

Derechas y el Poder Judicial en el siglo XXI. Una aproximación a los casos de Argentina, Brasil y Ecuador.

Florencia Prego.

Cita:

Florencia Prego (2021). *Derechas y el Poder Judicial en el siglo XXI. Una aproximación a los casos de Argentina, Brasil y Ecuador*. XIV Jornadas de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.

Dirección estable: <https://www.aacademica.org/000-074/272>

XIV Jornadas de la Carrera de Sociología
Facultad de Ciencias Sociales – Universidad de Buenos Aires
1 al 5 de noviembre de 2021

Sur, pandemia y después

Mesa 215: “Procesos de cambio social en América Latina: Pandemia, nuevas izquierdas y nuevas derechas latinoamericanas”

Guerras jurídicas y estado de excepción: las derechas y el Poder Judicial en América Latina en el siglo XXI

Mg. Florencia Prego (UBA-IEALC)¹

Introducción

La problematización de las derechas y las “nuevas” derechas en América Latina ha recobrado una importancia vital en la coyuntura histórica actual, desde el campo político e intelectual. El análisis implica un doble nivel: por un lado, una perspectiva social e histórica y, por otro lado, la dimensión teórica-conceptual del fenómeno. De este modo, es posible advertir que no existe un concepto universal o ahistórico de derechas, sino que la historicidad es inherente a dicho concepto. Suscribimos a la idea de que la expresión derechas no se refiere a un sujeto político sino que es la posición política de la burguesía, cuya base social (y política) no es preminentemente burguesa sino que contiene a sectores de las clases subalternas (Ansaldi, 2016).

La discusión sobre el carácter novedoso de las mismas se revitalizó a fines del siglo XX con la crisis del paradigma neoliberal y principios del siglo XXI con la emergencia del ciclo de gobiernos progresistas y/o populistas. El cambio de la correlación de fuerzas en la región condicionó a estas fuerzas políticas, tanto las que se encontraban en la oposición como las que permanecieron en la dirección de los gobiernos, ante la eclosión de los sistemas de partidos tradicionales, y el avance y la profundización de la lucha antineoliberal.

Estas fuerzas políticas se vieron compelidas a reconfigurar sus estrategias de acción e intervención política en un contexto histórico signado por la ponderación de la

¹ Licenciada en Sociología y Magister en Estudios Sociales Latinoamericanos (Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires). Doctoranda en Ciencias Sociales. Correo electrónico: prego.florencia@gmail.com.

democracia como fuente de legitimidad del orden político. De este modo, la “novedad” de estas fuerzas de derecha radica en la afirmación de la democracia liberal “dialoguista”; la totalización del mercado; la construcción de un discurso pospolítico - que diluye el conflicto social de carácter clasista y elude la polarización confrontativa-; la postulación como *outsiders* de la política (sin necesidad de serlo) para distanciarse y diferenciarse de los “políticos tradicionales”; la ponderación de valores republicanos; y la defensa del Estado y lo público (Soler, 2021).

Sin embargo, a partir del 2008 comienza a gestarse un proceso de repliegue del ciclo progresista-populista y, como contrapartida, de avance de las derechas a través de golpes de Estado de nuevo tipo -neogolpismo- (Honduras, Paraguay, Brasil y más recientemente Bolivia) y procesos electorales (Argentina, Ecuador y Uruguay), cuando no por una combinación de ambas (Brasil y Paraguay).

El neogolpismo tiene como objetivo anular o inhibir un proceso de cambio social que se presente como una amenaza (real o no) al orden estatuido o que afecte los intereses políticos y económicos concentrados y, por lo tanto, buscan restaurar gobiernos afines a los mismos. A su vez, invocan una salida institucional y legal (no hay quiebre, sino continuidad) para resguardar y defender el orden democrático. El neogolpismo fue ejercido en Honduras contra Manuel Zelaya (2009), en Paraguay contra Fernando Lugo (2012), en Brasil contra Dilma Rousseff (2016) y en Bolivia contra Evo Morales (2019). Sin embargo, estos casos nos aportan un denominador común: la continuidad -en mayor o menor medida- de los dirigentes políticos depuestos en la escena política. Este factor es clave para pensarlos como laboratorio (o eslabón previo) de lo que se produjo después: las guerras jurídicas.

En aquellos países donde no había condiciones para la ejecución de golpes de Estado, las derechas se ajustaron a las reglas de la democracia formal. En efecto, apelaron a los espacios políticos institucionales para ordenarse y rearticularse. De este modo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial devinieron en espacios clave para nuclearse, articularse y desplegar sus estrategias de intervención política y dotarlas de legitimidad con el objetivo de clausurar el proceso de cambio social impulsado por las experiencias populistas-progresistas y buscando instaurar un nuevo orden social (Soler y Prego, 2019, p. 35):

Es posible observar una nueva institucionalidad entre las derechas y el Estado. Las fuerzas de derecha, luego del ciclo progresista-populista, se reconstruyeron sobre las instituciones de la democracia formal y crearon nuevas formas de vinculación, principalmente con el Poder Legislativo y el Poder Judicial, con el fin de consagrar un nuevo orden social y de convalidar y dotar de legitimidad sus estrategias políticas para acceder al Gobierno y al Estado (Soler, 2021, p. 8).

