

La guerra jurídica asimétrica como dispositivo de colonialidad del poder*

ALEJANDRO MEDICI**

Cómo citar este artículo: Medici, A. (2022). La guerra jurídica asimétrica como dispositivo de colonialidad del poder. *El Otro Derecho*, 60, 55-71.

Recibido: 1 de diciembre de 2022 **Aprobado:** 15 de diciembre de 2022.



RESUMEN

En este texto analizamos las prácticas de *lawfare*, el uso del derecho y de la justicia para proscribir movimientos populares y sus liderazgos en el marco de guerras irregulares, asimétricas, como un dispositivo de colonialidad del poder. Esta nueva bestia política precisa en forma urgente un pensamiento crítico sobre el Estado, la democracia y los usos estratégicos del derecho en América Latina.

Palabras claves: Guerras asimétricas, *lawfare*, colonialidad del poder, crisis de la democracia.



ABSTRACT

In this text we analyse the practices of *lawfare*, the use of law and justice to ban popular movements and its leaderships in the frame of asymmetrical, irregular wars as coloniality power dispositive. This new political beast needs an urgent critical thinking about state, democracy and the strategic uses of law in Latin America.

Keywords: Asymmetrical wars, *lawfare*, coloniality of power, crisis of democracy.

* El presente artículo fue publicado originalmente en el Boletín *Crítica jurídica y política en Nuestra América*, Número 7, marzo/abril 2021, pp. 42-60. Buenos Aires: CLACSO.

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

INTRODUCCIÓN¹

Un “animal político” recorre América Latina, emerge y atemoriza en distintos cuadrantes de nuestra región, Ecuador, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Argentina: la utilización del derecho como arma de guerra o como se ha popularizado: *lawfare*. Lo hace en un momento de crisis de la democracia. Crisis que, entre otros factores, registra el efecto de este animal. Para comprender estos hechos, proponemos la idea del dispositivo de poder. En una formulación sintética y simple un dispositivo de poder es un conjunto de conocimientos, saberes, normatividades, instituciones, espacios heterogéneos, pero que en su articulación coyuntural tienen un efecto estratégico de poder.

La presencia de articulaciones entre sectores del poder judicial, gobiernos neoliberales, agencias públicas especializadas en inteligencia y seguridad, la función articuladora, formadora y promotora de las embajadas del *hegemon* continental, el protagonismo de los grupos oligopólicos multimediales, la manipulación de la información en las redes sociales, la

¹ Desde la producción y publicación original de este texto, el panorama político ha sufrido cambios en algunos cronotopos de Nuestra América. La recuperación de la democracia en el Estado Plurinacional de Bolivia con el juzgamiento de los responsables del golpe de Estado, las matanzas y violaciones de derechos humanos; la desarticulación de la operación “Lava Jato” con la consiguiente liberación de Luis Ignacio ‘Lula’ da Silva, luego de 500 días de prisión, quien a la postre resultó electo para un tercer período presidencial en Brasil; el triunfo de una coalición política de izquierda en Chile, como consecuencia de las resistencias populares y movilizaciones sociales contra el neoliberalismo; la elección presidencial en Honduras de Xiomara Castro, compañera de Manuel Zelaya contra quien se había iniciado la serie de golpes institucionales en la región; la elección del maestro y referente de izquierda Pedro Castillo en Perú, desestabilizado desde el inicio de su gobierno por el Congreso y finalmente depuesto y encarcelado. Cuando escribo estas líneas existen masivas movilizaciones populares pidiendo elecciones democráticas y constituyentes en Perú, que sufren la acción del aparato represivo del Estado, contabilizando a la fecha más de medio centenar de muertes. El triunfo de la coalición de izquierda Pacto Histórico en Colombia puso en el gobierno a Gustavo Petro y a Francia Márquez comenzando un gobierno en procura de transformación y paz.

