este fenómeno de la guerra jurídica. Uno de los casos más notorios fue la detención e intento de enjuiciamiento en España del exdictador chileno Augusto Pinochet Ugarte entre octubre de 1998 y marzo del 2000. El juez Baltasar Garzón justificó toda su intervención con Pinochet en ejercicio de una jurisdicción universal para juzgar crímenes de lesa humanidad. La jurisdicción universal en estos casos se ha entendido como un instrumento judicial para la guerra jurídica, la cual también se ha blandido contra militares representantes de la dictadura argentina.

El derecho es tanto la norma como la excepción

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

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

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

Claro está, estoy muy de acuerdo con aquellos y aquellas que sostienen que no es igual el uso del *lawfare* contra Lula, Correa o Cristina Fernández que el uso del derecho para hacerle la guerra a los golpistas en Bolivia, sobre todo a partir de nuestras particulares posturas políticas e ideológicas. Tampoco es lo mismo el uso del derecho por la derecha para residenciar a Dilma Rousseff que el uso del derecho por las fuerzas de centro-izquierda en Estados Unidos para residenciar a Donald Trump. En ambos casos, sin embargo, sus resultados específicos se debieron al balance de fuerzas que existía en cada circunstancia. Pero no nos engañemos, ambos son expresiones de la guerra jurídica, entendida ésta dentro de un contexto estratégico y no estrictamente legal.

El derecho es lo que es. La derecha sabe bien lo que es la legalidad y la maneja como se le antoja. La izquierda, sin embargo, parece haber caído en su idealización y fetichización, lo que la limita en sus respuestas. ¿Demasiado Kelsen y poco Pashukanis?

Sin pretender establecer una equivalencia ética o moral entre la derecha y la izquierda, sostengo que tanto una como la otra alegan tener el derecho de su parte, aunque cada vez más da la impresión que la izquierda ve el derecho en la norma abstracta que le sirve de fuente formal y la derecha lo ve más en el hecho de fuerza que le sirve de fuente material. Es

por ello que hemos visto como cierto sector de la izquierda parece abrazar la forma jurídica como instrumento mediador y pacificador de los conflictos, propendiendo a un modelo de conciliación entre las clases y los grupos, a la vez de que rechaza la guerra como instrumento para adelantar sus fines, sea la guerra de movimiento o la guerra de posiciones. Ello explica, entonces, su visión actual a favor del derecho como bueno sólo cuando no se usa para hacer abiertamente la guerra contra el adversario o enemigo. Para este sector, el motor de la historia y, por ende, de la posibilidad de la justicia es el derecho y no la lucha y guerra entre clases, grupos y pueblos. Ilusamente se piensa que el fin del derecho es la paz y no la guerra. Sin embargo, para ganar la paz, hay que prepararse para la guerra y de ser necesario hacer la guerra. No podemos seguir ignorando que la realización de nuestras aspiraciones de justicia sólo es posible en la medida en que entendamos que nos movemos dentro de un marco determinado en última instancia por hechos de fuerza, relaciones de poder y campos de batalla. Eso es la historia. Y si deseamos incidir sobre ella para ampliar el ámbito de la libertad y la justicia, hay que organizarse para el combate permanente. Todo lo demás es *wishful thinking*.

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

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

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

En fin, en la medida en que se ha reconocido la existencia de una diversidad de formaciones sociales, por ejemplo en las constituciones recientes de Bolivia y Ecuador, así también se ha hecho necesario reconocer la existencia de una pluralidad de sistemas normativos. Sin embargo, no se ha querido aún dar el paso siguiente: la democratización de los procesos de prescripción normativa en contra del monopolio actual que pretende seguir ejerciendo el Estado para decidir sobre la efectividad de estos sistemas normativos no-estatales y no-jurídicos. Si bien el sistema político y jurídico estatal es sólo uno dentro de una pluralidad de

sistemas normativos, se empeña en seguir siendo el sistema normativo dominante, aún para la izquierda que sigue viendo en el Estado la única “comunidad universal” posible. En ese sentido, se comparte la misma ilusión que ha pregonado la burguesía colonial-capitalista al respecto.

Una guerra de trincheras en torno a la normatividad societal

Quisiera referirme ahora a la perspectiva estratégica propuesta por Gramsci en torno al tema de la lucha por el poder en la sociedad capitalista. Éste entendía que bajo el Estado capitalista moderno la lucha por el poder no debe estar centrada exclusivamente en torno al Estado. Se requiere más bien una estrategia que reconozca que el poder es un fenómeno más difuso y diseminado a través de toda la sociedad. Ya no se trata, pues, de organizar, como en el caso de los bolcheviques en Rusia, un asalto al Palacio de Invierno como si allí radicara el poder absoluto. Esa estrategia es a la que se refiere el teórico marxista italiano como la “guerra de movimiento”, también conocida como guerra de maniobra, es decir, una guerra frontal, insurreccional contra la dominación, en ese caso de un régimen zarista seriamente debilitado. En la alternativa, Gramsci propone una nueva perspectiva estratégica: la de la “guerra de posiciones”. Se trata del asedio por doquier a ese poder, mediante una guerra de trincheras, haciendo de cada grieta o contradicción sistémica una trinchera de lucha, sobre todo contra una estructura de poder que en la actualidad requiere para su legitimidad del consentimiento de los gobernados. Ello implica librar una lucha política concentrada en un cambio en las relaciones de fuerza, sobre todo para restarle la hegemonía política al bloque de fuerzas en que se apuntala el poder de la burguesía. El propósito es potenciar un nuevo bloque histórico de fuerzas que lleve a la burguesía a una crisis orgánica en el ejercicio de su poder (Gramsci, 1975: 65-76, 89-96).

En última instancia, aún la hegemonía necesita a momentos la coerción cuando el consentimiento ya no basta. Está comprobado que cuando el sistema siente que pierde su hegemonía, tiende entonces a acudir cada

vez más a los hechos de fuerza y la imposición violenta de su dominación. En esos momentos el Estado de derecho se supedita al Estado de hecho. En el fondo éste es la fuente material y vida real del sistema jurídico. El Estado de Derecho es siempre en el fondo un Estado de hecho fundado en la fuerza normativa de ciertos hechos. El orden jurídico es el resultado, en última instancia, de la eficacia de este conjunto de hechos de naturaleza estratégica, es decir, relativos al poder.

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

De ahí que me llama la atención como en todo este debate sobre la idea del *lawfare*, se ha tendido a ignorar lo que fue el uso original del concepto. Data por lo menos de 1975 cuando John Carlson y Neville Yeomans postularon que el derecho, en su forma occidental de carácter utilitario y adversativo, es meramente un refinamiento del combate en el que se sustituyen las armas por las palabras, los tiros por los alegatos y las sentencias judiciales. El *lawfare* sustituye así el *warfare*.

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

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

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

La comprensión negativa del *lawfare* se aparta así de la propuesta conceptual original de Carlson y Yeomans⁴ que veían la forma jurídica prevalente en Occidente, es decir, la liberal, como el problema, en particular debido a la naturaleza adversativa y mercantil de éste. Por eso propusieron en la alternativa el desarrollo de una normatividad comunitaria y consensuada, cuya fuente ellos ven en otra forma de regulación social con raíces en Oriente. En nuestro caso, hemos localizado esa forma alternativa más allá de Oriente, por entender que lo que describen es esencialmente la forma comunidad o comunal, no estrictamente capitalista, que históricamente ha también existido en Nuestra América.

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

⁴ Los australianos Carlson y Yeomans usaron el concepto como parte de la justificación de su propuesta favorecedora de un modelo alternativo de solución de conflictos basado en la mediación y consensuación. Su uso original no estuvo dirigido al ámbito militar.

idea a priori que se tiene de ella o, lo que es peor, por no tener la voluntad de poder para seguir revolucionándola.

BIBLIOGRAFÍA

- Carlson, John & Yeomans, Neville. Whither Goeth the Law - Humanity or Barbarity. En Smith, Margaret y Crossley, David. (eds.), (1975) *The Way Out - Radical Alternatives in Australia* (155). Melbourne: Lansdowne Press.
- Dunlap, Charles Jr. (2015). Lawfare, *National Security Law*, 823-838.
- Dunlap, Charles Jr. (2017). Lawfare 101: A Primer, *97 Military Review*, 8-17.
- Ferrajoli, Luigi. (2014). *Garantismo*. Madrid: Editorial Trotta.
- Foucault, Michel. (2000). *Defender la sociedad*. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica.
- Goldstein, Brooke. (2019, September). Opinion: Sanders, Warren, O'Rourke among Dems showing Hostility to Israel, *Fox News*. Recuperado de <https://www.foxnews.com/opinion/brooke-goldstein-sanders-warren-orourke-among-dems-showing-hostility-to-israel>.
- GRAMSCI, Antonio. (1975). *Notas sobre Maquiavelo, sobre política y sobre el Estado moderno*. México, D. F.: Juan Pablos Editor.
- Kelsen, Hans. (2009). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- Pashukanis, Eugeny. (1976). *La teoría general del derecho y el marxismo*. México, D. F.: Editorial Grijalbo.
- Rivera Lugo, Carlos. (2014). *¡Ni una vida más para el derecho! Reflexiones sobre la crisis actual de la forma-jurídica*. Aguascalientes / San Luis Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat / Universidad Autónoma de San Luis Potosí.
- Romano, Silvina (comp.) (2019). *Lawfare: Guerra judicial y neoliberalismo en América Latina*. Buenos Aires / Madrid: Marmol/Izquierdo Editores / Tarahumara / Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica.
- Wittes, Benjamin, Chesney, Robert y Goldsmith, Jack. (2010). About Lawfare: A Brief History of the Term and the Site. Recuperado de <https://www.lawfareblog.com/about-lawfare-brief-history-term-and-site>