En efecto, el Poder Judicial comenzó a ocupar un lugar destacado en la agenda política, como así también en la opinión pública, y las guerras jurídicas funcionaron (funcionan) como una herramienta con capacidad de condicionar los escenarios políticos.

Sin embargo, la intervención del Poder Judicial en la política no es una novedad, como así tampoco la permeabilidad existente entre el campo jurídico y político. Entonces, ¿cuál es la especificidad del problema que estamos abordando? En primer lugar, los actores intervinientes. Las fuerzas de derecha articulan, principalmente, con los funcionarios judiciales (jueces, fiscales, abogados, etc.) y los medios de comunicación. Intervienen a su vez, otros actores estatales como los servicios de inteligencia; no estatales como las ONG, los *think tanks* y las fundaciones; y paraestatales como los denominados “operadores judiciales”. En segundo lugar, las narrativas, la subjetividad y los imaginarios sociales construidos donde adquiere un rol central la corrupción; y, en tercer lugar, el contexto social y político en el que se produce y el carácter regional que asume que nos permite trazar una línea de continuidad.

La hipótesis que guía nuestro análisis es que en el siglo XXI el Poder Judicial sentó las condiciones de posibilidad para la constitución de situaciones de excepción, cuando no para estados de excepción de facto, con el uso del derecho penal y de los procesos judiciales a través de las guerras jurídicas (*lawfare*) con el fin de consagrar la institucionalización de la burguesía en la dirección del gobierno y el Estado, restaurar el orden neoliberal e impulsar un proceso de despolitización social tras la experiencia de los gobiernos populares y progresistas que ciñeron la región desde fines de los noventa y principios de los dos mil. Esta disputa se expresó en dos dimensiones: por un lado, en la dirección moral e intelectual (lo que explica la judicialización contra ex funcionarios y dirigentes políticos) y, por otro lado, en el proceso de acumulación (lo que explica la persecución contra determinados empresarios).

Entre el estado de derecho y el estado de excepción

¿Cuál es la tarea y el rol del Poder Judicial -el único poder no elegible- en una democracia constitucional? El problema presentado nos lleva a poner en discusión dos conceptos: el estado de derecho y el estado de excepción.

Desde una aproximación teórica, se puede concebir el estado de derecho como la categorización histórico-jurídica que constituye la consagración de un proyecto ideológico que tiene como fin asegurar la libertad y la seguridad de los individuos, mediante la demarcación de los límites entre el poder y la prepotencia, la discrecionalidad y la arbitrariedad (Valim y Gutiérrez Colantuono, 2018, p.46). El derecho (a diferencia de la moral) se aproxima a una racionalidad procedimental donde

las normas y los procedimientos están vinculados a criterios institucionalizados y se legitiman en los procedimientos legislativos democráticos que los institucionalizan: “el sentido deontológico de validez de las normas jurídicas deviene precisamente de esta idea de que la legitimidad del derecho deriva de su legalidad” (Cittadino y Moreira, 2018, p.57). Sin embargo, el derecho registra en cada momento un estado de relaciones de fuerzas y ratifica con ello las conquistas de los dominadores (Bourdieu, 2000, p.161). Por lo tanto, ¿es el derecho (o la buena aplicación del mismo) la panacea para América Latina?

Pierre Bourdieu (2000) define el campo jurídico como el espacio social donde se disputa el monopolio del derecho a decir derecho –es decir, por la interpretación de la ley-, por establecer cuál es la buena distribución (nomos) o el buen orden (p.160). El derecho es la forma por excelencia del poder simbólico y del discurso actuante capaz de producir efectos tanto dentro como fuera del campo (Bourdieu, 2000), produciendo la idea y la creencia que el orden jurídico está teñido por la neutralidad y la autonomía del derecho y los juristas, y que la actividad judicial se reduce a una función técnica (Barrera, 2015). Sin embargo, reducirla a una *expertise* legal que utiliza un lenguaje técnico –jurídico-soslaya su dimensión política e ideológica que, en la coyuntura actual, cobra mayor visibilidad.

Los miembros del Poder Judicial han profesado o profesan una ideología conservadora o liberal-conservadora caracterizada por una convicción de raíz elitista y por una convicción perfeccionista basada en la idea de que ciertas concepciones del bien deben ser desplazadas a favor de otras avaladas por los poderes del Estado (Bohoslavsky y Gargarella, 2015: 79). Esta distancia entre el campo jurídico y lo que a éste le resulta ajeno, es mediada también por la creencia acerca de una posición de privilegio y relaciones jerárquicas en el interior del Poder Judicial que se replica en el exterior de la institución (Barrera, 2015).

El análisis del campo jurídico y su *habitus* permite comprender la relación y la pertenencia de los magistrados a la clase dominante y, por lo tanto, la proximidad de intereses que emparentan sus visiones del mundo, evidenciado la unidad entre los detentadores del poder simbólico (jurídico) con los detentadores del poder temporal, político o económico (Bourdieu, 2000, p. 204). Los hábitos y capitales sociales que constituyen el campo jurídico, con sus lógicas internas y cerradas, construyeron la idea de “familia judicial” definida a partir de relaciones parentales, tradiciones, linaje y prestigio. No se reduce solamente a la consanguineidad, sino a la pertenencia a ciertos clanes o grupos de interés (e ideológicos). La incorporación de sus miembros y el ascenso en la carrera judicial se genera a partir de un circuito de intercambio de favores

y obligaciones que consolidan un patrón de sociabilidad y una trama de alianzas basadas en lealtades y jerarquías (Sarrabayrouse Oliveira, 2015).

