

ALGUNAS  
CONSIDERACIONES SOBRE  
EL FENÓMENO LAWFARE  
(*Guerra Jurídica*)

*El siguiente informe, realizado por abogados y abogadas de la Provincia de Buenos Aires, contiene fragmentos de elaboración propia y fragmentos extraídos de artículos, doctrina, y jurisprudencia referida al tema.*

*Buenos Aires, Mayo 2018.*

# ÍNDICE

1- BREVE REPASO HISTÓRICO Y CONTEXTO ACTUAL.....	3
2- PROTAGONISTAS.....	10
3- MODUS OPERANDI.....	11
4- EL VERDADERO FIN.....	14
5- EL EJEMPLO DE CLARÍN Y LAS CONCESIONES.....	17
6- ANALISIS DE NUEVAS NORMAS JURÍDICAS.....	19
7- SISTEMA INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	33
8- EL CASO LULA.....	39
9- CONCLUSIONES.....	45

## 1- Breve repaso histórico y contexto actual

Previo a adentrarnos en la aplicación de las técnicas de Lawfare específicamente en el Derecho argentino, ya desde antes de la asunción presidencial de Mauricio Macri, y con más fuerza a partir de esa fecha, resulta necesario establecer algunas precisiones sobre el liberalismo como corriente política y jurídica, y sobre el sentido con que diseñó el Poder Judicial. Es imprescindible este pantallazo porque los gobiernos nacionales y populares surgen en el marco de una tensión entre la ruptura y la evolución respecto del orden liberal. Lo primero se observa con claridad en el plano económico, donde se abandona la teoría de la mano invisible del mercado como principio ordenador de pensamiento, dando paso a una fuerte intervención a favor de los sectores más necesitados de la sociedad, para así corregir las desigualdades que el mercado crea si funciona librado a su dinámica natural. Lo segundo podemos detectarlo, por caso, en nuestra propia Constitución Nacional: es imposible pensar el derecho a agremiarse de los trabajadores, artículo 14 bis, sin la existencia anterior del artículo 14, que consagra los derechos a asociarse con fines útiles y a peticionar ante las autoridades. Es decir, el Estado Social de Derecho captura en ese aspecto una noción propia del liberalismo y la resignifica en sus propios términos.

Pero el liberalismo elaboró defensas para el caso de que nuevas tendencias doctrinarias lo cuestionaran en algún momento. Son las que operan en el caso de Lawfare.

\* **La Fundación FAES** es un foro arquetípico del liberalismo en España. Presidido por el jefe de gobierno de aquel país José María Aznar, lo que hace innecesario mayores caracterizaciones sobre la entidad, en su web hace conocer que entre sus propósitos figuran la defensa de ideas como las de libertad de mercado. Para ello, organiza numerosa cantidad de actividades. Una de las de mayor repercusión es la realización de disertaciones en las que exponen diversos representantes del credo liberal. Varios de ellos son figuras que han saltado a la fama por su oposición a los gobiernos sudamericanos de comienzos del siglo XX, como Álvaro Vargas Llosa o María Corina Machado. El propio Aznar suele recorrer el mundo denostando las experiencias lideradas por Néstor Kirchner y Cristina Fernández de Kirchner, Hugo Chávez, Luis Inacio Lula Da Silva, Rafael Correa y Evo Morales. En la edición 2013 expuso en uno de sus paneles el periodista argentino del diario La Nación y el Grupo Clarín Carlos Pagni. Recurrimos a él porque suele ser sencillo, didáctico

y, desde luego, muy claro en cuanto a los postulados que defiende. En sus palabras encontramos definiciones muy ricas sobre el pensamiento a desentrañar.

Pagni dice allí sobre el liberalismo, primeramente, que su mayor aporte histórico ha sido lo que llama privatización de la verdad. Esto es, que el orden público ya no se rige por verdades, textos sagrados, textos metafísicos; por caso, la religión. Se ha reemplazado el criterio de verdad por una regla de validez: gobierna quien tiene más votos. Pero, alerta inmediatamente, eso puede derivar en lo que califica como mayoría equivocada. Y el remedio, agrega, en tal hipótesis, tiene dos caras: la periodística, de ahí los fueros constitucionales para la prensa (que nuestra ley fundamental incluye por inspiración de su equivalente estadounidense), *“para que todo pueda decirse”*; y la independencia de la justicia, es decir, confiarle la interpretación de la ley a un poder *“que deliberadamente es conservador: no se elige por la mayoría, se requiere título habilitante para ejercerlo y ese título se expide en las universidades más conservadoras, que son las de abogacía”*. ¿Por qué?, se pregunta. Y se responde a sí mismo: *“para preservar los derechos de la posibilidad de una mayoría equivocada a través de un poder al que se independiza de esa mayoría.”* Asegura que los gobiernos que en aquel año todavía eran mayoría en nuestro continente ponían en crisis este edificio conceptual, cuya base, sostiene, es la preservación de los derechos de las minorías. *“Está en juego la definición de democracia”*, concluye.

Alexis de Toqueville también se refería a la necesidad de diseñar cuidados respecto de una posible mayoría equivoca. En su Francia natal, decía, existía la tradición, un surco histórico que modela, modera, disciplina a las mayorías. En EEUU, cuyo nacimiento observaba, al todavía no existir en aquella época tradición por obvias razones --recién se estaba constituyendo--, se la reemplazaba con la asociatividad. El liberalismo entiende al mercado, al que imagina como multiplicidad de individuos intercambiando libre y espontáneamente, como muro de contención contra la política, porque entiende a ésta siempre tentada con la supresión de libertades. De ahí las apelaciones contra lo que el liberalismo ha denominado grieta, que los populismos promoverían para quebrar la asociatividad, y, por ende, a renglón seguido, las autonomías.

Hannah Arendt, pensadora siempre citada por el liberalismo, escribió que el poder de los totalitarismos comienza con el secreto. Aquí se apoya el relato sobre la libertad de prensa, cuya misión, según la doctrina liberal, es perseguir el ocultamiento de los gobiernos.

Alexander Bickel en Estados Unidos y Roberto Gargarella en Argentina son otros que han escrito sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial. Bickel precisa que Alexander Hamilton y el cuarto presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, John Marshall, invocan al pueblo para justificar la revisión judicial cuando, en realidad, lo que hacen es justificar una frustración de esa voluntad. El control que ejercen no favorece a la mayoría, sino que la contradice. En uno de sus primeros libros, *La justicia frente al gobierno*, que escribió en 1996 recién concluido su doctorado en Chicago y su post doctorado en Oxford, Gargarella sostiene que la silenciosa sustitución de la voluntad popular por los jueces está en el origen del Poder Judicial estadounidense, esquema que la Argentina importó. En asambleas populares que presionaban a las legislaturas locales el pueblo resistía el pago de deudas agobiantes. El establishment respondió confiriendo un poder desproporcionado a la justicia. Para Hamilton no había tiranía más opresiva que la de “una mayoría victoriosa”, propensa a seguir a “demagogos y politiqueros”. De este modo, el poder democrático de las legislaturas fue presentado como si fuera un instrumento de tiranía y opresión. Gargarella explica que cuando Madison abogó en la Convención Constituyente por los derechos de las minorías, sólo se refería al “núcleo de los más favorecidos de la sociedad” que integraban los acreedores y grandes propietarios. El “grupo selecto y fiable” del Poder Judicial controlaría los atropellos de las legislaturas y sus decisiones serían independientes de las que pudiese producir el debate público. La exacerbación de este cuadro ante las reformas del New Deal llevó al presidente Franklin D. Roosevelt a decir en 1937 que la Corte Suprema había asumido el rol de una tercera cámara del Congreso, al punto de que era preciso “salvar a la Constitución de la Corte y a la Corte de sí misma”. Roosevelt fracasó en el intento y el modelo de Hamilton quedó consagrado en forma definitiva. Los fallos de la Corte estadounidense están en sintonía con los intereses de las grandes empresas. De hecho, para avanzar algo con el New Deal, que suponía un giro radical en la concepción de la economía en su país, Roosevelt debió ceder en la agenda de derechos civiles.

En Argentina, el máximo tribunal convalidó por acordada el primer golpe de Estado moderno contra Hipólito Yrigoyen cuando éste, por los votos de su reelección, se había quitado de encima las trabas que le ponía el Senado de mayoría conservadora en su primer turno. En octubre de 1945, quienes habían participado en la marcha de la Constitución y la Libertad del reclamaron que se transfiriera el poder a la Corte. Estaba en juego frustrar el avance de los sectores postergados de la sociedad en las decisiones estatales que materializaba el coronel Juan Domingo perón. Se sugirió que el entonces procurador general Juan Alvarez asumiera el Poder Ejecutivo.

Alvarez intentó formar gabinete y llevó su propuesta a la Casa Rosada en la tarde del 17, pero, como se sabe, los acontecimientos giraron significativamente en dirección opuesta.

Podría abundarse en cuanto a citas históricas, pero con lo expuesto hasta aquí es suficiente para tener en claro la combinación de poder judicial y prensa como freno a las mayorías, lo que no necesariamente quiere decir que ésta siempre se vea reflejada en un resultado electoral, sino que se trata de una mayoría sociológica. Por decirlo de alguna manera, de los segmentos de la sociedad que no integran los círculos del privilegio. Se trata de obturar cualquier impugnación al statu quo, y de eliminar del juego político a los agentes que la intentan. Hablar de política no es ajeno a lo jurídico desde que la reforma constitucional del año 1994 estipuló a los partidos como agentes fundamentales de la democracia, en respuesta a la enorme cantidad de interrupciones institucionales que vivió el país a lo largo de su historia. No es menor esta aclaración en el marco de un poder judicial que acaba de intervenir el principal partido de oposición en Argentina.

Como veremos a lo largo del presente informe, el termino **LAWFARE** es relativamente nuevo y ha tomado transcendencia luego de que ha sido utilizado y visibilizado por la persecución judicial contra la ex presidente Cristina Fernández de Kirchner.

Que se le haya dado este término hace poco tiempo no quiere decir, como ya vimos, que este proceso mediático - judicial no se haya desarrollado a lo largo de nuestra historia latinoamericana. En este sentido, se han imputado los delitos más graves a los líderes regionales, ya desde un par de siglos atrás, tomando como ejemplo a José de San Martín quien fue el primero en ser acusado de ser un traidor a la patria y corrupto por el Sr. Rivadavia. Pasando, también, por ser sindicado como pedófilo tiempo después.

Otro caso es el del ex presidente radical Yrigoyen, quien fuera acusado previo a ser derrocado -y después también- de malversación de caudales públicos. ¿Adivinen que dictaminó la justicia luego de no poder probar dicho delito? Absuelto de culpa y cargo, pero ya había sufrido su destitución y todo tipo de agravias por parte de la prensa.