La guerra jurídica asimétrica como dispositivo de colonialidad del poder

Alejandro Medici*

Introducción

Un “animal político” recorre América Latina, emerge y atemoriza en distintos cuadrantes de nuestra región, Ecuador, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Argentina: la utilización del derecho como arma de guerra o como se ha popularizado: *lawfare*. Lo hace en un momento de crisis de la democracia. Crisis que, entre otros factores, registra el efecto de este animal. Para comprender estos hechos, proponemos la idea del dispositivo

* El autor es integrante del Centro de Investigación en Derecho Crítico (Ci.Der.Crit) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP), Argentina. Es miembro, además, del Grupo de Trabajo CLACSO Crítica jurídica y conflictos sociopolíticos. Es Profesor del Programa de Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, México, y en el Programa de Maestría en Ciencia Política de la UNLP. Es Doctor en Derechos Humanos por la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla. Ha publicado las siguientes obras, entre otras: (2016) *Otros Nomos. Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano*. (San Luis Potosí / Aguascalientes: Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí / Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat); y (2013) *La constitución horizontal. Teoría constitucional y giro decolonial*. (San Luis Potosí / Aguascalientes: Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí / Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat).

de poder. En una formulación sintética y simple un dispositivo de poder es un conjunto de conocimientos, saberes, normatividades, instituciones, espacios heterogéneos, pero que en su articulación coyuntural tienen un efecto estratégico de poder.

La presencia de articulaciones entre sectores del poder judicial, gobiernos neoliberales, agencias públicas especializadas en inteligencia y seguridad, la función articuladora, formadora y promotora de las embajadas del *hegemón* continental, el protagonismo de los grupos oligopólicos multimediales, la manipulación de la información en las redes sociales, la retórica justificadora, en fin, una variada fenomenología requiere de una explicación crítica comprensiva para situar este nuevo animal en la crisis de la democracia y el estado constitucional de derecho en la región. Para comprender sus efectos en el ejercicio de la autodeterminación democrática de los pueblos, en los derechos humanos y sus garantías. No es posible pensar sobre la suerte de la democracia y el estado constitucional en la región, ni asegurar un servicio de justicia para una sociedad que pretenda adjetivarse como democrática, sin hacer este diagnóstico urgente.

En lo que sigue compartimos unas reflexiones provisionales y abiertas acerca de la situación de América Latina minutos antes de desatarse la pandemia de COVID-19 en curso. No sabemos si la “nueva normalidad” cambiará para mejor o empeorará las cosas, pero es necesario este ejercicio de memoria y balance de la situación en que nuestra región entró a este nuevo escenario. Regímenes de plutocracia electoral neoliberal en la mayoría de la región. Abuso del estado de excepción en varios cuadrantes de Nuestra América para reprimir la movilización popular, regreso del golpe de estado en un formato mucho más semejante al del siglo pasado en el Estado Plurinacional de Bolivia, y en medio de todo esto, caminando a sus anchas, una nueva bestia depredadora: *lawfare*, una contracción gramatical entre *law* y *warfare*, o, tal vez, “guerra jurídica”, traducido al español. Se trata de una brevísima introducción al tema, como ejercicio de preocupación por las consecuencias sociales, por el sufrimiento objetivamente evitable, y más aún cuando ante la creciente deslegitimación se recurre a la represión y criminalización de

la protesta social. El sostenimiento del neoliberalismo frente a sus resistencias pasa por políticas que, disfrazadas de seguridad, tienen también un componente de alineamiento geopolítico continental. Nada novedoso, hasta aquí, en la historia de nuestra sufrida América. Lo que sí es nuevo: los gobiernos que movilizan el aparato represivo del estado contra las movilizaciones populares pueden invocar legitimidad electoral. Lo hacen en marcos formales de estado de derecho y regímenes electorales competitivos. Utilizan partes de las agencias de estado de seguridad e inteligencia, sectores del poder judicial y una complicidad con los grandes grupos multimediales y las embajadas del *hegemón* regional para perseguir y deslegitimar a la oposición política eficaz. A eso se “limitaban”, al menos hasta el reciente golpe en Bolivia, que fue desmantelado por el pronunciamiento contundente de la soberanía popular en las últimas elecciones presidenciales.

Geopolítica y colonialidad del poder en Nuestra América.

Desde hace un tiempo, las ciencias sociales latinoamericanas y podríamos decir, del Sur, han desarrollado una nueva sensibilidad hacia lo que podemos llamar la colonialidad del poder en términos de Aníbal Quijano (Palermo y Quintero, 2014) o el colonialismo actual en términos de Santos, para quien: “En realidad, la colonialidad es la continuación del colonialismo por otros medios, es otro tipo de colonialismo [...] Al contrario de lo que se piensa vulgarmente, la independencia política de las colonias europeas no significó el fin del colonialismo, tan sólo significó la sustitución de un tipo de colonialismo por otros (colonialismo interno, neocolonialismo, imperialismo, racismo, xenofobia, etcétera)” (Santos, 2019, 31) o de Zaffaroni (2015,17), entre otros y otras¹.

¹ Nosotros haremos uso de colonialidad o colonialismo como sinónimos, para significar tanto la matriz social de Quijano, como los tipos de colonialismo de Santos, como la síntesis que realiza Zaffaroni, especificando según los casos o necesidades de ser necesario.

Para Eugenio Raúl Zaffaroni, la “herida colonial”, en última instancia, consiste en nuestra negación por el colonialismo, es, paradójicamente, nuestra común afirmación o definición inicial como latinoamericanos y caribeños: “Contra la negación colonialista nos hemos dado cuenta de que hay algo que nos une y nos ha creado: el colonialismo. Nos estamos dando cuenta de que América Latina es una realidad unitaria y perfectamente reconocible, como producto complejo de casi todas las atrocidades cometidas por el colonialismo en el planeta” (Zaffaroni. 2015, 27).

La epistemología crítica, los feminismos del sur, la matriz de colonialidad y su incidencia en las interseccionalidades de las violaciones de derechos humanos, la mayor conciencia acerca de las tendencias de homogeneización social impuestas o inducidas que niegan la diversidad de identidades culturales, sexuales, etc., están en lugares destacados de las agendas de las ciencias sociales. No tanto en el derecho, que lleva, pese a honrosas excepciones, retraso en este aspecto.

Pero los acontecimientos de la historia reciente regional y continental ponen en evidencia la necesidad de mirar en fuentes más explícitas del discurso colonial actual. Hacer visible lo visible. Por ejemplo, en los documentos de estrategias de seguridad nacional del *hegemón* regional. De sus agencias, tanques de pensamiento conexos, y también de los organismos económico -financieros, aunque aquí se trate de un subtexto por debajo de la jerga con pretensión técnica de la economía neoliberal globalizada.

En el primer caso, como lo viene sosteniendo Atilio Borón no hace falta una sofisticada teoría del imperialismo ya que los documentos son muy explícitos. Ante las tendencias de la declinación relativa de la hegemonía mundial de los Estados Unidos en el plano económico, la mayor presencia de China, Rusia, India, los intentos de algunos países de la región de integrarse desde sus prioridades (UNASUR, CELAC, etc.) y desarrollar políticas posneoliberales en la primera década del siglo, se hacen explícitas las preocupaciones estratégicas de la potencia regional: en 2008, un documento del Consejo Nacional de Inteligencia admitía por primera vez en la historia de los Estados Unidos que su poder global se hallaba

transitando por una trayectoria declinante. En su informe *Global Trends 2025* sostenía “la transferencia de riqueza global y el poder económico actualmente en curso, principalmente desde el Oeste al Este [...] ha sido un factor principal en el declive de los Estados Unidos” (National Intelligence Council, 2008, VI). En otro documento del mismo año, justamente el que develó la crisis económica financiera del capitalismo global más grande desde 1929/30, otro documento del Departamento de Defensa estadounidense, que diagrama la estrategia nacional, sostiene: “El bienestar de la economía mundial depende del acceso a recursos energéticos. A pesar de los esfuerzos nacionales por reducir la dependencia del petróleo, las tendencias actuales indican una dependencia creciente en los próximos años de petróleo proveniente de zonas inestables, y no una menor dependencia” (U. S. Defense Department, 2008).

Estos documentos, como vemos, están redactados en claros y directos términos estratégicos de control de “recursos”, de conflicto, guerras asimétricas, conflictos de baja intensidad, etc. Todas estas fuentes, y otras muchas que por economía textual no referenciamos aquí, coinciden en la idea fuerza de que las estrategias de política exterior de la potencia mundial, deben adecuarse en consecuencia a la magnitud de las tareas y desafíos que debe enfrentar, para mantener su supremacía.

Así, en un memorándum de la Henry M. Jackson School of International Studies (2009) elevado a la Casa Blanca, se propone invertir el orden establecido por los usos y costumbres internacionales, a saber: primero la diplomacia, diálogo y presiones económicas, políticas y, en última instancia, apelar al uso de la fuerza, en su marco de derecho internacional y humanitario. El documento de este influyente *think tank* que referenciamos, invierte la secuencia al recomendar: “Usar la fuerza militar donde sea efectiva; la diplomacia, cuando lo anterior no sea posible; y el apoyo local y multilateral, cuando sea útil”.