Donatello y Lorenc Valcarce (2017) sostienen que los jueces en la actualidad no pertenecen a categorías sociales dominantes ni a linajes de juristas y magistrados, sino que tienen un carácter plebeyo y profano. El acceso y el ascenso de los mismos puede darse a partir de la promoción interna en la carrera judicial (estrategia por “dentro”) o por padrinazgo político-partidario (estrategia por “fuera”). Los actores judiciales están insertos en “redes de interdependencia” que permiten la creación de nuevos lazos y vínculos a partir del reacomodamiento de grupos -y de la aparición de otros- ante una posible transformación de las relaciones de fuerza en el seno del Poder Judicial que se enmarcan a su vez, en las modificaciones del campo político (Elias, 1982, citado en Sarrabayrouse Oliveira, 2015).

La reconfiguración del orden jurídico democrático y el rol de sus actores plantea, en el siglo XXI, una refundación del poder soberano y su vinculación con el derecho donde es inherente una combinación de elementos jurídicos y extrajurídicos. Es posible advertir la convivencia o coexistencia de instituciones propias del estado de derecho con aparatos autoritarios: “esa excepción de tipo autoritaria puede convivir con el constitucionalismo democrático y permite la institucionalización de la violencia” (Cittadino y Moreira, 2018, p.58). ¿La normalidad deviene en excepción? ¿O es la excepción la nueva normalidad al interior de los ordenamientos jurídicos?

Carl Schmitt (Teología Política, 1922) distinguió la norma y la decisión como elementos que componen lo jurídico: en los casos normales se reduce el elemento de la decisión y, en el caso excepcional, el elemento normativo (Vita, 2014, p. 123). En momentos de excepción debe primar la decisión política por sobre la norma escrita siendo el soberano quien decide cuándo hay una emergencia extrema, qué hacer para eliminarla y si el orden constitucional debía ser suspendido para resolver la crisis. Es decir, es el soberano quien decide sobre el estado de excepción. En este sentido, la situación de excepción evidencia para Schmitt la autoridad del Estado: la decisión se separa de la norma jurídica y demuestra que para crear derecho no se necesita tener derecho (Vita, 2014, pp. 122 y 123).

Desde una lectura crítica, Agamben (2010) sostiene que la contribución de la teoría schmittiana fue la de articular el estado de excepción y el orden jurídico: “se trata de una articulación paradójica, porque aquello que debe ser inscripto en el derecho es algo esencialmente exterior a él, esto es, nada menor que la suspensión del propio orden jurídico” (Agamben, 2010, pp. 72 y 73). De este modo, el estado de excepción no es ni externo ni interno al ordenamiento jurídico y el problema de su definición concierne a un umbral en el cual dentro y fuera no se excluyen, sino que se indeterminan:

si las medidas excepcionales son el fruto de los períodos de crisis política y, en tanto tales, están comprendidas en el terreno político y no en el terreno jurídico, ellas se encuentran en la paradójica situación de ser medidas jurídicas que no pueden ser comprendidas en el plano del derecho, y el estado de excepción se presenta como la forma legal de lo que no puede tener forma legal (Agamben, 2010, p. 24)

Para Agamben el estado de excepción ya no es una categoría temporal sino estructural del derecho: lo que caracteriza a cualquier poder soberano es su capacidad de crear espacios donde no se aplica la norma vigente. En este sentido, hace del estado de excepción un concepto topográfico, donde ya no es concebido como una categoría temporal sino estructural del derecho: “lo que caracteriza a cualquier poder soberano, justamente, es su capacidad de crear espacios donde no se aplica la norma vigente” (Franski, 2015, p. 418).

Actualmente, el decisionismo de parte del Poder Judicial es una prueba del colapso del Estado del derecho, donde miembros del Poder Judicial se transforman en el soberano schmittiano (Valim y Gutiérrez Colantuono, 2018, pp. 49 y 50) con la implementación de medidas judiciales de excepción que reconfiguran el derecho como derecho penal del enemigo o un nuevo derecho procesal penal (Caamaño, 2020).

Guerras jurídicas o lawfare. Una aproximación.

El término “guerra jurídica” o lawfare fue acuñado por el General de la Fuerza Aérea de EEUU Charles Dunlap en un escenario internacional post11 de septiembre bajo el paradigma del terrorismo. La define como “el uso de la ley como un medio para conseguir lo que de otra manera tendría que conseguirse con la aplicación de la fuerza militar tradicional” (Dunlap, 2017, p. 2). Su concepción tenía una acepción negativa (como un mal uso o abuso de la ley):

(...) como los enemigos de los EEUU no pueden dar pelea en el campo de batalla en igualdad de condiciones tecnológicas (simetría), se esconden detrás del Derecho Internacional que prohíbe bombardear poblaciones civiles. Y que, asimismo, es el lugar donde se escudan los terroristas (asimetría). En otras palabras, los llamados daños colaterales son hiperlegalismos inventados para deslegitimar a EEUU (Romano, 2019, p.50).