Continuando la línea histórica el siguiente líder que sufrió el lawfare fue el General Juan Domingo Perón, tres veces elegido por el pueblo para ejercer el cargo de Presidente de la Nación y exiliado durante 18 años de su vida. Fue víctima de este sistema desde antes de asumir su primera presidencia, cuando la diplomacia norteamericana decide intervenir, de cara a las elecciones a

realizarse en Febrero de 1946, imputándole al gobierno argentino y, más precisamente a Perón, que eran nazi – fascistas, que habían apoyado el derrocamiento de otros gobiernos regionales y facilitar con la estructura alemana de guerra. Este documento fue conocido como “El Libro Azul” y fue reproducido por la prensa, dando por ciertas estas acusaciones y a su vez por la Unión Democrática para hacer campaña electoral. Bien claro tenía Perón la importancia y así lo hizo notar en el último discurso que dio antes de que se realicen las elecciones: *“Somos pobres como ratas. Nosotros no aceptamos cheques, no tenemos dinero y carecemos de todos los medios”*. Este desgaste continuó a lo largo de todo su mandato hasta su derrocamiento, momento en el que se resumen todas las imputaciones que se le hicieron en esos años: traición a la patria, dictador, el monopolio de la prensa, el servilismo de los órganos judiciales frente al Poder Ejecutivo, la intensa publicidad desarrollada a través de los medios de difusión y los colegios, así como un alto grado de corrupción y violación de las normas y preceptos propios de una comunidad civilizada. Todas estas clases se acusaciones fueron impartidos por una comisión investigadora que dependían del Contra Almirante Isaac F. Rojas.

De común denominador se podrá apreciar que todos los graves cargos de los que fueron acusados, tanto por la prensa como por la justicia (que a su vez se retroalimentan de datos y pruebas falsas), nunca lograron probárseles en juicio. Pero el cometido ya estaba cumplido como es manchar la imagen pública de estos grandes dirigentes populares.

Analizando ya el contexto actual, el proceso de extralimitación judicial comenzó a mediados del segundo mandato de Cristina Fernández de Kirchner, aproximadamente. Fue una de las tantas maniobras del establishment por posicionarse en función de la sucesión de 2015. Es a la luz de tal contexto que debe analizarse el rol que el Poder Judicial ha ido adquiriendo a partir de esa fecha. La cuestión se complejiza en el caso argentino, en un matiz respecto de episodios similares que se están registrando en otros países de la región, porque el actual gobierno venció en las urnas. Claro que el rol de justicia y medios de comunicación en tal epílogo fue crucial, lo que muchas veces desemboca en una competencia entre el Poder Ejecutivo y los jueces por la conducción del nuevo ciclo histórico. Sobre todo, en el marco de decisiones concretas del presidente Mauricio Macri en dirección a ampliar las facultades judiciales y, muy sensiblemente, de los servicios de inteligencia, dato no menor teniendo en cuenta la relación que entre ambos estamentos es tan íntima que a veces se hace difícil distinguir uno de otro. Esto tuvo como objetivo complicar judicialmente al anterior elenco gubernamental; mejor dicho, a aquellos miembros de tal colectivo que no aceptan acordar un nuevo marco programático con el nuevo gobierno. Pero dado que los jueces se han

independizado y avanzado a un grado tal que ya funcionan con dinámica propia, sus decisiones a veces, cuando así lo requiere la situación, afectan también a la administración Cambiemos. Claro que en otro sentido, ésta es una disputa entre diversas facciones del establishment. Pero los precedentes judiciales son peligrosos para todos por igual, y lo más preocupante es que se valen de derechos fundamentales como instrumento de combate.

Conviene recordar, a estos efectos, que el presidente de la Corte Suprema, Ricardo Luis Lorenzetti, afirmó, a principios del año 2015, que los jueces “ponemos límites al gobierno de turno”, algo que en realidad hace la Constitución Nacional, y no sólo respecto del Poder Ejecutivo sino también de los dos restantes. Y no es menor que, en su rol de miembro de la comisión redactora del nuevo Código Civil y Comercial, haya borrado dos títulos preliminares del viejo Código de Comercio, cuya lectura otorga pauta acerca de las barreras de las que Lorenzetti quiere liberar a sus pares. Aquel texto fue sancionado en el año 1889 por un Congreso nacional cuya cámara alta presidía Julio Argentino Roca, quien tres años antes había concluido su primer mandato en Casa Rosada, siendo sucedido por su copartidario Miguel Juárez Celman. El título preliminar III prohibía a los jueces “expedir disposiciones generales o reglamentarias, debiendo limitarse siempre al caso especial de que conocen”. Y el IV agregaba que “sólo al Poder Legislativo compete interpretar la ley de modo que obligue a todos”. Esto que no subsiste en el nuevo CCyC marca el avance judicial en Argentina: los magistrados no quieren ceñirse a los expedientes que tratan sino intervenir directamente en el gobierno de la nación.

No se quedó allí Lorenzetti. Cuando su influencia en el cuerpo que preside creció por los fallecimientos de Carmen Argibay y Enrique Petracchi, el cese de Eugenio Zaffaroni, la pérdida de la razón de Carlos Fayt y distintas dolencias que redujeron en sus funciones a Juan Carlos Maqueda y Elena Highton (o sea, durante el tiempo en que la Corte dejó de ser un tribunal colegiado para convertirse en otro en el que sólo contaban las aspiraciones de Lorenzetti), dictó un fallo que grafica a la perfección el desdibujamiento funcional que se propone. El 14 de abril de 2015 la Corte desestimó una queja de la provincia de Tucumán contra una resolución de la Corte Suprema provincial sobre los artículos que la Convención Constituyente de 2006 dedicó a los procedimientos para reformar la propia Constitución, al Consejo de la Magistratura y al Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. La Corte nacional dejó firme la resolución del Superior Tribunal tucumano, pero en sus considerandos expandió el concepto de caso judicial y de legitimación hasta un punto en que la Corte Suprema se coloca a un paso del control de oficio, incluso de las decisiones de una asamblea constituyente. En el considerando 9 afirma que en “situaciones excepcionalísimas”, cuya

apreciación queda librada a la opinión de los jueces supremos, cuando se denuncian lesiones “a la esencia de la forma republicana de gobierno”, la simple condición de ciudadano legitimaría a actuar en defensa de la Constitución amenazada, lo que implicaría admitir la acción popular. Pero en el considerando 12 aclara (o se contradice) que se trata de la acción aristocrática: no está legitimado cualquiera, sino alguien con ciertas características institucionales. En este caso es el Colegio de Abogados de Tucumán; en general, quien la Corte Suprema decida. Extendiendo el concepto de causa y de legitimación, se abre la puerta a la impugnación de cuanta medida de gobierno se quiera a través de elementos de la sociedad civil contrario a tales hipotéticas decisiones. Este sistema de control difuso de constitucionalidad diferencia a los jueces, que resuelven casos particulares y no generales.

Comenzaremos a analizar ahora sí, el **fenómeno LAWFARE**: quienes son los actores que participan, cuál es el modus operandi, el verdadero fin que se esconde detrás, y algunos ejemplos puntuales como el caso de Lula. También haremos un breve análisis sobre algunas normas que alientan su vigencia y un repaso sobre el sistema internacional de Derechos Humanos.

## 2- Protagonistas

El actor principal es el Poder Judicial, en connivencia con los medios de comunicación. La víctima siempre es un referente social, dirigente popular o funcionario público.

Es primer lugar es necesario preguntarse ¿cuál es la verdadera función de este Poder? Creado en la Constitución de 1852 por J.B. Alberdi, el poder jurisdiccional INDEPENDIENTE tiene 2 características principales: *“proclamar el Derecho en vigor, con apego a las circunstancias comprobadas en la causa”*; y *“Que sea insumiso a los poderes políticos (Congreso/Presidente), en el sentido que no obedezca o cumpla sus órdenes.”* Dado que toda resolución de un órgano jurisdiccional, al “decir o proclamar el Derecho vigente”, mantiene y desarrolla dicho “orden jurídico estatal” cumple una “función política”, pero no “política” en el sentido que obedece a otro poder instituido, por lo general, al Presidente de una República. Podríamos pensar entonces que no necesariamente responde al color político de turno, sino a intereses propios o externos.

Habría que preguntarse también cuánto poder (de decisión, de influencia, de coerción, etc) tiene éste en comparación de los otros dos poderes (Ejecutivo y Legislativo). La respuesta no es precisa. Si analizamos las herramientas constitucionales mediante las cuales ejerce poder de revisión o decisión sobre los otros poderes, como por ejemplo el control de constitucionalidad (control del Poder Judicial sobre el Legislativo y Ejecutivo a través de la declaración de inconstitucionalidad de una ley o decreto), vemos que muchas veces esta herramienta también es utilizada con fines políticos. Por ejemplo: la famosa Ley de Medios. Discutida con intensidad y votada por amplia mayoría de los legisladores (quienes detentan el mandato popular de representación) siendo constitucional tanto en su contenido como en su forma, fue igualmente impugnada en sede judicial, evidentemente por que ciertos intereses contrarios no pudieron frenarlo por otra vía. En definitiva, el Poder Judicial fue utilizado en este caso para decidir acerca de su aplicabilidad o no, cuando el debate ya estaba saldado y el consenso institucional y social afirmado.

Con el LAWFARE, el Poder Judicial pretende también influir, revisar o controlar el poder

político, sea o no gobernante, pero con la gran diferencia que APARENTA ser un proceso judicial legal y constitucional. Sin embargo, está impregnado de subjetividades, arbitrariedades, y nulidades procesales.

### 3- Modus Operandi

El término LAWFARE nace en 2001 por el General Mayor Charles Dunlap. Lawfare es un arma poderosa para luchar contra enemigos políticos, que combina acciones aparentemente legales y una amplia cobertura mediática. Podría traducírsele como *“judicialización de la política”* o *“guerra no convencional”*. El INSTITUTE OF LAWFARE de San Pablo lo define como *“el mal uso y abuso de la ley para fines políticos y militares. Es el mandato de las palabras ley y guerra porque es una guerra legal.”*

Con este instrumento se destituyó a Manuel Zelaya en Honduras, a Fernando Lugo en Paraguay, a Dilma Rousseff en Brasil y se encarceló al vicepresidente de Ecuador Jorge Glass y recientemente a Luiz Inacio Lula Da Silva en Brasil. También se persigue a Cristina Fernández de Kirchner y otros actores políticos en Argentina.

Para destruir a alguien en términos del lawfare, se desarrollan las siguientes tácticas: abusar de las leyes existentes para deslegitimar y dañar la imagen pública del adversario; uso de procedimientos legales para restringir su libertad, intimidarlos o silenciarlos; influir negativamente en la opinión pública para anticipar juicios y reducir su derecho a una defensa imparcial; constriñen a los agentes públicos y traen represalias contra los políticos para obstaculizar los mecanismos legales de defensa; manipulación táctica de una causa falsa e intento de hostigar y avergonzar a los abogados defensores.