No obstante, estos movimientos se producen en contextos conflictivos y difíciles, dónde estamos lejos de poder celebrar cualquier victoria concluyente de las izquierdas y movimientos populares transformadores sobre el esquema geopolítico hegemónico condicionante a nivel continental. El *lawfare*, si superado en la coyuntura brasileña, sigue campeando a sus anchas en Argentina y Ecuador. En el primer caso, la condena, sin pruebas, y usando arbitrariamente el tipo penal abierto de “asociación ilícita” de la expresidenta y actual vicepresidenta Cristina Fernández, tiene que ver con la falta de voluntad política y/o inoperancia del actual oficialismo para transformar el poder judicial, desmontando los mecanismos que posibilitan la práctica del *lawfare*. La sentencia, no firme aún, en caso de confirmarse por las instancias de alzada, además de condenarla, proscribió a Fernández de por vida del acceso a cargos públicos. En Brasil la toma de los tres poderes del Estado por millares de partidarios fascistas y golpistas del bolsonarismo, muestran que el fascismo societal se está concretando y condensando en grupos con capacidad de acción, movilización y presencia masiva en las redes sociales de (des)información. Los intentos de magnicidio contra las vicepresidentas de Argentina hace unos meses y contra Francia Marquez, más recientemente, ponen en evidencia que el *lawfare* es apenas un tipo de acción en un repertorio mucho más vasto que hacen parte de las guerras irregulares. Como también, en ese mismo campo, las movilizaciones racistas y, en algunos casos, germen de un secesionismo balcanizador en Bolivia contra el Estado Plurinacional y la agresión multiforme constante, el bloqueo y las sanciones económicas arbitrarias, la desestabilización y la desinformación acerca de las revoluciones bolivariana y cubana.

retórica justificadora, en fin, una variada fenomenología requiere de una explicación crítica comprensiva para situar este nuevo animal en la crisis de la democracia y el Estado constitucional de derecho en la región. Para comprender sus efectos en el ejercicio de la autodeterminación democrática de los pueblos, en los derechos humanos y sus garantías. No es posible pensar sobre la suerte de la democracia y el estado constitucional en la región, ni asegurar un servicio de justicia para una sociedad que pretenda adjetivarse como democrática, sin hacer este diagnóstico urgente.

En lo que sigue compartimos unas reflexiones provisionales y abiertas acerca de la situación de América Latina minutos antes de desatarse la pandemia de COVID-19 en curso. No sabemos si la “nueva normalidad” cambiará para mejor o empeorará las cosas, pero es necesario este ejercicio de memoria y balance de la situación en que nuestra región entró a este nuevo escenario. Regímenes de plutocracia electoral neoliberal en la mayoría de la región. Abuso del estado de excepción en varios cuadrantes de Nuestra América para reprimir la movilización popular, regreso del golpe de estado en un formato mucho más semejante al del siglo pasado en el Estado Plurinacional de Bolivia, y en medio de todo esto, caminando a sus anchas, una nueva bestia depredadora: *lawfare*, una contracción gramatical entre *law* y *warfare*, o, tal vez, “guerra jurídica”, traducido al español. Se trata de una brevísima introducción al tema, como ejercicio de preocupación por las consecuencias sociales, por el sufrimiento objetivamente evitable, y más aún cuando ante la creciente deslegitimación se recurre a la represión y criminalización de la protesta social. El sostenimiento del neoliberalismo frente a sus resistencias pasa por políticas que, disfrazadas de seguridad, tienen también un componente de alineamiento geopolítico continental. Nada novedoso, hasta aquí, en la historia de nuestra sufrida América. Lo que sí es nuevo: los gobiernos que movilizan el aparato represivo del Estado contra las movilizaciones populares pueden invocar legitimidad electoral. Lo hacen en marcos formales de Estado de derecho y regímenes electorales competitivos. Utilizan partes de las agencias de Estado de seguridad e inteligencia, sectores del poder judicial y una complicidad con los grandes grupos multimediales y las embajadas del *hegemon* regional para perseguir y deslegitimar a la oposición política eficaz. A eso se “limitaban”, al menos hasta el reciente golpe en Bolivia, que fue desmantelado por el pronunciamiento contundente de la soberanía popular en las últimas elecciones presidenciales.

GEOPOLÍTICA Y COLONIALIDAD DEL PODER EN NUESTRA AMÉRICA

Desde hace un tiempo, las ciencias sociales latinoamericanas y podríamos decir, del Sur, han desarrollado una nueva sensibilidad hacia lo que podemos llamar la colonialidad del poder en términos de Aníbal Quijano

(Palermo y Quintero, 2014) o el colonialismo actual en términos de Santos, para quien: “En realidad, la colonialidad es la continuación del colonialismo por otros medios, es otro tipo de colonialismo [...] Al contrario de lo que se piensa vulgarmente, la independencia política de las colonias europeas no significó el fin del colonialismo, tan sólo significó la sustitución de un tipo de colonialismo por otros (colonialismo interno, neocolonialismo, imperialismo, racismo, xenofobia, etcétera)” (Santos, 2019: 31) o de Zaffaroni (2015:17), entre otros y otras².