Teniendo en cuenta el poder performativo de producir realidad del *hegemon* regional, sin pretender reducir la historia a una monocausa, ni a una teoría conspirativa, manteniendo las pretensiones de comprensión de la complejidad, sin embargo, no podemos negar con mirada alerta

sobre la geopolítica regional, que algunos hechos sucedidos en los últimos años toman una cierta coherencia, iluminada a la luz de la tonalidad de los documentos citados, que son sólo una pequeñísima muestra no exhaustiva sino ejemplificativa a la luz de los objetivos y espacio de este documento.

Existe un contexto del sistema-mundo moderno/colonial capitalista patriarcal que genera las condiciones de posibilidad de la geopolítica, generalmente desde los estados centrales o que aspiran a la centralidad en el sistema mundial, como lo explica José Guadalupe Gandarilla Salgado, el destacado discípulo de Enrique Dussel: “La manera geopolítica de ver el mundo está relacionada con una fase distinta de la humanidad, en el proceso construido por la propia modernidad. Es decir, [...] existe un determinado modo de pensar, que es el modo de pensar geopolítico, que justamente acompaña al nuevo proceso en el que los distintos grupos humanos, organizados en formaciones de heterogéneos grados de complejidad, inauguran un entramado de relaciones que permite hablar de una humanidad en conjunto. Las distintas civilizaciones encararon el proceso de encontrarse, por así decirlo, en ese violento saqueo que significó la conquista de nuestro continente” (Gandarilla Salgado, 2018: 27).

Pero por eso mismo, es un saber que debe ser resignificado estratégicamente desde el pensamiento crítico situado en Nuestra América y el Sur global, para poder ganar márgenes de autonomía, integración social regional, desde proyectos que aseguren las soberanías de nuestros pueblos y sus diversidades, los bienes comunes, y los derechos humanos correspondientes. En suma, para remapear los diseños globales y continentales coloniales.

Asumiendo esta perspectiva, podríamos decir que luego de un leve momento de distracción después del atentado a las torres gemelas del 11-7-2001, en New York, análogo, aunque mucho más corto que el de la segunda guerra mundial del siglo pasado, durante el cual los Estados Unidos se centraron en la guerra en Afganistán, Irak y más recientemente Siria, su atención a partir de 2008 volvió a centrarse en su “patio trasero”. El breve período en que la potencia continental y mundial debió

concentrar esfuerzos en Oriente Próximo, coincidió y sin dudas, facilitó la instalación de un ciclo posneoliberal, encabezado por gobiernos progresistas en la región, que ensayó a través de la diplomacia de las cumbres presidenciales y la puesta en marcha de novedosas instituciones y formas incipientes de integración, ganar márgenes de autonomía para América Latina.

A principios de siglo, la serie de reiteradas victorias electorales de Chávez en Venezuela, Rafael Correa en Ecuador y Evo Morales en Bolivia, la persistencia de Cuba en su resistencia a medio siglo de bloqueos y agresiones de todo tipo, los gobiernos progresistas de Lula en Brasil, los Kirchner en Argentina, el Frente Amplio en Uruguay y Lugo en Paraguay, señalaban un camino de parcial reversión de la heteronomía regional frente a la potencia continental, que, sintomáticamente había sido baliada por el rechazo del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), propuesta estratégica de George W. Bush, en la Cumbre de las Américas de Mar del Plata, en 2005. A esto siguió la puesta en marcha de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), novedoso esquema de cooperación e integración regional sin participación de Estados Unidos y Canadá, que fue clave para solucionar los intentos de golpe en Bolivia en 2008, en Ecuador en 2010, así como para mediar entre Colombia y Venezuela en momentos de tensión.

Estas tendencias regionales motivaron la puesta en marcha de correctivos para asegurar la hegemonía continental. Rápidamente, desde 2007/2008, la estrategia de seguridad nacional de los Estados Unidos vuelve a preocuparse y ocuparse por lo que sucede en América Latina. La reactivación de la IV Flota, la jerarquización del Comando Sur, la multiplicación de bases estadounidenses en la región, sea con fines explícitamente militares o para cooperar en el combate al narcotráfico, emplazadas en lugares estratégicos de la región, son hechos incontestables.

Desde 2007 comienza también una secuencia de hechos que no pueden imputarse solamente a causalidades internas de los diversos cuadrantes nacionales, siendo funcional a esa reafirmación de la hegemonía continental de los Estados Unidos y el restablecimiento de las políticas

neoliberales en la región. Nos referimos al golpe de estado en Honduras, contra el Presidente Zelaya en 2007, el juicio político en tiempo récord y sin las garantías del debido proceso para destituir al Presidente Lugo en Paraguay, a los intentos de golpe en 2008 en Bolivia, al intento de golpe contra el Presidente Correa en 2010 en Ecuador, quien llegó a permanecer unas horas prisionero de las fuerzas policiales, del impeachment sin motivos sustanciales contra la Presidenta Dilma Roussef en Brasil, de la causa armada sin pruebas ni garantías del debido proceso contra el expresidente y precandidato presidencial Luiz Inácio Lula da Silva, y su posterior proscripción electoral, a las causas armadas a través del trípode judicial, mediático y de servicios de inteligencia contra Cristina Fernández de Kirchner y varios ex funcionarios de su gobierno y dirigentes de movimientos populares en Argentina, a la traición de Lenin Moreno al movimiento político que le hizo ganar las elecciones y la posterior persecución judicial contra Rafael Correa y ex funcionarios y miembros de su movimiento político, finalmente, al reciente golpe de estado en Bolivia contra el presidente Evo Morales.



Esta verdadera restauración conservadora en nuestra región coincide y es funcional a una crisis y reconfiguración de las instituciones: la crisis del Mercosur, el virtual cese de la UNASUR, el cerco sobre la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA), la cada vez más evidente funcionalidad de la OEA a la política exterior de los Estados Unidos que se nota en la doble vara hacia los acontecimientos de Chile, Colombia y Ecuador en comparación a lo que sucede en Venezuela y Bolivia. Más específicamente, la actuación de la OEA en este último caso.

Todos estos acontecimientos políticos que nos estremecen como latinoamericanos se producen en un contexto de disputa y reconfiguración del orden mundial que oscila entre una configuración multipolar o una unipolar, que genera incertidumbres e inestabilidades en el escenario global. Se trata de una disputa que coincide con los síntomas de una crisis mundial ecológica, económica y social que nos devuelve en nuestra región y en el Sur global imágenes dramáticas. En esos terrenos se juega la remisión relativa de Estados Unidos como potencia mundial no solo militar, sino también económica y cultural que afecta a todo el continente.

Esta situación genera la necesidad de Estados Unidos de impulsar el alineamiento geopolítico y neoliberal en política económica y en general con las necesidades del mantenimiento y fortalecimiento de su posición hegemónica mundial.

| *Lawfare*: guerra no convencional.

En los últimos años estamos presenciando en nuestra región un fenómeno que consiste en la utilización de sectores del poder judicial con fines de persecución política. Para que ello sea posible se requiere no sólo de jueces cómplices, sino también de medios masivos de comunicación que actúen coordinadamente con esos objetivos.

Los procesos de utilización del poder judicial para intentar deslegitimar, privar de la libertad y proscribir a líderes políticos populares en contextos

de previa condena mediática, no se producen simultáneamente por casualidad. Tienen un contexto y una estrategia que se reitera en estos momentos en los casos de Ecuador, Argentina y Brasil.

Hoy no sería viable legitimar golpes de estado militares como en la época de la doctrina de la seguridad nacional y la escuela de las Américas, pero, cuando se hizo evidente que el mantenimiento de la política de sostener gobiernos de facto “amigos”, traía más costos que beneficios para la política exterior estadounidense, sus tanques de pensamiento empezaron a desarrollar mecanismos de *soft power*. En lugar de formar y apoyar ejércitos que actúen como fuerza de ocupación de su propio territorio, pasaron a influenciar los aspectos simbólicos y culturales en que se moldean las preferencias y agendas políticas de la sociedad.

Término originado hace casi dos décadas surge de la conjunción de *warfare* y *law*, algo así como hacer guerra por medio del derecho. El general Charles Dunlap (2017) de la Fuerza Aérea de los Estados Unidos lo utiliza sistemáticamente con este sentido a partir de 2002.

Actualmente, en el presupuesto del Departamento de Estado de los Estados Unidos el segundo apartado de gastos después del personal diplomático radicado en el exterior, lo ocupa lo que en otra época, la de la Guerra Fría, por ejemplo, hubiéramos llamado “acción o guerra psicológica”, pero hoy denominamos “golpes blandos” o “neogolpes” y nuestro nuevo animal político: *Lawfare*.

Para ello se practica la cooptación y formación ideológica de empresarios, dirigentes políticos, sindicales y sociales, medios de comunicación, periodistas, formadores de opinión en distintos planos culturales como, por ejemplo, el religioso. Por supuesto el financiamiento de viajes a seminarios internacionales de jueces, abogados de las grandes firmas y estudios. La compra por testafierros de agencias de noticias y fuentes de información en distintos formatos para diseminar “verosímiles”, y de esa manera desinformar, resulta también estratégica.