#### **Existen tres dinámicas y un actor clave que confluyen para construir el Lawfare:**

- Timing político: implica que el caso judicial (utilizado como un arma) se hace público en momentos de alto costo político para la persona o grupos que son desprestigiados.
- Reorganización del aparato judicial: las élites con el control del aparato del Estado colocan en espacios clave a “técnicos” (abogados, jueces, fiscales) vinculados al poder de turno, para atacar al adversario político y/o prevenir situaciones hostiles que puedan provenir de éste.
- El doble rasero de la ley: si bien pueden salir a la luz varios casos de corrupción, se “elige” seguir de cerca a unos, invisibilizando o desestimando otros.
- Medios de comunicación masivos y concentrados: operan como “periodismo de guerra”

de modo transversal a estas dinámicas, manipulando la opinión pública al magnificar algunos casos e invisibilizar otros, a la vez que “manufacturan consentimiento” sobre la corrupción como “enfermedad” del Estado y de lo público, a diferencia de las buenas prácticas de lo privado.

#### 4- El verdadero fin

Cabe preguntarse: ¿Cuál es el motivo de este fenómeno? ¿Quién es el verdadero interesado que promueve el lawfare y lo implementa a través de operadores como el Poder Judicial y los medios de comunicación?

Si afirmamos que el fenómeno se da simultáneamente y con similares características en toda la región de América Latina, asemejándose a lo sucedido con los golpes militares décadas atrás, sería inocente creer que el impulsor o creador de todo este sistema es el presidente Mauricio Macri o el juez Bonadio.

Sabido es por ejemplo que los gobiernos de facto que derrocaron los gobiernos populares en América Latina décadas atrás fueron apoyados y sostenidos por EEUU y los organismos internacionales de financiamiento, entre otras cosas para poder avanzar contra las ideas comunistas o de centroizquierda y reinstalar economías de libre mercado que respondan a sus intereses imperialistas.

Si analizamos con más detenimiento y profundidad el fenómeno actual del LAWFARE, vemos como nuevamente se da un proceso simultáneo y paralelo en todo Latinoamérica para deslegitimar, remover o directamente apresar a los líderes populares. Todo ello con el afán de poder instalar nuevamente políticas económicas neoliberales que no estaban siendo receptadas desde fines de los años '90 gracias a las victorias de gobiernos nacionales y populares.

Podemos afirmar que el fin es el mismo, pero la herramienta utilizada es otra: así como en la década del '70 se instaló la Doctrina de Seguridad Nacional para legitimar gobiernos de facto liberales y la consecuente persecución de actores políticos populares, hoy se utiliza esta nueva herramienta, más sofisticada y con apariencia de legal, para deslegitimar a esos mismos actores so pretexto de corrupción e ineficacia estatal.

Entonces... ¿cuál es el fundamento ahora? **El ajuste estructural y lucha anti- corrupción.** El proceso de recorte del Estado y lo público impulsado por las Instituciones Financieras Internacionales y organismos bilaterales estadounidenses desde principios de los '80 en América Latina, incluyó la reforma jurídica como parte de la batalla contra la "ineficiencia del Estado". Se

sostiene que la corrupción en el Estado debe ser extirpada apelando a las “buenas prácticas” del sector privado (eficiencia y transparencia) para desplazar la “lógica” de lo público, asociada al derroche y a la mala gestión de “los políticos” (léase: militantes, gente con trayectoria en partidos políticos), apostando a la formación de técnicos (apolíticos). La persecución judicial se ha exacerbado contra funcionarios de gobiernos donde el Estado recuperó su protagonismo en materia económico-social, agrandando al Estado y revalorizando lo público. A su vez, la corrupción va ocupando los primeros puestos entre las principales preocupaciones de los latinoamericanos, igualando a los problemas económicos. Es decir, que pareciera que su principal fundamentación está dada por organismos internacionales económicos a los cuales la existencia de gobiernos populares no configura para sí una herramienta posible para la consecución de sus fines.

En este sentido, es importante tener en cuenta la lucha contra la corrupción promovida por el Banco Mundial. El Banco tiene una larga historia de apoyo a políticas económicas y proyectos en países en desarrollo que indirectamente han ayudado a reducir la corrupción. Además, siempre se ha preocupado por controlar el fraude y la corrupción en los proyectos que financia. Sin embargo, dada la gravedad del problema, el Banco decidió recientemente abordar la corrupción de manera explícita y convertir la lucha contra ella en una parte importante de su agenda de desarrollo. En consecuencia, en su discurso ante la Junta de Gobernadores del Banco Mundial, en octubre de 1997, el Presidente del Banco, el Sr. Wolfensohn hizo hincapié en la necesidad de enfrentar el cáncer de la corrupción y ofreció la asistencia del Grupo del Banco a nuestros países miembros para implementar programas nacionales prácticas corruptas. Recientemente, el Banco realizó un estudio en profundidad de la corrupción con miras a desarrollar una estrategia institucional para abordarla. El informe denominado *‘ ‘Ayudando a los países a combatir la corrupción: El papel del Banco Mundial ‘ ‘*, publicado en 1998, propone una estrategia en cuatro frentes que incluye:

- Prevenir el fraude y la corrupción dentro del proyecto financiado por el Banco.
- Ayudar a los países que solicitan el apoyo del Banco en sus esfuerzos por reducir la corrupción, tanto mediante la reforma de las políticas económicas y sectoriales como mediante el fortalecimiento de las instituciones.
- Tener en cuenta la corrupción de forma más explícita en las estrategias de asistencia a los países, las consideraciones sobre préstamos a los países, el diálogo sobre políticas, el trabajo analítico y la elección y el diseño de proyectos.

- Agregar la voz y el apoyo del Banco a los esfuerzos internacionales para reducir la corrupción.

También el Fondo Monetario Internacional se ha encargado de llevar adelante esta lucha contra la corrupción. En septiembre de 2017, Lagarde, Directora Gerente del FMI, durante un Foro con empresarios y expertos de la sociedad civil en el tema, expresó que *“ Nuestra labor, como la de ustedes, comienza con iniciativas encaminadas a promover la transparencia y la rendición de cuentas. Como dijo Louis Brandeis, juez de la Corte Suprema estadounidense, “la luz del sol es el mejor desinfectante. Ese trabajo va de la mano de la reforma regulatoria y del fortalecimiento de las instituciones jurídicas.”*

Dichas palabras denotan la posición supraestatal del FMI en este tema, donde pareciera que es este organismo (y como vimos también el Banco Mundial) quien decide como atacar la corrupción en los países tercermundistas y las reformas que deberían hacerse para ello. Sin dudas, este discurso deja relucir como el FMI impone lineamientos y directrices a los países, interfiriendo claramente en su soberanía política e independencia económica. Otro dato de color que se vislumbra y que es interesante no dejar pasar, es la referencia que hace respecto del Juez de la Corte Suprema estadounidense, levantando su figura como el principal luchador-héroe y poniendo en relieve al Poder Judicial como actor principal (coincidente con el lawfare).

## 5- El ejemplo de Clarin y las concesiones

Como bien hemos visto en el lawfare juegan un rol trascendental los grupos de medios, encargados de destruir la imagen pública de aquellas personas que se animan a confrontar a los factores de poder más concentrados, ya sea agraviando y estigmatizando directamente a la persona o realizando las “investigaciones” para que posteriormente un fiscal o político decida valerse de ellas para realizar denuncias, que luego son estiradas y utilizadas todo el tiempo que ellos consideren necesario para atraer la atención pública.

Otro de las estrategias utilizadas es dar en forma de “primicias” decisiones judiciales que todavía no se han tomado en el expediente, ya sea por tener relaciones directas con servicios de inteligencia o integrantes del Poder Judicial que anticipan el decisorio o bien, y más grave aún, para producir una coacción tal que genere la sentencia que ellos proponen.

Ahora que nos encontramos ubicados en la importancia de los medios, debemos inmiscuirnos en todos los beneficios que ha obtenido el Grupo Clarín en el último tiempo, partiendo desde el caso emblemático de quedarse con Papel Prensa, concediéndoles la pesificación asimétrica en la crisis del 2001 y hoy en día con alguna mediadas que a continuación pasaremos a indicar como lo son:

1. Designación, como Juez de la Corte Suprema de Justicia, del titular del estudio jurídico que se encargaba de llevar adelante sus asuntos legales.
2. Que se les conceda la licencia para poder brindar telefonía con 4 G de manera gratuita, es decir sin abonar ningún tipo de canon con la empresa Nextel.
3. Derogación de los artículos de la ley de Medios que ordenaban la desconcentración mediática.
4. Fin de futbol para todos, para que sea pago, gano la licitación Torneos y Competencias (empresa del grupo).

Es decir, hoy por hoy los lazos que unen la relación entre el Poder Judicial y los medios de comunicación son de tal magnitud que existen concesiones y beneficios recíprocos, como evitar o

promover una titular en el diario de mayor circulación en el país, con todo lo que ello genera en la sociedad, a cambio de una resolución favorable para dicho medio.

En este juego de Lawfare, ambos son protagonistas y manejan el tiempo y los recursos necesarios para instalar las noticias, desprestigiar a una persona y finalmente armar un proceso judicial carente de fundamentación y legalidad.

## 6- Análisis de nuevas normas jurídicas

En consonancia con las reformas promovidas por los organismos internacionales mencionados anteriormente, entre el 10 y el 30 de Diciembre de 2015 aparecieron en el boletín oficial algunas normas fundamentales para librar la guerra jurídica actualmente en curso. Algo similar ocurre en Febrero de 2017. Hablamos de normas que contienen en su interior un verdadero armamento jurídico, en el sentido bélico de la expresión, que dan amparo al modus operandi judicial analizado, permitiendo arbitrariedades en el proceso penal, sosteniendo y agravando el lawfare.

### **I. DNU 257/2015 (B.O. 24/12/2015)**

I. A) Su contenido:

- Art.1: Suspensión de la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal de la Nación (Ley 27.063). Modificación de la Ley 27.150 de implementación del Código Procesal Penal de la Nación, con la excusa de un manejo presupuestario 2016 (Ley 27.198).

- Arts. 2 y 4: Modificación y derogación de artículos de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal (Ley 27.148, art. 39, relativo al presupuesto asignado para implementar el nuevo código procesal; arts. 81 a 88 que contenían normas de implementación de esta LOMPF).

- Art. 3 y 5: Modificación y derogación de artículos de la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa (Ley 27.149, art. 65, relativo al presupuesto asignado para implementar el nuevo código procesal; arts. 75 al 81 y 83 que contenían normas de implementación de la LOMPD).

Entre sus fundamentos encontramos:

*“Que, por último, la Ley N° 27.150 estableció los mecanismos para implementar el CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA NACIÓN, y por el artículo 2° dispuso la entrada en vigencia de ese Código a partir del 1° de marzo de 2016 en el ámbito de la Justicia Nacional”.*

*“Que, en vista de las razones aquí expuestas, y en atención al período de receso legislativo que se extiende hasta el 1° de marzo de 2016, se verifican las circunstancias de carácter excepcional a las que hace referencia el inciso 3 del artículo 99 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL, que hacen imposible*

*seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes”.*

Recordemos que el 1o de Marzo de cada año comienza el período de sesiones ordinarias, pero nada impide al Ejecutivo convocar a sesiones extraordinarias.