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

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

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

En el primer caso, como lo viene sosteniendo Atilio Borón no hace falta una sofisticada teoría del imperialismo ya que los documentos son muy explícitos. Ante las tendencias de la declinación relativa de la hegemonía mundial de los Estados Unidos en el plano económico, la mayor presencia de China, Rusia, India, los intentos de algunos países de la región de integrarse desde sus prioridades (UNASUR, CELAC, etc.) y desarrollar

² Nosotros haremos uso de colonialidad o colonialismo como sinónimos, para significar tanto la matriz social de Quijano, como los tipos de colonialismo de Santos, como la síntesis que realiza Zaffaroni, especificando según los casos o necesidades de ser necesario.

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

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

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

Teniendo en cuenta el poder performativo de producir realidad del *hegemón* regional, sin pretender reducir la historia a una monocausa, ni a una teoría conspirativa, manteniendo las pretensiones de comprensión de la complejidad, sin embargo, no podemos negar con mirada alerta sobre la geopolítica regional, que algunos hechos sucedidos en los últimos años toman una cierta coherencia, iluminada a la luz de la tonalidad de los documentos citados, que son sólo una pequeñísima muestra no exhaustiva sino ejemplificativa a la luz de los objetivos y espacio de este documento.

Existe un contexto del sistema-mundo moderno/colonial capitalista patriarcal que genera las condiciones de posibilidad de la geopolítica, generalmente desde los estados centrales o que aspiran a la centralidad en el sistema mundial, como lo explica José Guadalupe Gandarilla Salgado, el destacado discípulo de Enrique Dussel:

“La manera geopolítica de ver el mundo está relacionada con una fase distinta de la humanidad, en el proceso construido por la propia modernidad. Es decir, [...] existe un determinado modo de pensar, que es el modo de pensar geopolítico, que justamente acompaña al nuevo proceso en el que los distintos grupos humanos, organizados en formaciones de heterogéneos grados de complejidad, inauguran un entramado de relaciones que permite hablar de una humanidad en conjunto. Las distintas civilizaciones encararon el proceso de encontrarse, por así decirlo, en ese violento saqueo que significó la conquista de nuestro continente” (Gandarilla Salgado, 2018: 27).

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

Asumiendo esta perspectiva, podríamos decir que luego de un leve momento de distracción después del atentado a las torres gemelas del 11 de septiembre de 2001, en New York, análogo, aunque mucho más corto que el de la Segunda Guerra Mundial del siglo pasado, durante el cual los Estados Unidos se centraron en la guerra en Afganistán, Irak y más recientemente Siria, su atención a partir de 2008 volvió a centrarse en su “patio trasero”. El breve período en que la potencia continental y mundial debió concentrar esfuerzos en Oriente Próximo, coincidió y sin dudas, facilitó la instalación de un ciclo posneoliberal, encabezado por gobiernos progresistas en la región, que ensayó a través de la diplomacia de las cumbres presidenciales y la puesta en marcha de novedosas instituciones y formas incipientes de integración, ganar márgenes de autonomía para América Latina.

A principios de siglo, la serie de reiteradas victorias electorales de Hugo Chávez en Venezuela, Rafael Correa en Ecuador y Evo Morales en Bolivia, la persistencia de Cuba en su resistencia a medio siglo de bloqueos y agresiones de todo tipo, los gobiernos progresistas de Lula en Brasil, los Kirchner en Argentina, el Frente Amplio en Uruguay y Lugo en Paraguay,

señalaban un camino de parcial reversión de la heteronomía regional frente a la potencia continental, que, sintomáticamente había sido balizada por el rechazo del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), propuesta estratégica de George W. Bush, en la Cumbre de las Américas de Mar del Plata, en 2005. A esto siguió la puesta en marcha de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), novedoso esquema de cooperación e integración regional sin participación de Estados Unidos y Canadá, que fue clave para solucionar los intentos de golpe en Bolivia en 2008, en Ecuador en 2010, así como para mediar entre Colombia y Venezuela en momentos de tensión.