Así, toma sentido la hilación de acontecimientos políticos regionales que comenzaron con el golpe de estado en Honduras, juicio político en tiempo récord y sin garantías del debido proceso contra Lugo en Paraguay, intentos de golpe contra Evo Morales, Rafael Correa, Hugo Chávez, durante sus presidencias, *impeachment* sin fundamento material contra la presidenta Dilma Roussef, procesamiento, privación de la libertad, proscripción electoral sin pruebas contra Luiz Inácio Da Silva, procesamiento y privación de la libertad de varios dirigentes políticos en Argentina, como el exvicepresidente Amado Boudou, la dirigente Milagro Sala, procesamiento y pedido de desafuero de la Senadora y ex presidenta de la república Cristina Fernandez de Kirchner.

El *lawfare* articula difamación para desprestigiar a dirigentes populares, con el objeto de ponerlos en situación de vulnerabilidad, predisponer a la opinión pública a aceptar su pérdida de apoyo y condena mediática que instala una sentencia sin juicio previo, como presupuesto de futuros procesos judiciales que serán llevados adelante por sectores del poder judicial cooptados por, o permeables a, esta estrategia.

Se trata, cuando esta estrategia se utiliza para deslegitimar y proscribir la oposición popular eficaz a los regímenes neoliberales como sucede en Ecuador, Brasil y Argentina, de una guerra contra el pueblo, contra su derecho al desarrollo, sus condiciones dignas de vida como explica Eugenio Zaffaroni en *El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo* (Zaffaroni, 2015). Y a su derecho a la existencia como pueblo soberano, ya que se afectan las condiciones políticas de su soberanía (elegir a sus representantes políticos, procesar, controlar popularmente sus liderazgos), y las materiales (los derechos económicos, sociales y culturales que condicionan la eficacia de una ciudadanía activa y protagónica).

Neoliberalismo y crisis del estado de derecho

En todos estos casos, ya enfocándonos en el plano jurídico, y en un plano meramente ejemplificativo que requiere de próximos estudios más profundos, se producen ataques a las garantías del debido proceso.

Construcción de justificaciones para excepcionar, permanentemente, la garantía de la presunción de inocencia y por lo tanto, justificar el abuso de la prisión preventiva, como por ejemplo, la “Doctrina Irurzun”, así llamada por el camarista federal Martín Irurzun que la usó por primera vez. Es invocada por los magistrados para ordenar las detenciones de ex funcionarios debido a contactos, lazos o relaciones creadas cuando estuvieron en el poder y que, según esta posición, pueden mantenerse aunque los imputados hayan cesado en sus funciones, y de esa forma entorpecer el normal avance de las causas judiciales.

Aplicación de leyes del delator arrepentido, papel que cumplen personas que de lo contrario verían agravada su pena, sin aportar más prueba que su testimonio fuertemente condicionado, en el caso de la ley argentina, por ejemplo, para evitar la privación de libertad. Los delatores arrepentidos deben involucrar en sus declaraciones a personas que tengan igual o mayor responsabilidad de gestión, invocando una suerte de “obediencia debida” producto de una extorsión, de esta forma, empresarios notables (por ejemplo, el primo del expresidente Macri, Ángel Calcatera, dueño de una de las principales empresas concesionarias de obra pública, entre otros), declaran haber sufrido presiones para financiar la campaña electoral del Frente Para la Victoria, la denominación electoral del entonces oficialismo kirchnerista, y recuperan la libertad rápidamente. Pasan en pocas horas y *show* mediático de por medio, de ser imputados en una causa de asociación ilícita para defraudar al estado, a ser “víctimas” de presiones no claramente tipificadas en el desarrollo del expediente.

Los jueces que actúan en la fase de instrucción y en el contradictorio con un sentido marcadamente inquisitorio, emiten declaraciones públicas mediáticas amparándose en el prejuizgamiento de periodistas que construyen estados de opinión pública desde “verosímiles” que carecen de toda seriedad jurídica, pero que se disfrazan de investigaciones del “periodismo independiente” de los grandes grupos multimediales.

Esas declaraciones públicas de los jueces los apartan de la posición de terceros imparciales y objetivos frente a las partes, llegando al

prejuzgamiento, legitimado ante unos medios y buena parte del público, deseosos de satisfacer su necesidad de chivos expiatorios.

Finalmente, jueces que concentran varias causas sobre los mismos imputados y que tienden a prejujgar importando hechos o pruebas de unos expedientes a otros, como si poseyeran un fuero de atracción para perseguir la condena de sus imputados. Vale recordar, que, en el caso argentino al menos, todas estas acciones y “doctrinas” justificatorias, configuran arbitrariedades, violaciones de derechos humanos y posiblemente un conjunto de actos típicos, antijurídicos y culpables, empezando por el prevaricato de los jueces, contrarios a una interpretación jurídica consecuente con el bloque de constitucionalidad vigente, que se base en el principio *pro persona*, la garantía de la presunción de inocencia del artículo 18 de la Constitución Nacional, el abuso del instituto cautelar de la prisión preventiva sin que se den las causas excepcionales para su aplicación, y al artículo 2 del Código Penal Nacional de Argentina que establece la interpretación restrictiva de la ley penal.

Estas peculiaridades del actuar de jueces como Moro, Bonadío, Irurzun, las instancias de alzada como el Tribunal Regional Federal 4 de Curitiba (Proner, Cittadino, Ricobom y Dornelles. 2018) o la Cámara Federal de Comodoro Py, deben comprenderse en contraste con la realidad cotidiana que se vive por el proceso de concentración económica, desigualdad social y empeoramiento de las principales variables económicas y sociales que afectan la vida cotidiana de las poblaciones. Mencionar esto es contraponer la realidad de los efectos de las políticas neoliberales al mundo virtual de la agenda anticorrupción de las *fake news* y el *lawfare*.

Fascismo societal

Debemos repensar que tipo de régimen político padecemos en varios cuadrantes de Nuestra América, basado en la convergencia del poder económico y del poder político, tejido en lazos opacos, pero al mismo tiempo evidentes, entre gobiernos neoliberales deslegitimados socialmente, poder judicial corporativo y dócil, funcional para la judicialización

y criminalización de opositores políticos, especialmente las/los que pueden liderar movimientos políticos con posibilidades de triunfo electoral, corporaciones multimedia que sustentan la incidencia fundamental de la condena mediática desde “verosímiles” sesgados para condenar y deslegitimar la oposición y en último término la política misma.

La antipolítica, la criminalización de la oposición política, se justifican en una cruzada contra la corrupción y en una creciente agresividad que canaliza la frustración que surge de la ideología meritocrática neoliberal, donde el individuo egoísta nada puede esperar que no surja de su propia iniciativa y capacidad emprendedora, nada puede recibir ni pedir del estado y de sus políticas (que se muestran como el lugar de la corrupción per se), ni de la solidaridad social, al mismo tiempo que las consecuencias socioeconómicas de las políticas neoliberales rebajan la calidad de vida de las clases medias y populares, tornando cada vez más inalcanzables los estándares decorosos de méritos y consumos, siempre en alza.

En ese contexto se engendra una forma peculiar de fascismo, ya no como formato visible de la institucionalidad del estado, sino como fascismo difuso y legitimador de la agresividad, del miedo y hasta del odio hacia las diversas manifestaciones del pueblo pobre, colorido y sexuado. De modo que el neoliberalismo desde sus consecuencias sociales alimenta y al mismo tiempo, se legitima desde el fascismo social, difuso, que marca a las y los diferentes, a las y los disfuncionales de la sociedad del mercado, a las y los que resisten, a las y los que promueven otras formas de vivir.

El fascismo social difuso se reproduce en los discursos y prácticas aporofóbicas, xenófobas, homofóbicas, que permite afirmar la subjetividad neoliberal: meritocrática pero al mismo tiempo sometida a una continua frustración que deriva su deseo frustrado de mérito a través del consumo, a la pulsión agresiva que se alimenta de chivos expiatorios que el mismo sistema provee por sus consecuencias socioeconómicas. Un contexto que se apoya en una política que promueve el prejuicio y los sentimientos de odio que encuentran salida por el éxtasis y goce sádico en la construcción mediático -jurídica espectacular de actos procesales

como detenciones, traslados, allanamientos de personas públicas, liderazgos populares, a partir del dispositivo de *lawfare*.

Pendientes. Buscando salidas al estado de posverdad jurídica... repensando el estado

Aquí no tenemos unas palabras conclusivas que cierren el tema sino tareas pendientes para seguir investigando este uso del derecho que podemos llamar guerras jurídicas asimétricas o más sintéticamente, *lawfare*.

Lawfare no es nuevo, se entronca dentro de un repertorio de acciones que hacen a las “guerras de baja intensidad”. Por citar sólo un ejemplo de nuestra historia, para no irnos hasta la célebre y triste acordada de la CSJN de 1930, legitimando el golpe de estado contra Hipólito Yrigoyen, basta recordar que la autodenominada “Revolución Libertadora”, a partir de 1956 promovió 119 causas contra Juan Perón, entonces en el exilio. Claro, pasaba desapercibido este uso del derecho ante la censura directa, la proscripción electoral, las matanzas, fusilamientos y prisioneros políticos, más ante el terrorismo de estado que vendría después de 1976.

Pero destaca en el repertorio de las actuales estrategias y disputas geopolíticas continentales como un recurso para sostener regímenes neoliberales y deslegitimar, si es posible proscribir electoralmente a las oposiciones políticas eficaces al neoliberalismo, en Brasil, Ecuador, se intentó en Bolivia por el gobierno de facto, Chile, Colombia, y en Argentina.