*“Que el presente no implica modificación alguna de normas de carácter penal, sino que proyecta sus efectos sobre la organización, el funcionamiento y aspectos presupuestarios del Ministerio Público”.*

Este considerando es fundamental. No sólo porque el art. 99 inc. 3 párrafo 2 excluye a la "materia penal" del ámbito de los DNU, sino porque este DNU 257/2016 implica una concreta afectación a normas de carácter penal.

#### I. B) SIGNIFICACIÓN JURÍDICA DEL DNU 257/2015.

Si fuere como los considerandos del decreto así lo expresan, y por lo tanto, no hubiere modificación de norma penal alguna, este texto no tendría razón de ser. En efecto, es cierto que no modifica en forma específica ningún artículo del Código Penal, ni tampoco modifica ningún artículo del Código Procesal Penal. Con lo cual parecería que habría que darle la razón a quien lo redactó. Pero ocurre que, en realidad, está afectando a todas las normas procesales penales del Código cuya entrada en vigencia se suspende, y por lo tanto está afectando al sistema penal en su conjunto. Pensemos que la ley 27.063 (el código nuevo) viene a derogar la Ley 23.984 (el código viejo), y en verdad, el código viejo ya está derogado, pero el código nuevo aún no entró en vigencia, y por lo tanto, se sigue aplicando el código viejo (ese mismo que sigue derogado porque ni siquiera el DNU 257/2015 viene a reponer su vigencia modificando el art. 2o de la Ley 27.063).

Así, tenemos normas procesales penales que continúan vigentes pese a estar derogadas, y normas procesales penales que pese a estar aprobadas no se encuentran vigentes. Esto que parece un mero ejercicio retórico o una disquisición teórica, es el sustento mismo de la guerra jurídica.

Mientras que el Código Procesal de la Ley 23.984 es de carácter inquisitorial, el de la Ley 27.063 es de carácter liberal-republicano. Esta diferencia de rasgos se proyecta en forma concreta sobre la situación del imputado. Veamos.

En el código viejo el Juez de Instrucción tiene potestades investigativas (art. 194), y el Fiscal solamente se necesario para promover la acción penal (arts. 195 y 196), ya que sus

potestades de investigación serán ejercidas en la medida en que el Juez de Instrucción así lo quiera y lo decida (art. 196) siempre y cuando la investigación de los delitos tenga un autor determinado, ya que en caso contrario deberá estar a cargo del Ministerio Público Fiscal (art. 196 bis).

¿Cómo es posible que jueces como Claudio Bonadío, Julián Ercolini y Ariel Lijo hayan imputado, procesado y hasta dictado prisiones preventivas respecto de sujetos que no estaban siquiera denunciados (Carlos Zannini o Cristina Fernández de Kirchner? La respuesta está en el párrafo anterior: el código se los permite.

En el código nuevo el Juez (que ya no es de instrucción) controla el cumplimiento de los principios y garantías procesales (art. 199), mientras que la investigación (preparatoria) siempre está dirigida por el Ministerio Público Fiscal (art. 196).

Esto viene a significar que, con el Código de vigencia suspendida el juez carece de toda posibilidad de acusar e investigar. Así, se logra el desdoblamiento constitucional entre el Poder Judicial y el Ministerio Público, para que quien deba resolver un atropello al derecho de defensa no sea el mismo que lo está atropellando.

Sobre esto último quisiera hacer una breve lateralidad comparativa: En Brasil, el ex Presidente Luíz Inácio Da Silva (Lula) fue investigado, juzgado y condenado por un mismo funcionario: el Juez Sergio Moro, juez (de instrucción y juicio, diríamos) que admite no tener pruebas en cuanto a la autoría del acusado, sino meramente indicios. Y el tribunal de apelaciones confirmó la condena, sosteniendo exactamente lo mismo: la falta de pruebas y el basamento en indicios. Distinta fue la suerte que corrió la destituida ex Presidenta Dilma Rousseff, cuya acusación en su contra fue desestimada por un fiscal de primera instancia (no promovió la acción penal) pero que igualmente resultó suficiente para ser destituida por el Parlamento brasileño.

Retornando a nuestras leyes, el cumplimiento del mandato constitucional (arts. 108, 116 y 120 CN) de separar juzgadores e investigadores habría implicado un gran escollo para la guerra jurídica, ya que el Ministerio Público Fiscal comandado por Alejandra Gils Carbó no respondía a estos intereses. Sólo un Gerardo Pollicita o un Guillermo Marijuán, tal vez un Eduardo Taiano, en primera instancia, y un Germán Moldes o un Ricardo Sáenz en segunda instancia, pero no muchos más, responden a esos intereses.

Tal vez, y en forma paradójica si se quiere, con el código nuevo vigente en enero de 2015, la denuncia del difunto fiscal Natalio Alberto Nisman –una joya en tanto declaración de guerra

jurídica- hubiera tenido mejor suerte, ya que con el viejo la denuncia fue desestimada por un juez de instrucción (Daniel Rafecas) y luego por la cámara de apelaciones (Freiler, Farah y Ballesteros), y tibiamente sostenida por Pollicita en primera instancia y Moldes en segunda instancia, hasta que el Fiscal de Casación (Javier De Luca) entendió que no debía continuar la acción investigativa. Con el código nuevo, Pollicita hubiera podido investigar todo cuanto fuere de su antojo, sin importar que en tal denuncia se nombrara a personas concretas (recordemos: el código viejo le asigna la exclusividad en la investigación a los fiscales siempre y cuando no haya autores determinados).

La mención a la denuncia de Nisman (hoy en curso de investigación) nos da pie para comentar la otra norma que apareció el mismo día en el Boletín Oficial, y que es otra de las grandes armas para la guerra jurídica: la interceptación de las comunicaciones.

## **II. DNU 256/2015 (B.O. 24/12/2015)**

### I. A) Su contenido:

- Arts. 1o y 2o: Transferencia de la Dirección de Interceptación y Captación de las cOMunicaciones (DICOM), el organismo que "pincha" legalmente los teléfonos, el cual pasa del Ministerio Público Fiscal (A. Gils Carbó) a la órbita exclusiva del Poder Judicial, más específicamente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Lorenzetti), con la excusa de que el Ministerio Público Fiscal es parte en todo proceso penal y hay que resguardar los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional. El mismo criterio permite afirmar que ahora los jueces son parte interesada...

- Art. 4o: Impone a la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictar un "reglamento de funcionamiento del actual Departamento de Interceptación y Captación de las Comunicaciones (DICOM)", el cual debe "estar a cargo de un juez penal con rango de Juez de Cámara", y que debe ser "designado por sorteo y durará en sus funciones por un plazo de un año y no podrá ejercerlas nuevamente hasta transcurrido un período de cinco años".

- Art. 3o: Deroga la norma que ponía en cabeza del MPF la Dirección de Observaciones Judiciales (alias "O Jota"), que trabaja dentro de la DICOM y en conjunto con la Agencia Federal de Inteligencia (AFI)

- Art. 5o: "La presente medida comenzará a regir a partir del día de su publicación en el Boletín Oficial de la República Argentina".

Entre sus fundamentos encontramos:

- *“Que la CONSTITUCIÓN NACIONAL establece en sus artículos 18 y 19 el alcance de la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones”.*
- *“Que esta garantía federal sólo es realizable de modo efectivo sujetando la intromisión a las comunicaciones a la existencia de una orden judicial previa debidamente fundamentada”.*
- *“Que si bien el MINISTERIO PÚBLICO FISCAL tiene el deber de proceder de acuerdo con criterios objetivos de actuación, resulta ser una parte principal en el proceso que persigue un interés determinado”.*
- *“Que, en consecuencia, resulta más prudente, teniendo en miras el debido proceso legal, que la ejecución de una orden de intervención de una comunicación sea llevada a cabo por un organismo distinto al que es parte en la investigación”.*
- *“Que el control judicial durante la ejecución de una intervención de las comunicaciones es esencial para garantizar que no se afecte la intimidad de las personas más allá de lo necesario para cumplir el objetivo buscado en la solicitud, razón por la cual resulta imperioso que se consigne únicamente lo estrictamente necesario para los fines del proceso, y se prescinda de información personal sensible que resulte ajena a la investigación”.*
- *“Que, en tal sentido, deviene esencial que la ejecución de la intervención de las comunicaciones se halle bajo la órbita de un órgano distinto de las partes intervinientes”.*
- *“Que, en efecto, si bien la tarea de administrar y gestionar los pedidos de intervención de las comunicaciones no es estrictamente jurisdiccional, la actuación judicial en esta materia se torna necesaria con la finalidad de asegurar los principios de transparencia y confidencialidad”.*
- *“Que la medida objeto del presente es consistente con las razones que motivaron el egreso de dichas competencias de la órbita del PODER EJECUTIVO NACIONAL, y asegura el más acabado respeto de los derechos individuales y de las garantías constitucionales”.*
- *“Que a los efectos de asegurar en forma fiel y oportuna las garantías y fines enunciados, resulta urgente abordar en forma preferente e inmediata dicha transferencia”.*

## II. B) SIGNIFICACIÓN JURÍDICA DEL DNU 256/2015.

Con un armamento de tamaño poder en manos de quien no responde ni institucional ni jurídicamente al Poder Ejecutivo, es decir, en manos del Ministerio Público Fiscal, el Presidente de la Nación bien pudo considerarse en peligro inminente, a la luz de todo lo que nos enteramos con posterioridad, y por eso decretar el traspaso inmediato de este arsenal.

Resulta interesante la mención a las razones que motivaron el “egreso” de las pinchaduras desde el poder ejecutivo nacional hacia el Ministerio Público Fiscal, por cuanto entre las razones esgrimidas en aquella oportunidad, Cristina Fernández de Kirchner sostuvo en cadena nacional que el MPF era el único órgano que se encontraba por fuera del Poder Ejecutivo, Legislativo y aún del Judicial.

Asimismo, bien lo considera el propio DNU al sostener que las pinchaduras telefónicas no pertenecen a la actividad jurisdiccional, e incurre en un dislate al afirmar –en la misma oración- que la actuación judicial es necesaria para asegurar transparencia y confidencialidad, cuando para esa misma fecha habían pasado once meses desde que el juez a quien se le dirigió la denuncia de Nisman (Lijo) volvió de sus vacaciones de fería y al día siguiente las grabaciones de las escuchas que supuestamente incriminaban a los denunciados aparecieron en los medios de comunicación que implican otro aspecto de la guerra jurídica.

Desde el punto de vista técnico jurídico, sostener que tal o cual medida probatoria no debe estar manejada por el Ministerio Público Fiscal para poner a buen resguardo las garantías constitucionales implica un verdadero disparate. Todo fiscal está para investigar y lo hace bajo la vigilancia del juez de la causa. Ahora bien, si es un juez de segunda instancia el que debe estar a cargo de las pinchaduras entonces tenemos un problema: ¿No es él quien controla al juez de primera instancia y también al fiscal que investiga y que por eso mismo piden tal medida de prueba? ¿Quién va a poner a buen resguardo tales garantías ante el mal hacer del encargado?