Este término fue tomado y resignificado, tanto en el campo político como en el campo de las ciencias sociales, y adquirió especial relevancia en América Latina promediando la segunda década en el siglo XXI en el marco del avance de las fuerzas de derecha en la región donde, como ya hemos plateado, en Poder Judicial tuvo un rol protagónico.

Sin embargo, el análisis coyuntural debe insertarse en la dimensión estructural. De este modo, podemos definirlo como “la forma en que una fracción de la burguesía trata de resolver su proceso de acumulación financiera en esta fase del capitalismo dirigiendo una persecución contra dirigentes sociales, funcionarios y/o líderes de gobiernos populares y/o empresarios y/o sociedades comerciales” (Chamorro, 2020, p.27).

Hay lecturas que consideran la guerra jurídica como una desviación autoritaria del derecho (Salas Oroño, 2020, p.46) o como la implementación del derecho penal del enemigo; también como la partidización del Poder Judicial o la judicialización de la política. Haciendo uso de todos estos elementos, las guerras jurídicas o lawfare articulan una ingeniería jurídica que alteran el uso de la ley y de las normas procesales donde pasa ser normal el uso alterado o alternativo del derecho (Chamorro, 2020, p.31). Una “metamorfosis del punitivismo penal” que trae consecuencias para toda la arquitectura normativa del Estado (Salas Oroño, 2020, p.46). Esto tiene su anclaje geopolítico, dado que se inscriben en un escenario signado por la pérdida de hegemonía de EEUU y sus intenciones de no perder la capacidad de sobredeterminación sobre América Latina:

Podríamos decir, entonces, que el *lawfare* es una manera más de sostener el poder geopolítico defendido por una red de intereses y actores a nivel local e internacional vinculados generalmente a las derechas (liberales y conservadoras). Sería una de las estrategias para mantener el *statu quo*, que puede articularse con otras vías para la desestabilización (...) (Observatorio Lawfare CELAG)

La guerra jurídica o lawfare consiste en el uso indebido de herramientas jurídicas para la persecución política y la aplicación de la ley como un arma para destruir al adversario político por la vía judicial (sobre todo, en momentos políticos clave), promoviendo la eliminación o desmoralización de este en el plano de la opinión pública con el fin de desplazarlo de la política formal (a través de los procesamientos judiciales, el linchamiento mediático, la ruina económica, etc.) (Romano, 2020). Constituye un ataque asimétrico que se vale del derecho y de los tribunales con vistas a demonizar y deslegitimar al oponente político (Zanin Martins, Ramírez Araujo Valim y Pereira Ferreira, 2019, p.10): “de ser necesario habrá que correr los límites de la legalidad a partir de la individualización del otro como enemigo” (Chamorro, 2020, p.47). En esta línea difusa, entre lo legal y lo ilegal, el Poder Judicial es clave para dotar de legitimidad estas acciones.

El Poder Judicial pone en marcha las estrategias necesarias para desprestigiar a determinadas fuerzas políticas, inhabilitar electoralmente a ciertos líderes y/o incidir en la reorganización de los equilibrios geopolíticos existentes (Chamorro, 2019, p.50). Es la realización de la guerra por medios no convencionales donde la batalla es transferida

al dominio legal y actúa en tres dimensiones: la jurisdicción, la ley y los medios de comunicación (Zanin Martins, Ramírez Araujo Valim y Pereira Ferreira, 2019, p.4). Crean un ambiente de legitimidad para las persecuciones a partir de la presunción de culpabilidad del enemigo ante la falta de materialidad de las acusaciones. Los objetivos que persigue son: la limpieza política, la profundización de las conductas antipolíticas, la restauración o consolidación del neoliberalismo, el disciplinamiento social y la securitización de la política/rearticulación del aparato represivo (Romano, 2020).

De este modo, el Poder Judicial se eleva por sobre los poderes Ejecutivo y Legislativo reemplazando las instancias representativas y deliberativas de la democracia liberal procedimental ante la transferencia de poder de las instituciones representativas a las instituciones judiciales. Este movimiento superestructural que opera desde arriba será denominado juristocracia (Romano 2020; Salas Oroño 2020):

(...) paradójicamente, por un lado se elimina al Estado: se recurre a un estado de excepción por medio de herramientas (supuestamente) legales (así definidas por un aparato judicial que se elevó por encima de los demás poderes), que en los hechos conducen a la omisión de la ley a favor de la reimposición del neoliberalismo (Romano, 2019, p.30)

En consecuencia, se configura un “nuevo” aparato judicial que sustituye el carácter representacional de la democracia formal y queda en manos de un cuerpo no deliberativo ni elegido en las urnas. En este sentido, la guerra jurídica o lawfare impacta en los derechos políticos individuales de quien es objeto de esta y en los derechos políticos de la ciudadanía al impedirle elegir o no a determinado candidato, afectando el derecho político colectivo: quiebra el contrato electoral logrado entre la ciudadanía y el gobierno al despojar a quienes han sido electos legítimamente (Zanin Martins, Ramírez Araujo Valim y Pereira Ferreyra, 2019). Se produce la ruptura del contrato social que trajeron consigo las democracias liberales, a partir de la manipulación tanto judicial como mediática, que acaba condicionando los escenarios políticos como así también la configuración misma de los Estados.