Lo novedoso es el dispositivo que enlaza sectores del poder judicial con las grandes corporaciones oligopólicas de la comunicación e información en un contexto de posverdad que genera también, vía la violación de derechos humanos civiles y políticos y de las garantías del debido proceso, lo que podemos ir llamando un estado de “posverdad jurídico procesal” que orienta los procesos judiciales siguiendo una “presunción de culpabilidad” instalada socialmente. Esto hace “poner coloradas” a las interpretaciones más críticas de la “verdad jurídica” o “procesal judicial” y enfatiza la importancia de la racionalidad argumentativa sobre la verdad

de hechos, la validez jurídica y la sinceridad bajo juramento de ley, propias de un derecho procesal que se oriente desde un paradigma de derechos humanos. Porque la verdad así obtenida bajo las garantías de un proceso público, contradictorio, con presunción de inocencia, no abuso de la prisión preventiva, garantías de la defensa en juicio, producción de pruebas técnicamente para esclarecer la verdad de los hechos, derecho de defensa en juicio, etc., será siempre revisable según los mismos estándares y mucho más idónea, incluso como combate a la corrupción, que la posverdad jurídica del *lawfare*. Claro, mucho más lenta, sobria y menos espectacular mediáticamente. Aquí tenemos un gran pendiente, que hay que realizar en general y caso por caso: confrontar la verdad jurídica procesal obtenida desde un paradigma de derechos humanos con la posverdad jurídica.

Como lo ha explicado Luigi Ferrajoli, las garantías del debido proceso penal, están configuradas en forma de buscar, a través de la aplicación de la estricta legalidad y descripción taxativa y precisa de las conductas que configuran acciones típicas antijurídicas y culpables, así como la verificación que esas conductas rigurosamente definidas y descritas en los tipos penales se han verificado sin dudas en los casos concretos, una verdad jurídica procesal. Se trata de un juicio que surge luego de un proceso contradictorio donde el derecho de defensa en juicio y la rigurosidad científica y técnica en la producción de pruebas, la carga pública de veracidad testimonial, así como la defensa en juicio, hacen a la veracidad o falsedad de la imputación. El proceso penal tiene un carácter especial y rigurosamente cognoscitivo porque sólo sobre esa verdad jurídica procesal que despeje las dudas es legítimo y estrictamente legal privar de la libertad a una persona en el estado constitucional de derecho. *Veritas, non auctoritas facit iudicium* (Ferrajoli, 2000).

Aquí por supuesto se trata de una verdad también relativa, pero que es diversa de los verosímiles de las *fake news* o de las formas inquisitoriales para perseguir y criminalizar a las organizaciones populares y sus liderazgos. Se trata de un uso estratégico de la mediación jurídica pero que es diversa del *lawfare*, ya que parte de un marco ético-político (proyectos de transformación social para los que el derecho es mediación

necesaria), que busca usar el derecho para defender los derechos humanos, los derechos de los pueblos. Un uso alternativo del derecho que abre positivismos de combate, interpretaciones extensivas de derechos, nuevos derechos y reconocimientos del hecho del pluralismo jurídico desde aperturas interculturales y redistribuciones del poder. Ya que a fin de cuentas el derecho es político y los derechos humanos no son regalos, sino procesos históricos, sociales, culturales, institucionales, de lucha por las plurales formas de entender y practicar la dignidad humana.

También resulta preocupante, en las prácticas de *lawfare*, la articulación con servicios de inteligencia que actúan en forma ilegal abusando de sus recursos para espiar a opositores, empresarios, y testigos a los que se extorsiona para obtener testimonios (legalizados en el formato de leyes del arrepentido premiado) contra los objetivos políticos del *lawfare*.

Otro pendiente: carecemos de una teorización del estado regional que de cuenta de esta segmentación parcial de sus instancias y aparatos (poder judicial, agencias de inteligencia y seguridad) que se produce en general, pero sobre todo cuando se instalan regímenes electorales legitimados popularmente. Se trata de una tarea pendiente de las ciencias sociales latinoamericanas, porque, salvo honrosas excepciones que referencian situaciones anteriores como, por ejemplo, Vania Bambirra, Carlos M. Villas, entre otras y otros pocos/as, se echa de menos una teoría del estado capitalista patriarcal moderno/colonial latinoamericano que dé cuenta de estos fenómenos en el siglo XXI, de forma asociada a la condensación de relaciones de fuerzas sociales y la afectación de segmentos del estado en contextos como el que *lawfare* supone.

Si, como sostuvo Poulantzas el estado es una condensación de una relación de fuerzas entre clases y fracciones de clases, (sexos, etnias, culturas, regiones y diversas formas de agrupación social que se “interseccionan”, agregamos nosotros pensando en la diversidad de grupos subalternizados en una matriz de colonialidad que se condensa en el estado regional), es necesario reconocer también que, como lo sostuvo en su última obra *Estado, poder y socialismo* (Poulantzas, 1978), que esa condensación de fuerzas no se despliega en forma homogénea en el conjunto complejo

de la institucionalidad estatal. La existencia de centros de poder relativamente autónomos, la independencia y carácter contramayoritario del poder judicial, el reclutamiento selectivo de sus miembros de entre las clases y fracciones de clases dominantes, su carácter patriarcal y los segmentos opacos del estado regional en el área de inteligencia, muestran esa complejidad del estado que es necesario analizar en cada caso, para comprender y comparar las prácticas de *lawfare*.

Esta articulación entre segmentos estatales, geopolítica continental, contextos de comunicación hegemónicos por oligopolios de la comunicación pero al mismo tiempo por redes sociales donde surgen *fake news*, servicios de inteligencia actuando en forma ilegal, etc., puede entenderse desde la idea de dispositivo de poder, que, como dijimos al principio y tratamos de argumentar más aquí, es útil para comprender la red de relaciones corporativas, geopolíticas, clasistas, ideológico-culturales, etc., que atraviesan la formalidad institucional de unos estados heterogéneos, complejos.

Se trata entonces de un dispositivo que busca un efecto de poder en especial: la desorganización del campo popular, la deslegitimación y proscripción de la oposición, por ello erosiona las bases del estado de derecho y de la democracia, mostrando como la afectación neoliberal de los derechos humanos no pueden diferenciarse del ataque contra la soberanía de los pueblos, entendidos entonces aquí en su sentido plebeyo, como carentes de dimensiones fundamentales de autodeterminación, como articulación de clases, fracciones de clases, posiciones de género, étnicas, culturales y regionales histórica y actualmente subalternizadas en América Latina. Los pueblos como formaciones de alteridades inesenciales en el proyecto hegemónico.

Por eso, al afectar la soberanía popular, los derechos humanos, se trata en el caso del *lawfare* de un dispositivo de colonialidad del poder, entendida como “la continuidad del colonialismo por otros medios”, asociado a la legitimación de las elites neoliberales en la región y a la dominación del *hegemón* continental.

BIBLIOGRAFÍA

- Boron, Atilio. (2014). *América Latina en la Geopolítica del imperialismo*. Buenos Aires. Ediciones Luxemburg.
- Dunlap, Charles. (2017). Introducción a la guerra jurídica (Manual Básico). En: *Military Review*. Agosto.
- Ferrajoli, Luigi. (2000). Garantías constitucionales. En *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, 2. Buenos Aires: EDIAR.
- Gandarilla Salgado, José Guadalupe. (2018). *Colonialismo neoliberal. Modernidad, devastación y automatismo de mercado*. Buenos Aires: Herramienta.
- Henry M. Jackson School Of International Studies. (2009). https://digital.lib.washington.edu/researchworks/bitstream/handle/1773/4635/TF_SIS495E_2009.pdf?sequence=1. En BORÓN, Atilio. (2014). *América Latina en la Geopolítica del Imperialismo*. Buenos Aires: Ediciones Luxemburg.
- U. S. Department Of Defense. (2008). *National Defense Strategy*. <http://www.defenselink.mil/news/2008%National%Defense%Strategy.pdf>, según aparece en CONDE COTES, A. (2009). Soberanía y democracia. A propósito de las bases militares norteamericanas". En *Periferias. Revista de Ciencias Sociales*. 18. Buenos Aires: FISYP.
- National Intelligence Council. (2008, November). *Global Trends 2025. A transformed world*, (VI). Washington D. C. Según aparece en BORÓN, Atilio. (2014). *América Latina en la Geopolítica del liberalismo*. Buenos Aires. Ediciones Luxemburg.
- Palermo, Zulma y Quintero, Pablo. (2014). *Anibal Quijano. Textos de fundación*. Buenos Aires: Eds. Del Signo.
- Poulantzas, Nicos. (1978). *Estado, poder y socialismo*. México D.F.: Siglo XXI.
- Proner, Carol, Cittadino, Giselle, Ricobom, Giselle y Dornelles, Marcelo. (2018). *Comentários a um acórdão anunciado. O processo Lula no TRF4*. São Paulo: CLACSO, Instituto DECLATRA, Projeto Editorial Práxis, Instituto JHF, ABJD.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. (2019). *El fin del imperio cognitivo. La afirmación de las epistemologías del Sur*. Madrid: Trotta.
- Zaffaroni, Raúl Eugenio. (2015). *El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*. Buenos Aires: Madres de Plaza de Mayo-Colihue.