Por otra parte ¿Por qué un juez de segunda instancia? Casi parece una norma a medida... Además: ¿Por qué el Poder Ejecutivo se arroga la potestad de indicarle a Corte Suprema cómo debe reglamentar una norma?

Recordemos que el manejo de la DICOM recayó en el Juez de la Cámara de Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Martín Irurzún, quién resulta también estar a cargo del sistema de sorteo de expedientes penales para que recaigan en tal o cual juzgado (otra arma de

guerra jurídica), y hasta el día de hoy siguen en sus manos ambas armas.

¿Cómo es esto posible?

## II. C) MODIFICACIÓN DEL DNU 256/2015 por DNU 102/2017 (B.O. 14/2/2017).

En el marco de la causa que investiga el presunto encubrimiento a Ibar Pérez Corradi en tanto autor intelectual del triple crimen de General Rodríguez (alias “ruta de la efedrina”), Oscar Parrilli (ex director de la AFI) recusó a Martín Irurzún (quien debía pronunciarse sobre las recusaciones que formulara Parrilli contra Lijo y Bonadio) por las “filtraciones” de las escuchas telefónicas entre aquel y Cristina Fernández de Kirchner, acto seguido el Presidente de la Nación dictó el DNU 102/2017 por el cual extiende el tiempo por el cual Irurzún va a tener este arma en sus manos. Veamos los fundamentos:

*“Que, en virtud de la transferencia dispuesta por el Decreto N° 256/15, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, a través de la Acordada N° 2/2016, creó la DIRECCIÓN DE CAPTACIÓN DE COMUNICACIONES DEL PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN, como órgano de dicho poder del ESTADO NACIONAL habilitado para dar cumplimiento a requerimientos de interceptaciones o captaciones de comunicaciones privadas autorizadas judicialmente. A cargo de dicho organismo fueron designados el doctor Martín IRURZUN como Director General, y el doctor Javier María LEAL DE IBARRA para desempeñarse en dicho cargo en caso de licencia, vacancia o cualquier tipo de impedimento del referido Director”*

*“Que al dictar la Acordada N° 30/2016 la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN reconoció —entre otras consideraciones— el cumplimiento de los principios que dieron origen a la creación de aquel organismo, y la necesidad de que para la consecución de sus cometidos y los objetivos propuestos se amplíen sus competencias.”*

*“Que, en este contexto, es imperativo reformular el plazo de vigencia de los mandatos de las autoridades de la DIRECCIÓN DE ASISTENCIA JUDICIAL EN DELITOS COMPLEJOS Y CRIMEN ORGANIZADO DEL PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN, proporcionando continuidad a la gestión y asegurando una transición ordenada entre mandatos”.*

*“Que asimismo, a los efectos de no poner en riesgo el correcto funcionamiento del área durante una etapa crítica de su desarrollo institucional, resulta conveniente posibilitar la continuidad, excepcionalmente y por período determinado, de las autoridades a cargo del referido organismo.”*

Nadie puede negar que se trata de una norma a medida y con nombre y apellido.

Así, el texto del DNU 102/2017 dispone:

*“ARTÍCULO 2° — Establécese que por única vez, se podrá mantener por el plazo de TRES (3) años contados a partir de la publicación del presente, a los jueces que fueran designados por la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN mediante la Acordada N° 2/2016, cumpliendo las funciones de Director General y Subdirector General, respectivamente”.*

Hasta tres años desde el dictado de esta norma que entró en vigencia el día de su publicación en el Boletín oficial. Es decir, hasta Febrero de 2020. Dicho de otro modo: hasta dos meses después de finalizado el mandato presidencial en curso.

El dictado de normas con nombre y apellido en referencia a jueces no es novedoso, de hecho (y de derecho) se trató de la primera norma dictada por el Poder Ejecutivo en relación al Judicial.

### **III. DECRETO 83/2015 (B.O. 14/12/2015)**

I. A) Su contenido.

- Designación por Decreto Simple (y no DNU, como muchos dijeron) de dos Jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como si fueran empleados del Poder Ejecutivo.

- Funda su decisión en los arts. 1o, 2o y 23o del Decr.-Ley 1285/58, pero ignora por completo el Art. 22o de ese mismo Decr.-Ley que regula específicamente los mecanismos para cubrir vacantes en la CSJN: a) sorteo de jueces de cámaras de apelaciones; b) designación de conjueces desde una lista remitida por el Poder Ejecutivo Nacional con acuerdo del Poder Legislativo: Da igual que el Congreso esté en receso, NO se lo requiere para cubrir legalmente ninguna vacante en la CSJN.

- Por lo demás, el Decr. 83/2015, como todo decreto, debe respetar necesariamente a las Leyes del congreso (como la Ley 14.467, que ratifica al Decr. 1285/58), simplemente porque el Art. 31 de la Const. Nac. dice que las Leyes del Congreso Nacional son Ley Suprema de la Nación. Por lo tanto, cualquier decreto del P.E.N. que infrinja una norma vigente (como el art. 22 del decr.-ley 1285/58) es ilegal, tal y como lo dice el art. 7 de la Ley 19.549 ("LNPA", que regula el dictado de

todos los decretos).

Entre sus fundamentos también leemos:

*“Que el ejercicio de la facultad constitucional referida precedentemente impone escoger integrantes con comprobada independencia de criterio, antecedentes académicos de envergadura y que carezcan de vinculación política o personal con quien los designa, promoviendo de esta manera la autonomía, independencia y eficacia de la justicia.”*

*“Que los Doctores Carlos Fernando ROSENKRANTZ y Horacio Daniel ROSATTI reúnen suficientemente dichos requisitos.”*

Finalmente, los mencionados fueron designados jueces de la Corte Suprema tal y como lo manda la Constitución. Y su “independencia de criterio” quedaría demostrada en el fallo “Fontevicchia y otros c/ República Argentina”, ya que cada uno de ellos llegó a la misma conclusión por “criterios independientes”.

#### **IV. IMPLICANCIAS DEL FALLO “FONTEVECCHIA”**

El fallo en cuestión está fechado 14/02/2017, es decir, el mismo día en que fue publicado el DNU 102/2017 que ya mencionamos.

Lo verdaderamente relevante del caso “Fontevicchia” es que la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que no está obligada a obedecer a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que de hacerlo, la CJSN dejaría de ser el “más alto tribunal del país”. En concreto: los Derechos Humanos son lo que la Corte Suprema dice que son. Así, cualquier afectación a los derechos elementales de un ser humano, están bajo resguardo de quien no admite otra opinión.

*Rozenkrantz, junto a Lorenzetti y Highton, sostienen en su considerando 17o): “Revocar la sentencia firme dictada por este Tribunal implica privarlo de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirlo por un tribunal internacional, en clara transgresión a los arts. 27 y 108 de la Constitución Nacional.”*

*Ellos mismos el último de sus considerandos (el 20o) sostienen: “Lo dicho hasta aquí no implica negar carácter vinculante a las decisiones de la Corte Interamericana, sino tan solo entender que la obligatoriedad que surge del art. 68.1 debe circunscribirse a aquella materia sobre la cual tiene*

*competencia el tribunal internacional (art. 63, CADH; arts. 27, 75 inc. 22 y 108, Constitución Nacional)."*

*Rosatti, en el considerando 8º) de su voto lo dice: "Que en virtud de lo expuesto, en un contexto de "diálogo jurisprudencial" que procure mantener la convergencia decisional entre los órganos con competencias para dirimir conflictos en los ámbitos nacional e internacional, reconociendo a la Corte IDH como último intérprete de la CADH (art. 62, puntos 1 y 3 CADH) y a la Corte Suprema de Justicia de la Nación como último intérprete de la Constitución Nacional Argentina (arts.116 y 117 de la Constitución Nacional), cabe concluir que la reparación ordenada en la sentencia de la Corte Interamericana encuentra adecuada satisfacción mediante la concreción de las medidas mencionadas en los párrafos segundo y tercero del precedente considerando 40), no siendo posible concretar la revocación formal del decisorio nacional –si es ello lo que se pretende- sin violentar lo dispuesto por los arts. 27 y 75 inc. 22) de la Constitución Nacional Argentina, cláusulas por cuya observancia esta Corte debe velar".*

Lo que puede quedar fuera de duda es que la Corte Suprema busca reducir su deber de obediencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, porque como bien lo dice, lo que esta decida tiene carácter vinculante.

Así llegamos a la primera prisionera en esta guerra jurídica: Milagro Sala, cuyo encarcelamiento sólo pudo ser aliviado por medidas urgentes y de cumplimiento obligatorio para el Poder Ejecutivo ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y sobre las cuales aún no se pronunció la Corte Suprema, la cual, según ella misma, puede contradecir plenamente a la Corte Interamericana.

Recordemos que Milagro Sala fue acusada ante los medios de comunicación de "robarse todo", no obstante lo cual, su prisión preventiva obedeció a una investigación penal por supuesta instigación a escrachar al actual gobernador de Jujuy, Gerardo Morales (cuya primera medida fue aumentar los miembros de la Corte Suprema Provincial a nueve para tener una mayoría automática), y a otra investigación contravencional por ocupar una plaza pública sin permiso (con una sentencia de primera instancia que le prohibió formar parte de asociaciones civiles por tres años, algo que no estaba previsto como sanción y resulta por eso mismo una clara utilización beligerante de las normas jurídicas).

Mientras que la sentencia de la causa contravencional fue anulada luego de una apelación,

la causa del escrache tuvo una condena basada en un solo testigo que dijo haber escuchado que Milagro Sala había ordenado escrachar a Morales, y quien resulta ser (el testigo) empleado del Estado Provincial de Jujuy, es decir, de la víctima del escrache, o sea, Gerardo Morales.

Resulta similar la metodología utilizada contra Milagro Sala y Lula Da Silva, con la diferencia de que el testigo que lo acusó a él de recibir un departamento a modo de soborno es un condenado “arrepentido”, mientras que el testigo que acusa a Milagro Sala no está acusado de nada.

Precisamente, antes de que fuera incorporada al Código Penal la figura del “arrepentido” -otra arma de guerra jurídica de este gobierno- el ya mencionado Ibar Pérez Corradi -para sorpresa de los mandamases de la AFI- acusó a un asesor del Presidente (Ernesto Sanz) y a una jueza federal (Sandra Arroyo Salgado, ex esposa y actual querellante por la muerte de Natalio Alberto Nisman) de recibir sobornos. Curiosamente, y luego de permanecer años prófugo, fue liberado de su captura, contrariado cualquier criterio sensato en cuanto al riesgo de fuga como justificación de su prisión preventiva.

Todos estos casos de avasallamiento a las garantías constitucionales -como sin duda lo es también esa poderosa arma de coacción que es la “ley del arrepentido” del Art. 41 ter del Código Penal- han llegado o llegarán a conocimiento de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las cuales -parece- tendrán un desempeño meramente testimonial, ya que la Corte Suprema de Justicia de la Nación entiende que lo que aquellas decidan no debe ser obedecido por ella, y en consecuencia, dejan aún más desprotegidos a quienes se encuentran en la línea de fuego de esta guerra jurídica.