Los actores involucrados, las narrativas construidas y el carácter regional que asume

En el ejercicio y la ejecución de las guerras jurídicas puede observarse una combinación de violencias. Por un lado, la violencia material y, por otro lado, la violencia simbólica que “(...) supone la implementación de mecanismos de dominación suaves, que apuntan a persuadir a los dominados que aquello que se impone los beneficiará” (Sidicaro, 2021, p. 91). El rol de los medios de comunicación será clave:

La lógica adversarial de la política democrática es sustituida por la lógica de la destrucción mediática de la imagen del enemigo, cuando los sistemas judiciales anticipan públicamente la elaboración de procesos que deberían estar circunscriptos a los límites del debido proceso penal (Cittadino y Moreira, 2018, p.69).

De este modo, devienen en un actor central en las guerras jurídicas ya que operan en la configuración de la opinión pública y en la construcción de subjetividades creando un ambiente de supuesta legitimidad para la persecución, consagrando la presunción de culpabilidad del enemigo elegido, con el objetivo permitir una condena sin pruebas o incluso hacer que la opinión pública exija la condena (Zanin Martins, Ramírez Araujo Valim y Pereira Ferreyra, 2019, p.21). Las arbitrariedades judiciales, cometidas por la instrucción del proceso, se asocian a una ilegítima presión mediática provocando por el desequilibrio procesal existente en el sistema judicial (entre la instrucción y el juzgamiento) (Cittadino y Moreira, 2018, p. 69). Buscan construir un imaginario social y una subjetividad colectiva que habilite discursos antidemocráticos (Chamorro, 2020, pp. 136 y 137).

Esto es clave para pensar la especificidad de las guerras jurídicas o la intervención del Poder Judicial en la arena política, dado que se evidencia una “afinidad electiva” de las guerras jurídicas con países y naciones periféricas donde prima la concentración (privada) de los medios de comunicación (Salas Oroño, 2019, p. 47). Sin embargo, no basta con su intervención, sino que es necesario que prime un sentido de la oportunidad política, como una campaña electoral cuando no un proceso electoral.

En efecto, los procesos judiciales dejan de estar regidos por criterios normativos para guiarse por la lógica mediática y consensos fácticos (Cittadino y Moreira, 2018). Esto genera un movimiento doble: por un lado, se construyen culpabilidades y se impulsan investigaciones judiciales y, por otro lado, disciplinan la decisión de los funcionarios judiciales que buscan demostrar relativa imparcialidad.

La corrupción (y la lucha contra la corrupción) deviene en una de las narrativas dilectas. Más allá de que en sí no constituye una figura penal², opera como una herramienta para lograr efectos extrajurídicos como presionar y condicionar a un gobierno para que lleve a cabo determinada política o para inhibir determinado mandato (Vegh Weis, 2020, p. 26). Hay un uso estratégico de la misma con el objetivo de legitimar el proyecto neoliberal de “desmontaje del Estado social de derecho” a favor de la dominación de una elite financiera internacional (Valim y Gutiérrez Colantuono, 2018, p. 48): “la

² Por eso se emplean los siguientes delitos: asociación ilícita, malversación de fondos, negociaciones incompatibles, malversación de caudales públicos, cohecho, tráfico de influencias, fraude en perjuicio de la administración pública, por mencionar algunas.

corrupción (...) socava las bases del Estado democrático de derecho, en la medida que sustrae los medios financieros indispensables para la realización de los derechos fundamentales” (Valim y Gutiérrez Colantuono, 2018, p.48).

Sin embargo, la lucha contra la corrupción habilitó acciones que se alejan de la legalidad: “el debido proceso tiene una trascendencia absoluta en las democracias, ya que no es posible luchar contra la corrupción desde la ilegalidad. Las irregularidades se las combate desde la constitucionalidad, con sus procedimientos y sus reglas” (Zanin Martins, Ramírez Araujo Valim y Pereira Ferreyra, 2019, p.46). Es posible advertir dos movimientos: por un lado, la selectividad en el enfrentamiento de la corrupción y, por otro lado, la vulneración de derechos fundamentales donde el Poder Judicial como fuente de excepción (Valim y Gutiérrez Colantuono, 2018). Hay un derecho penal y procesal vergonzante para algunos y un derecho procesal y penal con garantías para otros (Caamaño, 2020). El Poder Judicial se transformó en una institución parcial en material penal.

El uso desviado del derecho procesal penal se advierte en la alteración de las reglas de competencia y del juzgamiento en manos del juez natural, la arbitrariedad de la figura del arrepentido, la ilegalidad en torno a las escuchas telefónicas o el abuso de la prisión preventiva (Caamaño, 2020): “así se pone de manifiesto el final del derecho penal como contenedor del insaciable poder punitivo estatal” (Caamaño, 2020, p.67). Estas situaciones y acciones priman como denominador común tanto en Brasil como Argentina y Ecuador, que son casos arquetípicos para analizar las guerras jurídicas libradas contra los gobiernos populistas-progresistas ya sea por las formas de intervenir, los actores involucrados, los objetivos perseguidos y los resultados obtenidos.