Lecturas

Crítica jurídica y política en Nuestra América
Número 7 · Marzo/abril de 2021

Reseña

Lawfare: Una Introducción

Cristiano Zanin Martins, Valeska Teixeira Zanin Martins y Rafael Valim (2019)

São Paulo: Contracorrente.

Alysson Leandro Mascaro*

El elemento ideológico más decisivo de las sociedades contemporáneas es el derecho, porque impregna la infraestructura y superestructura del capitalismo. Como la apropiación de los medios de producción tiene lugar a través la institución jurídica de la propiedad privada y como la explotación de las masas trabajadoras tiene lugar a través de vínculos jurídicos contractuales, entonces la ideología del derecho es el soporte de las ideas constitutivas y las relaciones básicas del modo de producción capitalista.

Por ser el núcleo de la propia sociabilidad actual, se sigue que la ley se ve como un elemento natural, normal, neutro, separado de la esfera de la producción y la circulación. En cuanto a su tarea, se le toma como

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidade do São Paulo. Doctor y Docente Libre de Filosofía y Teoría General Del Derecho (USP). Es miembro del Grupo de Trabajo CLACSO “Crítica jurídica y conflictos sociopolíticos”. Entre otras obras, es autor en 2013 de *Estado e forma política* (São Paulo: Boitempo), *Estado y forma política* (Buenos Aires: Prometeo Editorial, 2015); en 2018 de *Crise e golpe* (São Paulo: Boitempo); en 2019 de la séptima edición revisada, actualizada y ampliada de *Filosofia do Direito* (São Paulo: Atlas); y en 2020 de *Crise e pandemia* (São Paulo: Boitempo).



Los autores en una presentación del libro junto al expresidente brasileño Luiz Inácio Lula da Silva.

técnico, y sus agentes en el seno del Estado — jueces, legisladores, etc. — se consideran imparciales. Tal lectura roza la ahistoricidad y la naturalización del derecho: donde hay sociedad hay un derecho; el orden es preferible al desorden; el juez es el vocero de la ley, etc.

Cuando el marco de la ideología jurídica es criticado y desmantelado por la ciencia, es entonces cuando se convierte en causa de escándalo antes que el sentido común. Por regla general, las razones de los legisladores se consideran las mejores. Los juicios se toman por correctos, neutrales. Se piensa que la subsunción es el método de decisión jurídica.

Ocurre que, como señalan las filosofías del derecho no juspositivistas, así como las críticas, el derecho se hace y se decide por el poder, no por la norma jurídica. Profundizando, la forma jurídica en sí misma y la

forma política estatal son formas sociales, relacionales, derivadas de la mercancía. No son ni más grandes ni más fuertes que las dinámicas de apropiación y acumulación. La naturaleza estructural del derecho y el Estado es capitalista; sus formas son solo para que sean aprovechadas por el capital.

Cuando estamos en tiempos de reproducción social cotidiana, reina la ideología jurídica. La imparcialidad jurídica y la neutralidad presiden el sentido común. Sin embargo, en momentos de crisis estructural y exigencias económicas, políticas y sociales extremas, la crítica del derecho aparece desnuda. A la cabeza de la crisis actual, hay incluso una figura concreta, lo que se ha llamado *lawfare*.

El libro de Cristiano Zanin Martins, Valeska Teixeira Zanin Martins y Rafael Valim, *Lawfare: una introducción*, recientemente publicado por Editora Contracorrente, es sin duda el estudio más relevante e importante jamás escrito sobre el tema, tanto en nuestro país como en el mundo. Dado que Brasil fue la etapa más decisiva de las actuales guerras jurídicas globales, es también a partir de aquí, debido al trabajo práctico de incidencia y la reflexión teórica resultante, que ahora se produce la conceptualización más sistemática sobre el tema.

El propósito del libro es forjar una teoría sobre el *lawfare*, distinguiéndola de otros problemas de lo que es la reproducción ordinaria del propio derecho, que también está atravesada por impersonalidades, intereses y disputas. Para ello, la causa y el impulso de la guerra jurídica se buscan en la articulación política de la propia sociedad contemporánea, necesariamente interconectada a una disputa entre capital y política. Según los autores, no se trata solo de la competencia, disposición adversativa o disputa entre intereses recurrentes. *Lawfare* es un mayor grado de hostilidad; no es del orden del antagonismo competitivo, sino de la relación entre amigo y enemigo.

La definición propuesta por el libro es que “*lawfare* es el uso estratégico de la ley con el propósito de deslegitimar, dañar o aniquilar a un enemigo”. Cuando se opera con la definición idealista del derecho —promover

valores democráticos e inclusivos—choca el *lawfare* con esta. Un uso estratégico del derecho rompe con la proclamada imparcialidad e igualdad. En este mismo diapasón, el alcance del *lawfare* es someter al enemigo a la opresión, la persecución y el dominio. La frontera entre legalidad e ilegalidad se vuelve borrosa.

El propósito de definir categóricamente el *lawfare* también requiere separarlo de los fenómenos que son contiguos e incluso parcialmente sobrepuestos. El libro confronta el tema con otros tres temas: estado de excepción, activismo judicial y guerras híbridas. Al primero de estos temas, Rafael Valim dedicó una obra de gran protagonismo, *Estado de excepción: la forma jurídica del neoliberalismo* (Contracorriente). Los autores distinguen los dos fenómenos en la medida en que reservan una tipología muy estricta para el estado de excepción: la condición de apartarse de la normatividad en el juicio.

El *lawfare*, cargado de mecanismos jurídicos y normativos, se diferencia de la excepción en la medida en que opera dentro del campo de la legalidad, manipulándolo desde adentro o a partir de sus límites y vacíos. En lo que respecta al activismo judicial, que en las últimas décadas ha ampliado el marco de actuación de los poderes judiciales a nivel mundial, el *lawfare* no se toma como sinónimo, sino como una especie de exceso notable. Finalmente, con respecto a las guerras híbridas actuales, que utilizan incentivos comunicacionales, políticos, religiosos y culturales para cambios forzados de gobierno, el *lawfare* es uno de sus instrumentos preferidos.

La propuesta de *Lawfare: una introducción* es develar el *lawfare* basado en las estrategias y tácticas de combate para las que es una herramienta. A partir de reflexiones de autores extranjeros, el libro señala tres dimensiones estratégicas: geografía, armamento y externalidades. En cuanto a la geografía, el *lawfare* es a la vez un instrumento de geopolítica y, en lo que le es específico, también es una distorsión de jurisdicciones, competencias, foros, magistrados u operadores similares. Así, se manipula la garantía del juez competente y el principio del juez natural.

En relación a los armamentos, el *lawfare* se basa en normas, instituciones y arreglos jurídicos diseñados específicamente para propósitos de persecución. Desde Estados Unidos, instrumentos como la FCPA -*Foreign Corruption Practices Act* (Ley de Prácticas de Corrupción en el Extranjero)- dan la dimensión de cómo se está construyendo ese arsenal jurídico a nivel nacional e internacional.

Finalmente, las externalidades son estrategias fundamentales del *lawfare*: implican preparar el entorno social, cultural y político que permitirá las hostilidades. El uso dado a los medios de comunicación es su mejor ejemplo. La guerra de información y las operaciones psicológicas complementan el cuadro.

En relación a las tácticas, el *lawfare* se basa en diversos mecanismos que responden a estrategias geográficas, armamentistas y de externalidad. En el campo geográfico, el desplazamiento jurisdiccional y la manipulación de las reglas jurisdiccionales son tácticas típicas. Las tácticas armamentísticas son aquellas que permiten artillería jurídica contra el enemigo: denuncias sin prueba material ni justa causa; exceso de encarcelamientos preventivos; falsas incriminaciones a través de delaciones premiadas; excesos en la acusación; método de *carrot and sticks* en las negociaciones penales; el uso del propio *lawfare* contra quienes se levantan en su contra o lo denuncian.

En el campo de las externalidades, el *lawfare* se apoya en tácticas como la manipulación de agendas movilizadoras contra el enemigo —siendo la campaña contra la corrupción la más frecuente—; la creación de decepciones populares; la persecución de bufetes de abogados. Las herramientas internas y externas del *lawfare* permiten identificar los procedimientos y movimientos que le son típicos.

El libro se centra, en su parte final, en algunos casos paradigmáticos de *lawfare*. La primera, la guerra corporativa, se llevó a cabo contra la empresa alemana Siemens, que estuvo involucrada en acusaciones de corrupción en el contexto geopolítico de las persecuciones estadounidenses a Irán en la primera década del presente siglo XXI. El segundo

caso estudiado por el libro es el *lawfare* político, contra el senador estadounidense Ted Stevens. El tercer y más paradigmático caso trabajado por el libro, también de *lawfare* político, es el del presidente brasileño Lula da Silva.

Bajo la jurisdicción de un tribunal federal en Curitiba, los casos relacionados con la llamada operación Lava Jato fueron juzgados por el magistrado Sérgio Moro, luego ministro del gobierno de Bolsonaro. *Lawfare: una introducción* llega incluso a incorporar revelaciones periodísticas del sitio web *The Intercept*, el llamado *Vaza Jato*, que demuestran como se realizó tras bastidores esa operación y las conexiones íntimas entre la acusación y el juicio. El impacto político y económico de ese caso es notorio y sigue su curso.