## **V. FLAGRANCIA SEGÚN LEY 27.272 (B.O. 01/12/2016)**

A) Su Contenido.

- Se trata de una reforma a los dos Códigos Procesales Penales que hemos mencionado al comienzo (el viejo, derogado pero aún vigente, y el nuevo, promulgado pero suspendido), más específicamente a la regulación del procedimiento para casos de flagrancia.

- Art. 8: Reformula el concepto de flagrancia.

- Arts. 1 a 7: Elimina el procedimiento sumario y lo reemplaza por otro sumarísimo.

- Arts. 9 a 15: hace lo mismo que en los artículos anteriores, pero con respecto al Código Procesal Penal suspendido por DNU.

#### B) Significación jurídica.

Flagrancia sigue siendo flagrancia, sí, pero ahora se pone peor, ya que la fórmula legal ahora viene incluyendo a la tentativa dentro del mismo. Con anterioridad, solamente cuando el sujeto era “sorprendido” al momento de cometer el delito o inmediatamente después de cometerlo se entendía que había flagrancia. Ahora se incluye a quien comienza a cometer un delito pero no llega a consumarlo por causas ajenas a su voluntad.

Ahora también se considera que hay flagrancia en caso de que el supuesto delincuente sea perseguido por alguien (sea policía o no, aunque ya no diga “por el clamor popular” como decía en la anterior redacción) o bien tenga indicios razonables (antes se exigía que fueran “vehementes”) de haber cometido un delito. En resumen: el “fue él”, el “allá va”, y la “portación de cara” siguen plenamente vigentes y hasta con mayor vigor. Así, el malogrado policía Luis Chocobar leyó bien la reforma al momento de perseguir a Pablo Kukoc, y de ahí que aquel fuera recibido como héroe por quienes impulsaron esta reforma: hizo lo que ellos quisieron que haga.

Por otra parte, en la regulación previa a esta reforma estaba la instrucción (investigación) sumaria caracterizada por la ausencia de declaración indagatoria del imputado, pero no por una prohibición sino por una característica propia de esta, ya que si el acusado tenía intención de declarar, nada se lo impedía, pero al momento de informar su intención, la instrucción dejaba de ser sumaria y pasaba a ser común (art. 353 bis último párrafo, vieja redacción). Así, la instrucción sumaria, caracterizada por su delegación exclusiva en el fiscal de la causa, pasaba a manos del juez de instrucción.

Otra caracterización de la extinguida instrucción sumaria era que la misma podía tener lugar solamente cuando el juez de instrucción considerara que no correspondía dictar la prisión preventiva del imputado aprehendido, lo cual era (relativamente) sensato: a menor gravedad de la pena (hasta tres años de prisión) en expectativa, mayor celeridad en el proceso.

La última característica de la instrucción sumaria era su breve plazo de duración: la investigación debía finalizar en quince días, y de ahí su nombre.

Ahora, la Ley 27.272 se propone armar una maquinaria encarceladora aún más efectiva

-por esto también la llamamos “sumarísima”- que la conocida por la provincia de Buenos Aires desde el año 2008. Veamos:

- Abarca cualquier delito reprimidos con penas de hasta quince años de prisión (es decir, casi todos los delitos del Código Penal) , y algunos delitos específicos reprimidos con hasta veinte años de prisión (art. 353 bis, primer párrafo).

- Quien toma la decisión de aplicar este procedimiento de flagrancia es el fiscal en forma exclusiva, y ya no interesa si el imputado queda o no en prisión preventiva, lo cual es obvio, ya que con delitos tan graves la pena en expectativa la haría procedente casi siempre (Art. 353 ter).

- La voluntad del imputado de someterse a declaración indagatoria ya no implica salir de este procedimiento especial, e incluso se prevé que el querellante pueda interrogarlo a la par del fiscal (algo que no existe para otros casos).

*- Deja en claro su finalidad: “Las disposiciones previstas en el presente título no se aplicarán cuando el o los hechos de que se traten tuvieron lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales, o de cualquier otro derecho constitucional. Si con motivo u ocasión de la protesta social se cometieren delitos comunes en flagrancia, podrán ser sometidos a las disposiciones del presente título” (art. 353 bis, último párrafo).*

Esta reforma se hace para encarcelar a quien protesta, incluso por el sólo hecho protestar como lo es hacerlo cortando una calle o una ruta (recordemos la así llamada “teoría Noceti” para reprimir la protesta que derivó en la muerte de Santiago Maldonado en Agosto de 2017). Inclusive, la redacción misma implica una degradación del derecho de protesta, ya que el ejercicio de los derechos constitucionales impide caer en este procedimiento, a menos que se trate del derecho a protestar, el cual parece –según la redacción- que no es un derecho humano, social y/o constitucional.

Como si esto fuera poco, y para que no queden dudas, la redacción dice “con motivo u ocasión”: cometer un delito con motivo de la protesta (es decir, la protesta se hace para delinquir, porque cortar la calle o la ruta es interrumpir el tránsito, art. 194 del Código Penal) o cometer un delito mientras se desarrolla la protesta (la cual no se hace para delinquir, pero alguien delinque mientras esta le pasa por el costado, como por ejemplo atentando o resistiéndose a la autoridad, otro clásico del “combo manifestación”).

- Para finalizar, debemos decir que de la conjunción del art. 353 ter segundo párrafo y 353

ter primer párrafo, tranquilamente una persona puede resultar condenada en noventa y seis horas, ya que luego de las primeras veinticuatro horas de ser aprehendido ya está en condiciones de ser llevado ante el juez y el fiscal solamente con las pruebas que junto (o plantó) la policía en esas horas... Recordemos la “doctrina Bullrich” aparecida luego del asesinato de Rafael Nahuel: *quod policiam dixit legis habet vigorem* (¿?), en castellano: “lo que digan las fuerzas de seguridad para nosotros tiene valor de verdad legal”. Recordemos el caso de Esteba Rossano, quien sigue preso porque durante la manifestación contra la reforma previsional de Diciembre de 2017 sus captores le encontraron (¿plantaron?) en su mochila “dos piedras, cuatro panfletos y una remera roja”. Suficiente para que Bonadío le dicte una preventiva...

Es por todo lo dicho que los quince días de la vieja instrucción sumaria parecen una eternidad al lado de estas condenas sumarísimas.

## **VI. RESUMEN DEL ANALISIS NORMATIVO**

Hemos analizado tres DNU (256/2015; 257/2015; 102/2017), un Decreto simple (83/2015), un fallo de Corte (“Fontevicchia”), un artículo específico del Código Penal (41 ter, incorporado por Ley 27304), y algunas normas de los Códigos Procesales de la Nación (el derogado pero vigente, al que llamamos viejo, y el sancionado pero no vigente, al que llamamos nuevo). Todo esto, en conjunto, representan eso que llamamos “armamento jurídico”.

## 6- Sistema Internacional de los Derechos Humanos

Desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la práctica del lawfare implica una de las medidas en que los operadores judiciales de un Estado lo pueden hacer responsable internacionalmente. Este reproche internacional no es ni más ni menos que la violación concreta de derechos humanos reconocidos tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos como en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y entran en contradicción con un gran número de fallos correspondientes al entramado jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Como desafío nos encontramos ante la necesidad de adentrar en los distintos derechos y garantías judiciales reconocidos en la convención y en la obligación de hacer un análisis de las **prácticas de lawfare como violación sistemática y generalizada de garantías judiciales a un grupo o a un individuo en particular, por parte del estado**. Son los jueces quienes actúan de forma arbitraria, violentando derechos humanos individuales bajo una culpabilidad que carece de pruebas que la sustenten.

El debido proceso es una garantía que debe estar presente en todo proceso judicial, como se desprende del artículo 8 de la Convención Americana, y a su vez, encuentra un vínculo estrecho con los derechos reconocidos en los artículos 7 (incisos del 3° al 6°); 9, 10, 24, 25 y 27 del mismo cuerpo convencional y su integralidad se ve claramente comprometida y vulnerada al ser contrastada con las recientes prácticas de lawfare analizadas en este informe.

El debido proceso implica, al mismo tiempo, el respeto de la dignidad humana pero ya dentro de un proceso judicial, el cual debe existir como límite dentro del sistema legal de cualquier estado que haya firmado la Convención y como medio de controlar la producción de un proceso judicial justo, que garantice el cumplimiento efectivo de los derechos humanos de los habitantes de un estado y permita un control de dicha actuación judicial.

En particular, el artículo 8 de la Convención Americana enumera un conjunto de garantías judiciales que hacen a la dignidad humana y que el estado está obligado a respetar bajo pena de recaer en prácticas judiciales ilegítimas.

Al respecto, en el inciso 1 se invocan garantías como el derecho a ser oído y la garantía de Juez Natural con su debida imparcialidad e independencia; en el Inciso 2 se desarrolla la presunción de inocencia y en el inciso 4 se encuentra la garantía llamada *nis bis in ídem* (por la cual “El

*inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos*”). Todas éstas, se encuentran claramente vulneradas ante hechos como los analizados en éste artículo y más aún es clara la violación del principio de *nis bis in ídem* en la judicialización del memorándum firmado con Irán luego de que sea desestimada por parte del juez Rafecas en primera instancia por inexistencia de delito el día 26 de febrero de 2015 y confirmada en segunda instancia el 26 de marzo del mismo año por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, por poner un ejemplo.

Otro análisis posible y vinculado con el mismo caso se da en cuanto a la violación de la garantía de Juez Natural por parte del Juez Claudio Bonadio, quien, en el marco de una causa paralela iniciada por la difusión de audios en la prensa, desplaza a toda la línea de magistrados que habían intervenido en la denuncia anterior y en los intentos por reabrir la, inclusive a la Cámara de Apelaciones interviniente.

En la misma línea se aprecian las reiteradas y evidentes pruebas de imparcialidad del mencionado magistrado, quien ha expresado de manera pública y manifiesta su enemistad con la ex presidenta argentina y participó de diferentes marchas manifestándose públicamente sobre la valoración de la denuncia perpetrada para judicializar la firma del Memorándum de Irán, hecho que luego pretende juzgar. Para ahondar un poco más, resulta clara su vinculación con el caso de fondo, donde se ha pedido su apartamiento de la causa que investiga el encubrimiento al atentado en la AMIA en reiteradas oportunidades; las agrupaciones de víctimas han pedido insistentemente su apartamiento y fue apartado del expediente por ser juez y parte en noviembre de 2005, entre otros argumentos.

Otra práctica de lawfare eminentemente violatoria de Derechos Humanos consiste en la judicialización de actos o acciones vinculados con la política, valiéndose de la ley para encausar decisiones de ésta índole en tipos penales, de manera forzosa. Nos remitimos al mismo ejemplo del Memorándum de Irán, donde la actividad que se judicializa es una decisión política avalada incluso por otro de los poderes del estado o tal es el caso de la causa “Dólar Futuro” donde se pretende juzgar a la ex presidenta y al ex ministro de economía por hechos que implican una decisión política dentro de los límites de su mandato y donde la afectación del bien jurídico protegido se produce por acciones ajenas a los imputados realizadas posteriormente.