En Brasil no se puede pensar ni analizar la guerra jurídica librada contra el PT y en particular, contra Lula Da Silva, sin remontarnos al *impeachment* contra Dilma Rousseff (2016) dado que fue condición de posibilidad para su condena, detención, y la posterior proscripción de su candidatura política, como así también para la victoria electoral de Jaír Bolsonaro. La clave, en términos políticos-jurídicos como mediáticos, fue la Operación Lava Jato (2014) que se inicia cuando la policía de Curitiba descubrió una red de lavado de dinero que operaba en lavaderos de autos quedando en manos del Juzgado Criminal N°13 a cargo del juez Sergio Moro. Los actos judiciales de la Operación Lava-Jato fueron exhibidos, modificados, recortados e interpretados por los medios: fue la “banalización de las informaciones de una causa y su novelización para dejar en un segundo plano las arbitrariedades de la técnica jurídica (Salas Oroño, 2019, p.47). Este fue el punto de partida de la embestida judicial

En Brasil la singularidad radica en la organicidad institucional de la justicia, un ‘compromiso’ de actuación en los diferentes niveles del Poder Judicial: no solo en

primera instancia (en el juzgado de Sergio Moro) sino que prefiguró el accionar en las instancias superiores, como el Tribunal Superior de Justicia (STJ) y la Corte Suprema. Se invierten las jerarquías del Poder Judicial, siendo las primeras instancias las que reorganizan y condicionan a las instancias superiores.

En Argentina, la guerra jurídica desatada contra Cristina Fernández de Kirchner y su elenco de gobierno comenzó durante su misma gestión y fue condición de posibilidad para la victoria electoral de Mauricio Macri y la Alianza Cambiemos (2015-2019). Sin embargo, el recambio de gobierno propició los procesos judiciales y las detenciones, que se intensifican a partir a la victoria oficialista en las elecciones de medio término (2017). Mesa judicial mediante (creada por una combinación de actores estatales y paraestatales) se confeccionó un plan de persecución sin precedentes y, con la legitimidad de las urnas, se incrementó la embestida judicial: el armado de causas, las denuncias televisivas que luego se llevan a los tribunales, el fórum shopping (mecanismo que permite que las mismas recaigan siempre en los mismos tribunales), las delaciones premiadas a través de los arrepentidos, las extorsiones, la promoción de escuchas ilegales, son algunos de los mecanismos dilectos. Las causas judiciales no solo ponían el foco en la corrupción (la mal llamada “ruta del dinero K”, causa cuadernos, etc.), sino también en políticas de Estado que comenzaron a ser judicializadas (ejemplo de ello, la causa del “Memorándum de Entendimiento con Irán”, “dólar futuro” o “plan qunita”).

Ecuador presenta una singularidad en relación con los otros dos casos dado que el gobierno de Lenin Moreno se suponía venía a continuar el proyecto de Alianza País. Sin embargo, tras la asunción se agudizan las pujas y las contradicciones internas con el presidente saliente, Rafael Correa, y el “correísmo”, y la guerra jurídica es una de las estrategias desplegadas para lograr sus objetivos políticos. Expresión de ello, es la convocatoria al Diálogo Nacional que incluyó a sectores sociales y políticos otrora desestabilizadores del gobierno de Correa (como Fuerza Ecuador y SUMA), que son incluidos y reconocidos por Moreno a partir de la concesión de lugares estratégicos, como en medios de comunicación y energía. Un sector del gobierno, tanto del ejecutivo como del legislativo, comenzó una campaña de diferenciación endógena con el correísmo, que se lo considera el “pasado” o la “corrupción” (Gómez Daza y Calderón Castillo, 2019, p. 87).

Lenin Moreno lleva a cabo la reorganización del aparato judicial a través de la guerra contra la corrupción que buscó institucionalizar con el referéndum y la consulta popular. En el caso de Ecuador puede identificarse un doble abordaje del lawfare. Por un lado, centrado en la corrupción, comenzando por el caso Odebrechet (que llevó a la condena de Jorge Glas a seis años de prisión en el 2017) y la causa “sobornos 2012-2016” que

llevó a la condena de Rafael Correa, Jorge Glas y una veintena de funcionarios y empresarios. Por otro lado, centrado en cuestiones políticas. Ejemplo de ello es la acusación contra el ex presidente por asociación ilícita por el secuestro de Fernando Balda ante lo que indicaban era una supuesta estrategia de persecución política a refugiados en territorio colombiano (además de vincular a Correa con la insurgencia colombiana); como así también la ola de persecuciones y detenciones que se desataron en octubre del 2019 -en el marco de las jornadas de protesta por las políticas económicas de Lenin Moreno- contra dirigentes y funcionarios del ala “correista”. La guerra jurídica en Ecuador buscaba deslegitimar la gestión de Correa, impedir su retorno a la política, acabar con su imagen pública, aplazar o tratar de impedir la crisis de gobernabilidad y restaurar el viejo orden neoliberal (Gómez Daza y Calderón Castillo, 2019).