El análisis conceptual del *lawfare* se presta claramente para desentrañar las claves centrales de la reproducción capitalista contemporánea y su crisis. En *Crisis y Golpe* (Boitempo), insisto en la idea de que, en un modo de producción competitiva dedicada a la explotación y atravesada por contradicciones, luchas y antagonismos, sostenido por una infinidad de opresiones, se erigen la forma política estatal y la forma de subjetividad jurídica como correlatos necesarios de la propia forma mercantil.

La acumulación es el motor del capitalismo y sus instituciones y aparatos. Por lo tanto, el derecho y el Estado no son, y nunca pueden ser, impulsores imparciales de la técnica normativa e institucional que operan. La regla y la excepción se entremezclan repetidamente. El *lawfare* es una manifestación específica de lo general de la juridicidad y lo político. Pero, como manifestación, permite vislumbrar exactamente lo que oculta comúnmente la ideología jurídica.

Ante el *lawfare*, existen dos posibles posiciones críticas: la primera, idealista, es reclamar la regla contra su tergiversación. Se trata del posicionamiento de la ideología jurídica en el mismo lugar de siempre. Hay republicanism, hay legalidad, hay imparcialidad, está el Estado como orden normativo, está la técnica judicial; el *lawfare* es sólo la negación del ideal que se podría y se debería poder alcanzar.

La segunda de las críticas es material: el *lawfare* no es solo producto de mal gobierno, empresarios, abogados y periodistas, es asimismo el margen extremo, siempre posible, del cauce seguido por una sociedad de explotación, opresión, competencia y disputa. Por tanto, no es a través de la crítica moral que se alcanza la naturaleza del fenómeno. Su análisis categorial revela, concretamente, los mecanismos regulares y extremos de una sociabilidad que utiliza y destruye a varios sujetos en favor de un Sujeto causal y final único: el capital.

Reseña

El lawfare: golpes de estado en nombre de la ley

Arantxa Tirado Sánchez (2021)

España: Colección A Fondo, Editorial Akal.

Mylai Burgos Matamoros*



Desde la totalidad social del sistema-mundo capitalista y sus manifestaciones geopolíticas, las relaciones centro-periferias como articulación de la dominación y la hegemonía, y las luchas de clases globales y locales, sin ánimos totalizantes, ni con la intención de propiciar estudios definitivos, la colega Arantxa Tirado Sánchez nos presenta el libro *El Lawfare. Golpes de Estado en nombre de la ley* que con mucho gusto aquí presentamos.

El texto analiza un fenómeno muy específico: las guerras jurídicas que se están llevando a cabo contra líderes políticos de gobiernos progresistas y de izquierdas en América Latina, fenómeno más conocido por el término de *lawfare*.

* Profesora e investigadora de la Academia de Derecho de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México (UACM) y de la Facultad de Derecho de la UNAM, Ciudad de México. Es co-coordinadora, junto a Rodrigo Gutiérrez Rivas, de *Globalización, Neoliberalismo y Derechos de los Pueblos Indígenas en México*, México: IJ, UNAM, publicado en el 2000; y también co-coordinó con Aleida Hernández Cervantes, el libro *La disputa por el derecho: La globalización hegemónica vs la defensa de los pueblos y grupos sociales*, México, CEIICH/ UNAM, Bonilla Artigas Editores, publicado en el 2018, entre otras publicaciones. Es co-coordinadora del Grupo de Trabajo CLACSO “Crítica jurídica y conflictos sociopolíticos”.

El objetivo principal de la investigación pretende demostrar al “*lawfare* como un arma al servicio de la reconfiguración de la correlación de fuerzas en este sistema internacional de posguerra fría, en el que Estados Unidos ve su hegemonía declinar” (Tirado; 2021:26). No es un texto técnico jurídico, es un profundo análisis político y de relaciones internacionales, que pretende ubicar dicho fenómeno dentro del marco de las actuaciones bélicas de Estados Unidos, que, mediante Guerras Híbridas, en el marco específico de lo que se denomina Guerra Psicológica, articula el *lawfare* como una estrategia de contrainsurgencia, con el objetivo de aniquilar los enemigos políticos y recuperar el poder político, ideológico y económico perdido en nuestros países latinoamericanos. En este sentido, para el objeto de estudio, la autora contextualiza el marco bélico, teórico y práctico en el que se están desarrollando estas guerras jurídicas.

Para estos fines la investigadora nos brinda un recorrido analítico de cuándo, cómo y por qué surge el *lawfare*, cómo opera, de qué mecanismos se sirve y qué impactos tiene en las sociedades y en el sistema internacional actual, pensando desde un marco global de luchas de clases, con América Latina como protagonista del enfrentamiento geopolítico frente a Estados Unidos.

Hay una pregunta latente que se ubica en todo el texto, ¿por qué líderes de América Latina han sido objeto de *lawfare* en los últimos años? La respuesta es concluyente.

El *lawfare* ha sido aplicado sobre estos líderes por ser los adalides de gobiernos progresistas y de izquierda de diferentes signos que emergieron desde los inicios del siglo XXI. Desde estos proyectos políticos institucionalizados se concertaron políticas claras: antineoliberales, soberanistas, algunas de corte antiimperialistas; coaliciones estratégicas internas y regionales en lo político, económico y social basado en premisas de solidaridad y no de dominio. Lo anterior, con las respectivas consecuencias de freno al neoliberalismo que implicó detener la apropiación de territorios con su debido despojo de recursos naturales y estratégicos, fundamentales para los dominios económicos y tecnológicos de las élites dominantes del capital (sobre todo estadounidenses que caminan

junto a otras del norte global). Además, estos gobiernos se acercaron a otros espacios de poder del sistema mundo capitalista, como China y Rusia, que disputan poderes con el vecino norteamericano en materia económica, tecnológica, financiera y militar a nivel global.

El proceso de transformaciones en nuestros países latinoamericanos propició el cambio de la correlación de fuerzas continentales, lo cual constituyó un muy “mal ejemplo” para la región y el mundo, lo que habría de frenarse a toda costa (Tirado, 2021: 120). He ahí donde la autora nos muestra que, bajo esta lógica, países como Brasil, Argentina y Ecuador son sometidos a procesos de *lawfare* contra sus dirigentes políticos progresistas. A la vez, otros países, como Venezuela, Bolivia, Honduras y Paraguay, han sido objeto de diferentes agresiones, desde golpes de estado a guerras híbridas de manera permanente, donde los ámbitos políticos jurídicos han jugado un papel sustancial. La investigación sobre lo ocurrido en estos países, sus casos más relevantes, resultados, articulaciones y consecuencias, se muestran en la segunda parte del estudio en cuestión.

El libro que Arantxa Tirado nos ofrece, con una escritura fluida, que te atrapa por el tejido que hilvana el intríngulis de estos fenómenos político-jurídicos, con elementos teóricos, reconstruidos en su decursar histórico, en interrelación con acontecimientos, engarzados a leyes, programas de diversa índole, sucesos como invasiones militares, es contundente, sin ambages en sus hipótesis y argumentos.

Nos relata durante una primera parte los orígenes del *lawfare*, desde su etimología, hasta cómo se fueron construyendo disímiles conceptos, entre apropiaciones, resignificaciones, simplificaciones, aportando una construcción genealógica del mismo.

Partiendo de su génesis en el ámbito militar estadounidense comenta como los propios analistas de este país han ido aclarando el término desde sus objetivos pragmáticos al definir que el *lawfare* es una estrategia que usa o mal usa la ley como sustituta de medios militares tradicionales para lograr un objetivo operacional, la cual debería ser incorporada al

sistema de defensa de Estados Unidos. Al ser usada la ley para detener liderazgos enemigos, reduce efectos negativos de lo que se denomina la guerra abierta, y junto a otras estrategias dentro de la guerra híbrida, como pueden ser las sanciones económicas internacionales, se disminuyen las capacidades militares del adversario. Además, conciben que las guerras jurídicas no deben ser usadas por terroristas contra Estados Unidos, ya sea mediante su propio sistema jurisdiccional o las instancias internacionales por violaciones de derechos humanos, aunque si admiten que podría ser utilizado para hacer denuncias como los sucesos de las cárceles de Abu Ghraib, pues esto afecta la imagen del país ante labores militares futuras (Tirado, 2021: 48).

La autora reconoce que existen otras formas de definir el fenómeno del *lawfare*, incluso enmarcados en procesos que tienen objetivos muy diferentes a los analizados en su escrito. Afirma así la existencia de un *lawfare* que se le podría denominar insurgente, que sería lo que denominamos en el pensamiento jurídico crítico, un activismo judicial (ético-político) que pretende mediante decisiones judiciales disminuir las asimetrías sociales y económicas de poderes dominantes respecto a grupos vulnerables. Esto también se ha denominado uso alternativo del derecho.

También apunta la existencia de un *lawfare* económico, que sería el uso de leyes comerciales y de inversión por actores económicos para defenderse contra un rival en este ámbito; o el corporativo donde las grandes empresas usan la legislación local o internacional para evitar procesos judiciales que les imputen responsabilidad administrativa o penal como pueden ser casos ambientales, por ejemplo.

La crítica a estas definiciones es que estos procesos no se recogen intenciones políticas y bélicas, con el objetivo claro de aniquilar al enemigo. Lo que ocurre en ellos es el uso y abuso de los tribunales para solventar conflictos que pudieran ser resueltos por otras vías. Es un litigio entre partes, donde puede haber propósitos legítimos (uso alternativo del derecho) o ilegítimos, todos destituyentes, deslegitimadores del orden existente, con intención de darles diferentes sentidos a la legalidad.