Ahora bien, como adelantamos, el principal desafío no es reconocer cuáles son los artículos violados de la Convención por las prácticas de lawfare, sino cómo sortear el impedimento

de que la corte interamericana no representa una doble instancia y por lo tanto tiene sus limitaciones para analizar aspectos vinculados con el fondo de la resolución y no con su forma (procesal), como es normalmente interpretada la garantía del debido proceso.

La corte es clara en ese sentido y aclara que su función es la de: *“determinar la compatibilidad de las actuaciones realizadas en dichos procesos con la Convención Americana y, en particular, analizar las actuaciones y omisiones de los órganos judiciales internos a la luz de las garantías protegidas en el artículo 8 de ese tratado.”* (Mohamed vs Argentina – Considerando 81)

Nos preguntamos entonces, La valoración de la prueba, la congruencia de una sentencia o la imparcialidad política de un magistrado ¿Puede ser juzgada por la CIDH fácilmente?

Efectivamente, lo que se entiende muchas veces por una garantía de apariencia procesal, puede ser juzgado como un derecho humano indispensable para la dignidad humana. En tal sentido, la violación al debido proceso legal, en la jurisprudencia y doctrina internacional que rodea al artículo 8 de la Convención Americana, nos permite considerar que las decisiones judiciales como la privación ilegítima de la libertad deben estar racionalmente fundadas (es decir, con un anclaje en la realidad), no pueden alterar garantías esenciales como el *“Non bis in ídem”* o el *“nullum crimen, nulla pena sine preavia lege”* y deben tener un anclaje jurídico en una sentencia justa.

En tal sentido, la corte nos aclara en el caso *Mohamed vs Argentina* de noviembre de 2012 (párr. 80) que: *“Es menester señalar que la Corte, al referirse a las garantías judiciales protegidas en el artículo 8 de la Convención, también conocidas como garantías procesales, ha establecido que para que en un proceso existan verdaderamente dichas garantías, conforme a las disposiciones del artículo 8 de la Convención, es preciso que se observen todos los requisitos que “sirv[a]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”, es decir, las “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”. La referida disposición convencional contempla un sistema de garantías que condicionan el ejercicio del ius puniendi del Estado y que buscan asegurar que el inculpado o imputado no sea sometido a decisiones arbitrarias, toda vez que se deben observar “las debidas garantías” que aseguren, según el procedimiento de que se trate, el derecho al debido proceso. Asimismo, esta Corte ha señalado que “toda persona sujeta a un juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano [...] actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete”.*

Asimismo, un ejemplo de análisis, por parte de la Corte Interamericana, de la imparcialidad como principio de debido proceso y que resulta muy esclarecedor se da en el caso *Palamara Iribarne vs. Chile* donde: *“La Corte considera que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Asimismo, la independencia del Poder Judicial frente a los demás poderes estatales es esencial para el ejercicio de la función judicial. La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia. El juez o tribunal debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista algún motivo o duda que vaya en desmedro de la integridad del tribunal como un órgano imparcial. En aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo prejuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales.”*

Ya adentrándonos en lo que tiene que ver con la garantía de *Nis bis in ídem* la corte sostiene que: *“... dicho principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos. A diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 14.7, que se refiere al mismo “delito”), la Convención Americana utiliza la expresión “los mismos hechos”, que es un término más amplio en beneficio del inculcado o procesado”*<sup>1</sup>

Por otro lado, en cuanto a la posibilidad de juzgar prácticas de lawfare que involucren la toma de decisiones judiciales arbitrarias, debemos tener en cuenta que la corte utiliza como estrategia la protección de la garantía a ser oído (art. 8.1 de la Convención) a los fines de exigir del juzgador un deber de motivación de sus decisiones en lo que las partes han aportado o en las pruebas existentes en el juicio. Un ejemplo claro se da en el caso *Caso Tristán Donoso vs. Panamá* en el párr. n° 153 donde resalta que *“... las decisiones que adopten los órganos internos, que puedan afectar derechos humanos, deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias*<sup>136</sup>. *En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos*

---

<sup>1</sup> Mohamed vs Argentina – Párr. 121

*casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 de la Convención para salvaguardar el derecho a un debido proceso”.*

Asimismo, la violación sistemática y generalizada de garantías judiciales o de la congruencia de una sentencia es una de las claves para poder sortear el impedimento de una doble instancia.

Esto sucede también al existir una selectividad de manera manifiesta de las personas perseguidas por las prácticas de lawfare o la persecución penal de ciertos grupos de jueces que, en connivencia mutua o individualmente, llevan a cabo éstas prácticas. Más grave aún, en casos de grave influencia estatal, como son el caso de Lula en Brasil o los casos vinculados con ex funcionarios argentinos correspondientes al gobierno kirchnerista, toda vez que violentan los derechos políticos de éstas personas (también reconocidos por el cuerpo convencional) como los de la población en general.

En este sentido, ante una violación sistemática de las garantías judiciales de determinados líderes políticos nos resulta indispensable abordar la violación del art. 23 de la Convención Americana que reconoce que *“Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”*

Este artículo abre la puerta para analizar situaciones de lawfare vinculadas con cuestiones eminentemente políticas pero vinculadas con el funcionamiento de la justicia y del ejercicio de cargos públicos o la posibilidad de ser elegidos.

También, nos permite abordar la situación de numerosos juicios políticos realizados a jueces que no responden a instrucciones del oficialismo gobernante, tal es el caso reciente del Juez Contencioso Administrativo de La Plata, Dr. Luis Arias, por poner un ejemplo; el nombramiento de

jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por medio de decretos (vulnerando los procesos constitucionales de elección de los mismos); la utilización de la prisión preventiva de manera desmesurada contra funcionarios o actores políticos, privándolos de la libertad y acallando sus voces de resistencia, muchas veces por delitos menores o inexistentes; la filtración a la prensa de escuchas telefónicas realizadas en el marco de procedimientos judiciales, entre otros ejemplos.

El caso de la detención de Milagros Sala es ilustrativo y nos pone ante un ejemplo clave de cómo se puede aplicar el lawfare bajo el ropaje de normas locales. La aplicación de la prisión preventiva en este caso, sin que estén dados los presupuestos legales y mediante la manipulación del poder judicial local de una provincia, como así también desoír las recomendaciones en materia de salud y las obligaciones convencionales por parte del Estado Nacional ponen en evidencia que algo está pasando en la Argentina. Tanto la Comisión como la Corte Interamericana ya ha tomado nota de las irregularidades que están sucediendo en América Latina con respecto a sus líderes políticos y a la persecución de los operadores judiciales o periodistas que piensan diferente a los planes de los nuevos gobiernos neoliberales.

Todo esto nos hace plantearnos que la judicialización de las prácticas de lawfare ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos constituye una posibilidad de restaurar el estado de Derecho y detener un plan sistemático de uso indebido de recursos jurídicos para fines de persecución política. Si bien el lawfare implica la utilización de acusaciones livianas, la ausencia de pruebas y fundamentos, como la presión mediática, para revestir de legalidad una persecución judicial directa contra determinados líderes políticos, ese ropaje de legalidad deviene en eminentemente violatorio de las garantías judiciales fundamentales de la dignidad humana reconocidas por la Convención Americana cuando toma, como en el caso Argentino, una característica sistemática, reiterada y de alta gravedad institucional.

## 7- El caso Lula

*“En un instante, descubrí que a quien estaban juzgando no era a Lula. Lo que estaban juzgando era mi gobierno. Era la forma que habíamos tenido de gobernar”* dice Luiz Inácio Lula Da Silva en el libro “Lula, la Verdad Vencerá”.

Su afirmación es sin duda la mejor descripción de lo que hemos intentado analizar y explicar a lo largo de este informe. El lawfare tiene como finalidad el destierro de los movimientos sociales y gobiernos populares en Latinoamérica.

Y su ejemplo es sin duda el fiel reflejo de ello: un dirigente político con gran apoyo popular, un medio de comunicación monopólico encargado de desprestigiar y estigmatizarlo, y un Poder Judicial que monta un proceso carente de pruebas y sobran de arbitrariedades.

A Lula lo condenan y aprisionan por el delito de corrupción pasiva en razón de tres contratos en perjuicio de Petrobras, y mediante los cuales la constructora OAS habría sido beneficiada indebidamente, motivo por el que habría donado un departamento tríplex al expresidente, parcialmente reformado. También por lavado de dinero porque el expresidente no realizó ninguna transacción legal habilitada para transferir el referido inmueble a su patrimonio. Por la construcción de Moro, la prueba de que las ventajas vinculadas al tríplex fueron recibidas por Lula en función del cargo es que el PT tenía créditos ilícitos ante OAS consecuentes de los contratos celebrados en 2009. Por lo tanto, lo que la sentencia hace retrotraer a 2009 no es la recepción de las ventajas: Sérgio Moro considera que los beneficios pagados en 2014 consistieron en la ejecución de acuerdos de corrupción que fueron celebrados en 2009 (cuando Lula aún era presidente). Aquí yace una de las primeras inconsistencias de las otras tantas que existieron en el proceso.

Ni en la denuncia, ni en la sentencia hay indicación alguna de que Lula abrió una cuenta, contrató o incluso habló con un vendedor, compró un objeto subfacturado, ganó ilegítimamente la lotería, nada, ni pidió, ni recibió o mandó a alguien a buscar una valija en algún estacionamiento o restaurante. ¡Nada! Por lo tanto no podría haber pruebas simplemente porque no hubo acto.

La sentencia dictada por el juez federal Sérgio Moro peca de **innumerables vicios procesales y materiales**: incompetencia del juicio, ausencia de valor probatorio de las llamadas “delaciones premiadas”, el hecho de que Lula no tiene ni el título de propiedad ni la posesión del famoso tríplex de Guarujá, y que no existe nexo causal entre actos de oficio cometidos por Lula en tanto Presidente de la República y los contratos celebrados entre Petrobras y la constructora OAS.

Por último, es absolutamente extravagante la condena por lavado de dinero sin que exista la indicación de cuál dinero habría sido lavado.

**Los siguientes conceptos fueron extraídos del libro “Comentarios de una sentencia anunciada”, consistente en la recopilación de más de 100 artículos del Frente de Brasil de Juristas por la Democracia en defensa del debido proceso legal y publicado por CLACSO.**

1) INCOMPETENCIA DEL TRIBUNAL de la 13ª Sala Federal de Curitiba: ninguna de las imputaciones hechas al expresidente se encuadra en las hipótesis del art. 109 de la Constitución Federal. No le fue imputado ningún crimen que habría sido cometido en detrimento de bienes o servicios de la Unión, sus autarquías o empresas públicas (Petrobras es una persona jurídica de Derecho Privado, sociedad empresaria de economía mixta).