A modo de síntesis, creemos que los casos de Brasil, Argentina y Ecuador exponen los casos más emblemáticos de guerra jurídica emprendida contra quienes han sido las principales referencias de los procesos de cambio social que tiñeron la región en el siglo XXI. En todos los casos, el Poder Judicial fue condición de posibilidad para que la derecha pueda recuperar la dirección del gobierno y el Estado, restaurar el orden neoliberal y condicionar, cuando no obturar, la participación política de los dirigentes señalados en los procesos electorales.

Reflexiones preliminares

En el siglo XXI el Poder Judicial, a través de sus funcionarios, devino en un actor central, con capacidad para condicionar los escenarios políticos en América Latina. En efecto, “(...) al inmiscuirse en asuntos tradicionalmente reservados a los partidos políticos, a la sociedad civil organizada, a los poderes políticos y a la construcción de narrativas políticas, se transforman en actores políticos” (Cittadino y Moreira, 2018, p.59). Tal como planteamos líneas más arriba, esto se inscribe en un contexto en el cual las derechas apelaron a los espacios políticos institucionales para ordenar y articular sus estrategias políticas a los fines de recuperar la dirección de los gobiernos y anular los procesos de cambio social promovidos, y con el fin de restaurar el orden neoliberal.

Pese a que siempre prevaleció cierta permeabilidad entre los poderes del Estado, o más precisamente entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo, el rol institucional ejercido por el primero en el rearmado de las fuerzas de derechas marca una singularidad de época. Si la legitimidad del Poder Judicial y sus actos provenía de la legalidad de los procesos legislativos del orden democrático, actualmente la fuente de su legitimidad se centra en los medios de comunicación y en la opinión pública. Del estado de derecho que, con sus deficiencias y contradicciones, prometían las democracias en América Latina, se

acabó propiciando y configurando estados de excepción ante el accionar mismo del Poder Judicial y los espacios políticos e institucionales. De este modo, la excepción convive en y con el orden democrático, evidenciando una disputa permanente contra prácticas y lógicas autoritarias que ponen en tensión las reglas mismas de la democracia liberal.

Suele invocarse el derecho como garante del orden democrático en una falsa dicotomía que asocia *orden político violento-dictadura* y *orden político no violento-democracia*, ya que esa posición corre el riesgo de obviar las violencias del Estado de derecho liberal (Franzki, 2015, p. 423). Las guerras jurídicas que se inscriben actualmente en el seno de los ordenamientos jurídicos-políticos democráticos posibilitan situaciones de excepción y sintetizan múltiples violencias (tanto materiales como simbólicas).

El accionar del Poder Judicial no solo tiene impacto en el corto plazo para lograr la recuperación de las fuerzas de derecha del poder político, consagrar la institucionalización de la burguesía en la dirección del poder y refundar el orden neoliberal; sino que busca erosionar la legitimidad de los proyectos políticos del ciclo progresista-populista lo que afecta en el plano de la politización/despolitización de la sociedad o, más precisamente, en la desmovilización social. También, es preciso señalar que la reconfiguración del Poder Judicial tiene un impacto en el largo plazo dado que, en el caso de las derechas perder en las urnas, la organización estatal quede afectada a un rediseño de la arquitectura jurídico-política:

el lawfare es eso, una de las tantas minas interpersonales (y personales) que se plantan en el terreno de la inédita estructura democrática. El Soberano en América Latina vuelve por sus fueros. Además de jueces y normas propias del lawfare se plantan normas de emergencia específicamente dirigidas contra ciertos individuos o grupos (Chamorro, 2020, p.135).

Las guerras jurídicas se explican como un nuevo dispositivo de dominación que buscan restaurar un nuevo orden social a nivel regional. La configuración de una nueva institucionalidad que promueven las fuerzas de derecha con el Poder Judicial será el vector posibilitador. Los objetivos no solo se limitan al corto plazo, sino que tiene una mirada de largo alcance que es preciso advertir para seguir pensando y problematizando los escenarios políticos y sociales en América Latina.

Bibliografía

- Agamben. G. (2010). *El Estado de excepción*. Adriana Hidalgo Editora.
- Ansaldi, W. (2017). Arregladitas como para ir de boda. Nuevo ropaje para las viejas derechas. *Theomai*, (35), 22-51.