Lo relevante para la colega internacionalista y latinoamericanista es la dimensión geopolítica de las guerras jurídicas, como ellas son en sí una estrategia bélica multifactorial y de amplio espectro para el aniquilamiento del enemigo en aras de la reconfiguración política-económica. Es una herramienta legal para la guerra, una estrategia militar innovadora, incluso para la contención internacional (Tirado; 2021:51). Las batallas legales sustituyen métodos de guerra convencional, son más efectivas, menos costosas. Tiene la apariencia de legitimidad porque usan causas legales, podría decirse que hasta nobles, como la lucha contra la corrupción, pero con fines de dominación, en este caso de los poderes fácticos del capitalismo mundial.

El uso de estas estrategias legales tiene consecuencias muy favorables para quien las ejerce al aniquilar a su enemigo del campo político, pero también en el simbólico, por la denostación mediática, la construcción de narrativas que se realizan del caso y sus protagonistas mediante los medios de comunicación y su propagación por las redes sociales. Esto implica consecuencias de mayor trascendencia, porque incide no sólo en el momento electoral en cuestión, sino en el liderazgo a futuro, en el proyecto político, sea gubernamental o de algún movimiento social que lo sostiene.

En el texto se refleja que el *lawfare* como operación militar tiene tres dimensiones: la geográfica que implica ubicar qué tipo de tribunales, cuáles jueces se van a usar para ganar el caso; la armamentística que implica la elección del arma, qué tipo de recursos jurídicos deben usarse, sean procesales, normativos, instancias, etc.; y, por último, las externalidades, que es el entorno dónde se despliega la operación, en este caso sería el uso de los medios de comunicación, las redes sociales, que construyen narrativas y consensos propiciando un clima de presunción de culpabilidad del enemigo y legitima toda la persecución política.

Además, estas batallas legales operan teniendo en cuenta el *timing* político, la reorganización previa del aparato judicial, el doble rasero de la ley y el papel de unos medios de comunicación masivos dominados por élites que legitiman las operaciones, citando a Silvina Romano (Tirado,

2021: 51), autora de origen argentino que también ha realizado análisis sobre estos fenómenos. Hay que destacar que uno de los elementos de la forma jurídica en el neoliberalismo es propiciar marcos jurídicos e institucionales (jurisdiccionales) mediante los cuales se puedan realizar este tipo de procesos judiciales. En el período neoliberal se han realizado reformas a los sistemas de justicia penal, se han aprobado normas jurídicas que declaran estados de excepción permanentes en contradicción con los derechos humanos, como el debido proceso, todo, bajo el manto de las lógicas sustentadas en la seguridad nacional.

He aquí un punto muy importante en el libro, que hace visible el engarce entre las instituciones jurisdiccionales, las normas jurídicas, el ámbito educativo del derecho y su articulación con la política, el cual ha hecho posible que tengan éxito las guerras jurídicas en nuestros países latinoamericanos, y que la autora denomina de manera certera el Imperialismo Judicial.

Es un hecho que para articular el *lawfare* necesitas allanar caminos previos e ir armando otros en paralelo durante el proceso. Este análisis, en el marco geopolítico de las relaciones de Estados Unidos con América Latina abre un campo de investigación que el libro nos esboza como guía, ofreciéndonos la llave de una puerta para develar operaciones laberínticas, durante todo el período neoliberal, entre los sistemas institucionales del derecho del vecino del norte para con nuestros países.

Apoyados en programas de promoción de la democracia, derechos humanos, combate contra la corrupción, luchas contra grupos criminales, todo, supuestamente a favor de la seguridad, se establecen acuerdos de cooperación intergubernamentales, interinstitucionales (poderes judiciales, escuelas de derecho, organizaciones de la sociedad civil), donde se generan procesos de asistencia, cooperación, cursos formativos o específicos sobre determinados temas que van de la mano de las reformas neoliberales. Las materias penales y electorales llevan la vanguardia. Se puede rastrear con evidencia las reformas del sistema de justicia penal, cambios en su funcionamiento sistémico, de inquisitorio a oral, regulación de nuevos delitos, normativas que violentan el debido proceso

justificando que son casos vinculados a procesos graves como es la corrupción y las asociaciones delictivas (grupos), todo fomentado, asesinado desde su génesis hasta su implementación, por las instituciones de Estados Unidos.

Todo lo anterior se realiza bajo el manto de una tríada: la corrupción estatal, los grupos de criminalidad y la inseguridad, que en la práctica propician “graves problemas de seguridad”, incluso acciones terroristas que afectan los intereses estadounidenses, sean en su territorio o en los nuestros. El libreto está establecido, se ha ido practicando, con paciencia y dentro de una madeja compleja de entidades y procesos visibles o no.

Ya preparados los sistemas jurídicos, pueden usarse a modo. Para esto se escogen jueces formados especialmente en estos programas. Con personalidades egocéntricas como la del juez Moro brasileño, con evidente parcialidad, van manejando información y pruebas durante el proceso judicial, manipulan, construyen falsedades, armando así juicios exitosos que tienen el objetivo de aniquilar el enemigo, sacarlo de la contienda electoral, pero también de asesinar su reputación, estigmatizando su persona, su familia, y todo lo que representa políticamente, es decir, el proyecto político que es el verdadero objeto de disputa para su extinción.

El libro en cuestión nos sirve la mesa en estos puntos, justo para que los juristas que nos interesa la investigación político-jurídica sostengamos los hilos, reconstruyamos procesos, armemos mapas, y demos visibilidad de cómo funcionan nuestras instituciones del derecho, y sus consecuencias para la vida de nuestros pueblos, de sus proyectos políticos, votados y decididos por ellos mismos.

Otro camino que nos abre la investigación es el arte de la manipulación vinculada a los procesos jurídicos.

Esta ocurre mediante la selectividad de los casos, con temáticas muy sensibles socialmente que generan rechazo social y, por ende, propician cierta inmovilidad para luchar contra lo que está sucediendo. Para esto

han usado la temática de la corrupción estatal. Fenómeno que genera mucha repercusión en nuestros países por la abismal desigualdad en la que se vive, incluso en la que apenas se sobrevive. La autora, con mucho tino, nos expone argumentos que nos convidan a la reflexión: el fenómeno de la corrupción es estructural al funcionamiento del sistema capitalista, por tanto, su análisis lleva más que la existencia de un caso jurídico; nunca se juzga a la otra parte, al actor privado que brinda la “mordida”, que propicia el cohecho, que se articula para la apropiación de los recursos públicos; la exposición de los ámbitos estatal y público como intrínsecamente corruptos e ineficientes, dejando al privado como impoluto, eficiente, generador de empleo y no de burocracia, cuando sabemos que justo las políticas neoliberales lo que propiciaron fue la potenciación del despojo de todo lo público por el sector privado, siendo la corrupción el eje de sus actuaciones.

A esto se le suma el uso de los medios de comunicación y su expansión inconmensurable mediante las múltiples redes sociales, antes y durante el proceso judicial va montando el espectáculo de la justicia. Es realmente una batalla campal la que se vive entre la (des) información y manipulación de los medios de comunicación apropiados por las élites interesadas en hacer caer los proyectos políticos progresistas porque fueron afectadas por ellos, y las redes sociales donde pululan la falsedad, superficialidad y la fragmentación.

Los procesos de *lawfare* como guerras jurídicas tienen un dispositivo consustancial que funciona previa y paralelamente: el uso interesado de la información. La dosifican para que surta mayores efectos en momentos determinados del proceso, rolan noticias falsas sin sustento pero creíbles dentro del ambiente procesal, generan climas de linchamientos mediáticos que juzgan antes de que haya avanzado mínimamente el proceso judicial en sí. Intentan así convencer a las poblaciones de que es correcto el enjuiciamiento, apelan a emociones personales y colectivas que nos convierten a los pueblos, en vez de luchadores por la justicia, por los derechos, por lo público, en espectadores y consumidores de un *reality show* de la justicia.

Todo esto trae el libro que aquí se presenta. Los invitamos a todos y todas a leerlo, estudiarlo, pensarlo. Es una exposición clara y concisa, que se traslada de la teoría a la realidad, pasando por la historicidad de los procesos políticos que hemos estado viviendo en América Latina en los últimos años, haciendo la vinculación geopolítica con Estados Unidos, como espada de Damocles insostenible en nuestra existencia política y económica.

El texto es una guía que nos otorga herramientas para pensar otros espacios políticos de nuestra América donde se pueden prever comportamientos similares actuales y futuros. Es un llamado de atención a no perder de vista la totalidad social, la historicidad que hemos tenido y en la que estamos conviviendo. Es una alerta a la confusión intencional o no, de los que pregonan que el *lawfare* es una teoría conspiracionista y creen fehacientemente en la neutralidad, la apoliticidad del derecho y sus instituciones judiciales.

A la autora, Arantxa Tirado Sánchez, la felicitamos, por su trabajo intelectual comprometido con la verdad, por su militancia a favor de los desposeídos y contra los poderes capitalistas que nos oprimen, por aportar en este devenir liberador que no es definitivo, pero si continuo, a la transformación del mundo, y específicamente de nuestros pueblos de América.



Boletín del Grupo de trabajo
Crítica jurídica y conflictos sociopolíticos

Número 7 · Marzo/abril 2021