2) INCOMPETENCIA DE LA DENUNCIA DEL MINISTERIO PUBLICO FISCAL: carece de buena técnica y parece más a razones o alegatos finales, resultando difícil para el lector tener claridad acerca de cuáles imputaciones eran hechas efectivamente a los acusados

3) IMPEDIMENTO DE DEFENSA DE ALGUNOS DEMANDADOS Y VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCECSO LEGAL COMO GARANTÍA DE DERECHOS HUMANOS: En la sentencia, resulta evidente que la falsa polarización entre el derecho del individuo y los derechos de la sociedad –corrupción como mal sistémico que afecta a todos– hace nacer la torpe justificativa para el uso excepcional del derecho, en ocasiones suscitando la suspensión o simple incumplimiento de la ley y, otras veces, cruzando legislación amplia, medidas poco usuales para los fines pretendidos, o, en las palabras del magistrado, “justificando medidas de investigación siempre fundadas en ley, más amplias” (ítem 81 de la sentencia).

4) LEVANTAMIENTO DE CONFIDENCIALIDAD DE LAS CONVERSACIONES ENTRE LULA Y DILMA: El magistrado, con su **postura activa a lo largo de la investigación**, acompañando y valorando el contenido de las grabaciones telefónicas que resolvió divulgar para que la opinión pública legitimase su actuación, creó condiciones objetivas para manchar la confianza de las partes en la existencia de una previa adhesión a la tesis acusatoria (Prado, 2005: 109), poniendo en evidencia la pérdida de la imparcialidad.

5) VIOLACION DEL PRINCIPIO DE INOCENCIA: Sérgio Moro apunta con precisión la fragilidad de los argumentos utilizados por la defensa, cuya inconsistencia sugiere que el debido esclarecimiento de los hechos sería indigerible en relación a las pretensiones políticas del

expresidente. Sin embargo, precisamos observar que los demandados de procesos criminales **no están obligados a comprobar su inocencia.**

6) ELEVACION DE LA PENA: Se percibe, claramente, que el juez buscó agravar la sanción penal con la finalidad de imponer al acusado el régimen cerrado para el cumplimiento de la pena de reclusión.

7) CONFRONTACIÓN ENTRE EL ACUSADO Y EL ACUSADOR: Que el presidente Lula utilice el encuentro como un documento político, que use jergas o chicanas políticas le es lícito, natural y un derecho. Lo que no puede hacer es faltar el respeto, no atender al decoro exigido en una sesión. Al ser juzgado en un proceso, la ley establece cuáles son sus obligaciones y –según consta– todas fueron cumplidas. Por otro lado, el juez Sérgio Moro, al asumir la postura de quien está del otro lado del ring, listo para encarar al acusado, se aparta de sus atribuciones y, con esto, no solo perjudica al proceso, o al acusado, sino que perjudica y atropella a toda la democracia. **Es un juez, no un luchador. Un juez no es y no puede ser un héroe.** Un paladín de la Justicia. Un combatiente de la corrupción. No existe para eso. Esa no es su atribución. El juez es un servidor de la ley, un funcionario, alguien que actúa en obediencia a la ley, jamás al contrario.

8) DERECHO PENAL DEL ENEMIGO (POLITICO): Bajo el argumento de seguridad nacional, de legítima defensa o de combate al terrorismo –el proclamado mal del siglo XXI– ciertas personas, por ser consideradas enemigas de la sociedad o del Estado, no detentarían todas las garantías y protecciones penales, y procesales penales, que se aseguran para los demás individuos. En nombre de la defensa de la sociedad, las garantías penales mínimas consagradas por las constituciones y por los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos, como la presunción de inocencia, la prohibición de la condena sin pruebas, el principio de la legalidad, la neutralidad de quien juzga, la prohibición de la tortura, así como el impedimento de la obtención de pruebas por medios ilícitos, no se aplican a los proclamados “enemigos de la sociedad”. En este contexto, tenemos el Derecho Penal del Ciudadano, cuya tarea es garantizar la vigencia de la norma como expresión de una determinada sociedad y el Derecho Penal del Enemigo, al que le cabe la misión de eliminar peligros. Además, en el Derecho Penal del Enemigo, **hay una verdadera cacería al autor de un pretendido delito, puesto que el agente es castigado por su identidad, por sus características y por su personalidad.** Se castiga al autor, y no a la conducta delictiva en sí.

No es un proceso penal jurídico. Es un proceso penal político y, en este sentido, tiene el problema de que no sigue la debida garantía penal.

9) TRANSICIÓN DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO MEDIÁTICO PENAL Y EL JUEZ “AVESTRUZ”: Así, si el avestruz, según algunos veterinarios, entierra su cabeza en el suelo para escuchar mejor la aproximación de algún enemigo, el juez avestruz, a su vez, pone la cabeza en los periódicos y en la televisión para saber lo que su mejor amiga (los medios) le dice que tiene que hacer.

En cuanto a este punto, además, vale recordar que el juez Sérgio Moro, al toparse con un documento sin firma (por lo tanto nulo o inexistente, dependiendo de la teoría que se adopte), en vez de arrancarlo del proceso, intentó utilizarlo contra Lula, veamos: *MORO: Hay un documento aquí que habla del tríplex... LULA: ¿Firmado por quién? MORO: Hmm... la firma está en blanco. LULA: ¡Entonces lo puede guardar, por favor!.* Hay que indagar lo siguiente: ¿por qué –incluso teniendo conocimiento de que el documento no podría ser utilizado, dado que no tiene firma– el juez Sérgio Moro intentó aun así utilizarlo contra Lula?

10) PROCESO PENAL DE EXCEPCIÓN EN LA ERA DE LA POSVERDAD: Más convicciones, menos hechos. Marca de nuestros tiempos, la “posverdad” traduce las circunstancias en que **los hechos objetivos tienen menos relevancia que las apelaciones a emociones y creencias personales.**

11) ESTADO DE EXCEPCIÓN: La excepción que vivimos es normalizada como la negación de derechos, es aquella excepción que, “en la tradición de los oprimidos”, se hace regla. Este es un Estado de excepción que no es declarado, o formalizado, pero que está presente de acuerdo con el momento, con la situación, con los involucrados. **No es un “estado de excepción” dirigido a todos, ya que hay una selectividad de excepción,** que abarca a los pobres, a los presos, a los negros, a los indios, a los “enemigos” de cada lugar e instante.

12) ADJETIVACIÓN IRRESPECTUOSA SOBRE EL EJERCICIO DE LOS ABOGADOS DEFENSORES: Se constata que el magistrado obró con falta profunda de respeto al ejercicio de la abogacía al adjetivar como “lamentables” sus cuestionamientos. Violó, así, también el deber de civilidad, al exponer sus sentimientos personales demeritorios en relación al ejercicio de la defensa, en detrimento de un análisis técnico jurídico sin adjetivaciones.

13) VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE INTRANSMISIBILIDAD DE LA PENA: ninguna pena pasará de la persona del condenado, no pudiendo abarcar –directamente– a otras personas. La corrupción pasiva del expresidente, para el magistrado, habría sido caracterizada por el pago de

este valor como ventaja indebida, valor muy inferior a los supuestamente averiguados dieciséis millones de reales pagados a agentes políticos del PT, habiendo, por lo tanto, **una nítida transposición de responsabilidad penal al atribuir el monto total destinado a innumerables personas a un único individuo**, como forma de valoración negativa de las circunstancias y de las consecuencias del crimen.

14) EN DETRIMENTO DE LA SOBERANÍA POPULAR: Ocurre que un juez, aunque tome decisiones que traen consecuencias políticas, no está autorizado a decidir políticamente, sobre todo si lo hace en detrimento de las razones jurídicas. Un juez no es un soberano, aunque pretenda usurpar la soberanía cuyo titular, en los regímenes en que está garantizado el derecho al sufragio universal, es el pueblo. El juez Moro/Globo busca impedir la soberanía popular, pero no está en grado de actuar soberanamente. En este contexto, la sentencia contra Lula cumple el papel de crear un impedimento formal a la soberanía popular porque **restringe las opciones electorales de las fuerzas depuestas por el golpe de Estado parlamentario judicial**, en tanto que el gobierno que se instaure luego del golpe prescinde de cualquier referencia, concreta o abstracta, al pueblo.

15) LAWFARE: La aniquilación de un personaje político por la vía de mecanismos judiciales.

*-MOMENTO OPORTUNO DE LA SENTENCIA:* precisamente el día siguiente al que el Senado Federal **aprobó la abominable “reforma” laboral** que en la práctica abolió los derechos de los trabajadores.

*-INJERENCIA DE LOS MEDIOS:* no sería una mera eventualidad que **uno de los principales argumentos retóricos para la condena de Lula** haya sido un material periodístico publicado por el diario O Globo. En cuestión, la supuesta vinculación de Lula a esquemas de corrupción con la constructora OAS, consistente en el recibimiento de la propiedad de un tríplice en la ciudad de Guarujá, SP, por intercambio de favores, en razón del cargo de Presidente de la República. Para sustentar, por lo tanto, el decreto condenatorio, el juez argumenta que el diario O Globo publicó material el 10 de marzo de 2010, cuyo tema principal sería que Lula y su esposa estarían en la espera para recibir su tríplice en Guarujá, adquiridos mediante BANCOOP y que se encontraría en mora con el matrimonio.

*-FINALIDAD REAL:* Todos saben que el objetivo del juez Moro era encarcelar al Presidente Lula. Esto quedó explícito en el episodio de la conducción coercitiva y en el propio recibimiento de

la denuncia. Todo Brasil sabía que el objetivo del movimiento que culminó en el proceso y denuncia contra el presidente **era dar un alto a las políticas implementadas por el PT y por el Presidente Lula**, por lo que toda la acción política y judicial, desde el golpe contra la Presidenta Dilma a esta condena y otras que todavía vendrán, fue hecha en el sentido de asfaltar el camino para la recomposición de un neoliberalismo explícito y entreguista desde el punto de vista internacional.

Consideramos que los conceptos desarrollados componen el Modus Operandi del fenómeno de Lawfare, por lo que su aplicación analógica puede utilizarse en otros casos para establecer un paralelismo y reconocer las coincidencias existentes.

## 8- CONCLUSIONES

*Como dijo Cristina Fernández de Kirchner en Noviembre de 2017: "El gobierno y sus aliados en el Senado buscan dos cosas. Una, amedrentar a la dirigencia política, social y sindical para que no haya voces verdaderamente opositoras a la segunda parte del plan de ajuste: precarización laboral, baja de las jubilaciones, impuestazo a los consumos populares y recorte de los recursos provinciales, entre otras medidas. La otra es distraer la atención de la sociedad argentina con un show mediático que permita ocultar el saqueo de la Nación y del bolsillo de los argentinos."*

Consideramos que como abogados y abogadas tenemos el deber de formarnos en el tema, para poder transmitirlo de manera sencilla y así concientizar a la sociedad de este fenómeno latinoamericano para que puedan utilizar la sana crítica ante tanta DES-información. Será nuestro trabajo promover la discusión política para que todo este ARMAMENTO JUDICIAL Y MEDIATICO no sea la agenda diaria de nuestra política, principalmente **porque mientras todo ello sucede en la Televisión y los Diarios, la sociedad es su conjunto sigue recibiendo, de manera silenciosa, políticas de ajuste y retroceso en sus derechos.**