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

Desde 2007 comienza también una secuencia de hechos que no pueden imputarse solamente a causalidades internas de los diversos cuadrantes nacionales, siendo funcional a esa reafirmación de la hegemonía continental de los Estados Unidos y el restablecimiento de las políticas neoliberales en la región. Nos referimos al golpe de Estado en Honduras, contra el Presidente Zelaya en 2007; el juicio político en tiempo récord y sin las garantías del debido proceso para destituir al Presidente Lugo en Paraguay; a los intentos de golpe en 2008 en Bolivia; al intento de golpe contra el Presidente Correa en 2010 en Ecuador, quien llegó a permanecer unas horas prisionero de las fuerzas policiales; del *impeachment* sin motivos sustanciales contra la Presidenta Dilma Rousseff en Brasil; de la causa armada sin pruebas ni garantías del debido proceso contra el expresidente y precandidato presidencial Luiz Inácio Lula da Silva, y su posterior proscripción electoral; a las causas armadas a través del trípode judicial, mediático y de servicios de inteligencia contra Cristina Fernández de Kirchner y varios exfuncionarios de su gobierno y dirigentes de movimientos populares en Argentina; a la traición de Lenin Moreno al movimiento político que le hizo ganar las elecciones y la posterior persecución judicial contra Rafael Correa y ex funcionarios y miembros de su movimiento político; y finalmente, al golpe de estado en Bolivia contra el presidente Evo Morales.

Esta verdadera restauración conservadora en nuestra región coincide y es funcional a una crisis y reconfiguración de las instituciones: la crisis del Mercosur, el virtual cese de la UNASUR, el cerco sobre la Alianza

Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA), la cada vez más evidente funcionalidad de la OEA a la política exterior de los Estados Unidos que se nota en la doble vara hacia los acontecimientos de Chile, Colombia y Ecuador en comparación a lo que sucede en Venezuela y Bolivia. Más específicamente, la actuación de la OEA en este último caso.

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

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

LAWFARE: GUERRA NO CONVENCIONAL

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

Los procesos de utilización del poder judicial para intentar deslegitimar, privar de la libertad y proscribir a líderes políticos populares en contextos de previa condena mediática, no se producen simultáneamente por casualidad. Tienen un contexto y una estrategia que se reitera en estos momentos en los casos de Ecuador, Argentina y Brasil.

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

influenciar los aspectos simbólicos y culturales en que se moldean las preferencias y agendas políticas de la sociedad.

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

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

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

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

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

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

NEOLIBERALISMO Y CRISIS DEL ESTADO DE DERECHO

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

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

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

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

Esas declaraciones públicas de los jueces los apartan de la posición de terceros imparciales y objetivos frente a las partes, llegando al prejuizgamiento, legitimado ante unos medios y buena parte del público, deseosos de satisfacer su necesidad de chivos expiatorios.

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

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

FASCISMO SOCIETAL

Debemos repensar qué tipo de régimen político padecemos en varios cuadrantes de Nuestra América, basado en la convergencia del poder económico y del poder político, tejido en lazos opacos, pero al mismo tiempo

evidentes, entre gobiernos neoliberales deslegitimados socialmente, poder judicial corporativo y dócil, funcional para la judicialización y criminalización de opositores políticos, especialmente las/los que pueden liderar movimientos políticos con posibilidades de triunfo electoral, corporaciones multimedia que sustentan la incidencia fundamental de la condena mediática desde “verosímiles” sesgados para condenar y deslegitimar la oposición y en último término la política misma.

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

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

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

PENDIENTES. BUSCANDO SALIDAS AL ESTADO DE POSVERDAD JURÍDICA... REPENSANDO EL ESTADO

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

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

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

Lo novedoso es el dispositivo que enlaza sectores del poder judicial con las grandes corporaciones oligopólicas de la comunicación e información en un contexto de posverdad que genera también, vía la violación de derechos humanos civiles y políticos y de las garantías del debido proceso, lo que podemos ir llamando un estado de “posverdad jurídico procesal” que orienta los procesos judiciales siguiendo una “presunción de culpabilidad” instalada socialmente. Esto hace “poner coloradas” a las interpretaciones más críticas de la “verdad jurídica” o “procesal judicial” y enfatiza la importancia de la racionalidad argumentativa sobre la verdad de hechos, la validez jurídica y la sinceridad bajo juramento de ley, propias de un derecho procesal que se oriente desde un paradigma de derechos humanos. Porque la verdad así obtenida bajo las garantías de un proceso público, contradictorio, con presunción de inocencia, no abuso de la prisión preventiva, garantías de la defensa en juicio, producción de pruebas técnicamente para esclarecer la verdad de los hechos, derecho de defensa en juicio, etc., será siempre revisable según los mismos estándares y mucho más idónea, incluso como

combate a la corrupción, que la posverdad jurídica del *lawfare*. Claro, mucho más lenta, sobria y menos espectacular mediáticamente. Aquí tenemos un gran pendiente, que hay que realizar en general y caso por caso: confrontar la verdad jurídica procesal obtenida desde un paradigma de derechos humanos con la posverdad jurídica.