- Barrera, L. (2015). ¿Ruptura o continuidad? A propósito de la transición de la Corte Suprema de la dictadura a la democracia. En Bohoslavsky, J. P. (ed.) *¿Usted también, Doctor? Complicidad de jueces, fiscales y abogados durante la dictadura* (pp.327-345). Siglo Veintiuno Editores.
- Bohoslavsky, J. P. y Gargarella, R. (2015). El rol de la Corte Suprema. Aportes repetidos y novedosos. En Bohoslavsky, J. P. (ed.) *¿Usted también, Doctor? Complicidad de jueces, fiscales y abogados durante la dictadura* (pp.77-93). Siglo Veintiuno Editores.
- Bourdieu, P. (2000). Elementos para una sociología del campo jurídico. En Bourdieu, P. y Teubner, G. *La fuerza del derecho*. Siglo del Hombre Editores.
- Caamaño, C. (2020). La destrucción del derecho procesal penal. En Zaffaroni, E. R.; Caamaño, C.; y Vegh Weis, V. (Comps.) *Bienvenidos al lawfare. Manual de pasos básicos para demoler el derecho penal* (pp. 65-99) Capital Intelectual.
- Chamorro, G. (2020). *Lawfare o la continuación de la política por otros medios*. Nuestra América.
- Cittadino, G. y Moreira, L. (2018). La alianza política entre los medios y el Poder Judicial (o cuando la persecución se convierte en implacable). En Znin Martins, C; Zanin Martins, V. T; y Valim, R. (Coord.). *El caso Lula. La lucha por la afirmación de los derechos fundamentales en Brasil* (pp. 55-71). Astrea – Contracorrente.
- Donatello, L. M., y Lorenc Valcarce, F. M. (2017). El ascenso a la elite judicial. Una reconstrucción de los orígenes y las trayectorias de jueces a partir de entrevistas biográficas. *Revista Argentina de Sociología* ,11, 6-29.
- Dunlap, C. (2017). Introducción a la guerra jurídica. Manual básico. *Military Review Revista Profesional del Ejército de EUA Edición Hispanoamericana*, 2, 11.
- Franzki, H. (2015). A modo de (in)conclusión. Entre complicidad judicial y violencia jurídica. En Bohoslavsky, J. P. (ed.) *¿Usted también, Doctor? Complicidad de jueces, fiscales y abogados durante la dictadura* (pp. 415-427). Siglo Veintiuno Editores.
- Gómez Daza, A. y Calderón Castillo, J. (2019). Lawfare en Ecuador: la vía “Lenín” al neoliberalismo. En Romano, S. (comp.) *Lawfare. La guerra judicial y neoliberalismo en América Latina*. Mármol Izquierdo Editores.
- Observatorio Lawfare CELAG (2021). *No todo es lawfare*. <https://www.celag.org/no-todo-es-lawfare/>
- Romano, S. (2019). Introducción. Lawfare, judicialización y neoliberalismo en América Latina. En Romano, S. (comp.) *Lawfare. La guerra judicial y neoliberalismo en América Latina*. Mármol Izquierdo Editores.
- Salas Oroño, A. (2019). Juristocracia y ámbitos de aplicación en el lawfare brasileño. En Romano, S. (comp.) *Lawfare. La guerra judicial y neoliberalismo en América Latina*. Mármol Izquierdo Editores.
- Sarrabayrouse Oliveira, M. J. (2015). Rupturas, continuidades y lealtades en el Poder Judicial. En Bohoslavsky, J. P. (ed.) *¿Usted también, Doctor? Complicidad de jueces, fiscales y abogados durante la dictadura* (pp. 147-163). Siglo Veintiuno Editores.
- Sidicaro, R. (2021). El Estado y la política según Pierre Bourdieu. En Rubinich, L; Riveiro, M. B.; y Casco, J. M. (ed.) *Bourdieu Hoy* (pp. 84-96). Aurelia Rivera Libros.

- Soler, L. (2021). Derechas: acercamientos conceptuales, entre lo 'viejo' y lo 'nuevo'. *El progresismo y la izquierda ante la nueva derecha: claves para la región*. Red de Fundaciones de Izquierda y Progresistas, FRIEDRICH-EBERT-STIFTUNG y #TOMAPARTIDO.
- Soler, L. y Prego, F. (2019). Derechas y neogolpismo en América Latina. Una lectura comparada de Honduras (2009), Paraguay (2012) y Brasil (2016). *Historia y problemas del siglo XX*, 10, (11), 33-52.
- Valim, R. y Gutiérrez Colantuono, P. A. (2018). El enfrentamiento de la corrupción en los límites del estado de derecho. En Znin Martins, C; Zanin Martins, V. T; y Valim, R. (coord.). *El caso Lula. La lucha por la afirmación de los derechos fundamentales en Brasil* (pp. 45-55).Astrea – Contracorrente.
- Vegh Weis, V. (2020). Instrucciones para destruir el derecho penal. En Zaffaroni, E. R.; Caamaño, C.; y Vegh Weis, V. (Comps.) *Bienvenidos al lawfare. Manual de pasos básicos para demoler el derecho penal* (pp. 23-33). Capital Intelectual
- Vegh Weis, V. (2020). La destrucción de la criminología. En Zaffaroni, E. R.; Caamaño, C.; y Vegh Weis, V. (Comps.) *Bienvenidos al lawfare. Manual de pasos básicos para demoler el derecho penal* (pp. 99-139). Capital Intelectual.
- Vita, L. (2014). *La legitimidad del derecho y del estado en el pensamiento jurídico de Weimar: Hans Kelsen, Carl Schmitt y Hermann Heller*. Eudeba.
- Vollenweider, C. (2019). Lawfare en Ecuador: la vía "Lenín" al neoliberalismo. En Romano, S. (comp.) *Lawfare. La guerra judicial y neoliberalismo en América Latina*. Mármol Izquierdo Editores.
- Zanin Martins, V. T.; Ramires Araujo Valim, R.; y Pereira Ferreira, R. (2019). Parecer emitido sobre la ocurrencia del lawfare en Ecuador. Lawfare Institute. http://lawfareinstitute.com/wp-content/uploads/2019/04/Parecer-Lawfare-Institute-24-10-18_Esp.pdf