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

Aquí por supuesto se trata de una verdad también relativa, pero que es diversa de los verosímiles de las *fake news* o de las formas inquisitoriales para perseguir y criminalizar a las organizaciones populares y sus liderazgos. Se trata de un uso estratégico de la mediación jurídica pero que es diversa del *lawfare*, ya que parte de un marco ético-político (proyectos de transformación social para los que el derecho es mediación necesaria), que busca usar el derecho para defender los derechos humanos, los derechos de los pueblos. Un uso alternativo del derecho que abre positivismo de combate, interpretaciones extensivas de derechos, nuevos derechos y reconocimientos del hecho del pluralismo jurídico desde aperturas interculturales y redistribuciones del poder. Ya que a fin de cuentas el derecho es político y los derechos humanos no son regalos, sino procesos históricos, sociales, culturales, institucionales, de lucha por las plurales formas de entender y practicar la dignidad humana.

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

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

Si como sostuvo Nicos Poulantzas el Estado es una condensación de una relación de fuerzas entre clases y fracciones de clases, (sexos, etnias, culturas, regiones y diversas formas de agrupación social que se “interseccionan”, agregamos nosotros pensando en la diversidad de grupos subalternizados en una matriz de colonialidad que se condensa en el Estado regional), es necesario reconocer también que, como lo sostuvo en su última obra *Estado, poder y socialismo* (Poulantzas, 1978), que esa condensación de fuerzas no se despliega en forma homogénea en el conjunto complejo de la institucionalidad estatal. La existencia de centros de poder relativamente autónomos, la independencia y carácter contramayoritario del poder judicial, el reclutamiento selectivo de sus miembros de entre las clases y fracciones de clases dominantes, su carácter patriarcal y los segmentos opacos del Estado regional en el área de inteligencia, muestran esa complejidad del Estado que es necesario analizar en cada caso, para comprender y comparar las prácticas de *lawfare*.

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

Se trata entonces de un dispositivo que busca un efecto de poder en especial: la desorganización del campo popular, la deslegitimación y proscripción de la oposición, por ello erosiona las bases del estado de derecho

y de la democracia, mostrando como la afectación neoliberal de los derechos humanos no pueden diferenciarse del ataque contra la soberanía de los pueblos, entendidos entonces aquí en su sentido plebeyo, como carentes de dimensiones fundamentales de autodeterminación, como articulación de clases, fracciones de clases, posiciones de género, étnicas, culturales y regionales histórica y actualmente subalternizadas en América Latina. Los pueblos como formaciones de alteridades inesenciales en el proyecto hegemónico.

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

REFERENCIAS

- BORÓN, A. (2014). *América Latina en la Geopolítica del imperialismo*. Buenos Aires: Luxemburg.
- DUNLAP, C. (2017). *Introducción a la guerra jurídica (Manual Básico)*. En: Military Review. Agosto.
- FERRAJOLI, L. (2000). *Garantías constitucionales*. En: Revista Argentina de Derecho Constitucional, 2. Buenos Aires: Ediar.
- GANDARILLA SALGADO, J. G. (2018). *Colonialismo neoliberal. Modernidad, devastación y automatismo de mercado*. Buenos Aires: Herramienta.
- HENRY M. JACKSON SCHOOL OF INTERNATIONAL STUDIES (2009). *Overview of United States of America's National Security Strategy 2009: Counterterrorism Policy Recommendations and Implications*. [en línea] Disponible en: https://digital.lib.washington.edu/researchworks/bitstream/handle/1773/4635/TF_SIS495E_2009.pdf?sequence=1
- U.S. DEPARTMENT OF DEFENSE. (2008). *National Defense Strategy*. [en línea] Disponible en: <http://www.defenselink.mil/news/2008%National%Defense%Strategy.pdf>
- NATIONAL INTELLIGENCE COUNCIL. (2008). *Global Trends 2025. A transformed world, (VI)*. Washington D. C.
- PALERMO, Z.; & QUINTERO, P. (2014). *Aníbal Quijano. Textos de fundación*. Buenos Aires: Del Signo.
- POULANTZAS, N. (1978). *Estado, poder y socialismo*. México D.F.: Siglo XXI.
- PRONER, C.; CITTADINO, G.; RICOBOM, G.; & DORNELLES, M. (2018). *Comentários a um acórdão anunciado. O processo Lula no TRF4*. São Paulo: CLACSO, Instituto DECLATRA, Projeto Editorial Praxis, Instituto JHF, ABJD.
- SANTOS, B. (2019). *El fin del imperio cognitivo. La afirmación de las epistemologías del Sur*. Madrid: Trotta.
- ZAFFARONI, R. (2015). *El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*. Buenos Aires: Madres de Plaza de Mayo-Colihue.