

EL LAWFARE: ESTADO DE DERECHO y DEMOCRACIA

Armando Rafael Aquino Britos

Doctor en derecho, magister en ciencias penales de la UNNE, especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos Universidad de Bolonia. Profesor titular de Teoría y Derechos constitucionales, Derecho procesal Constitucional y profesor adjunto Derecho Político Facultad de derecho de la Universidade Nacional do Nordeste - UNNE (Argentina).

Autor convidado.

1 EL LAWFARE

1.1 APROXIMACIÓN AL CONCEPTO

Un nuevo concepto se ha presentado con fuerza y nitidez en el ambiente jurídico-impulsado desde el ámbito político- con el objeto de caracterizar situaciones anómalas que se producen en el ámbito jurisdiccional que escapan o trascienden la mera disputa de partes en el marco de un proceso judicial.

El fenómeno al que se hace referencia no es otra cosa que la influencia de sectores, intereses, motivaciones, impulsos o sensaciones externas a la mera aplicación de la ley a un conflicto jurídico. Desde este lugar, se entiende que el contexto condiciona de tal modo al juzgador que le impide aplicar la ley, según la práctica conquistada por la civilización.

La nota más saliente es que se presenta como fenómeno social, político y jurídico que condiciona la institucionalidad. No es otra cosa que la antigua injusticia que se aleja de la verdad y rehúye a aplicar la ley según las constancias del caso.

Tan antigua –como injusta- que se advierte en la resolución de Poncio Pilatos que terminó con la crucifixión de Jesús de Nazaret; o la decisión sobre la suerte de Sócrates quien soportó de manera estoica una sentencia injusta tomada de antemano sin que se advirtieran las pruebas colectadas, la defensa esgrimida y la ley aplicable.

La injusticia siempre se esconde en una legitimidad momentánea, volátil y efímera; por ello las decisiones de esta naturaleza nada tienen que ver con la verdad de los hechos comprobados en una causa, sobre la cual se aplica la ley.

Buscando la verdad en la época de la inquisición se utilizaron tormentos inimaginables que ningún ser humano podría soportar. A tal padecimiento sobrenatural se le dio el carácter de prueba. Si se soportaba, si se sorteaba, el imputado -verdadero mártir- sería inocente. Esto nunca sucedía.

Se terminó con la esclavitud, pero el sometimiento del ser humano por el otro, continuó de diversos modos y maneras. La ley no dominó a la fuerza bruta del imperio de lo fáctico, en algunos casos, solo la limitó.

Se advierten después que las injusticias tenían formas legales: el apartheid, la discriminación racial, otros fanatismos que, de tanta intensidad, fueron la causa que produjo el holocausto, que es el registro más cruel de la humanidad contra sus congéneres.

En algún momento la injusticia fue legal, la verdad moría ante este hecho. Los fanatismos sin fundamento en los mejores y más nobles valores que hacen al ser humano, se rinden y se obligan a que una rebelión en aras de la justicia y la verdad. Es la trágica lucha por la libertad y la justicia de siempre.

Se puso fin a la desmesura de mayorías circunstanciales. Después de la 2ª guerra mundial y de la paulatina evolución de los mejores valores de occidente, parecía que un conjunto de principios, valores y reglas enunciados como derechos humanos sería un catecismo universal, cuando en 1948 se expresara ello a través de la Declaración universal de los derechos humanos.

Desde aquella época, no sin lamentables y cruentos episodios que costaron sangre y luto a la humanidad, el proceso fue avanzando, en líneas generales para su bien. -, y hoy además de una doble garantía para los derechos fundamentales (en el plano interno con la constitución) y los derechos humanos positivizados en instrumentos internacionales, con órganos supranacionales que aseguran su efectivización, tenemos doble protección. Bienvenido sea.

Atrás quedaron los procesos de transición a la democracia que con sus disímiles modalidades permitieron consolidar el sistema. Se destaca el proceso de consolidación en la democracia en Argentina, cuyo diseño es reconocido en el mundo con fuerte apuesta a impedir la impunidad con procesos judiciales que llevaron a decir que fue un “juicio al mal absoluto” como

lo describe Nino¹. Mediante la justicia se sancionaron las violaciones a los derechos humanos aplicando las leyes de máxima jerarquía que habían sido violadas, y con una carga moral que anunciaba una nueva legitimidad institucional.

En el año 2000, cuando inauguraba el siglo XXI, la ONU en su declaración “Nuevo siglo, nuevos derechos” expresaba a través del reconocimiento de los derechos sociales y colectivos, un salto cualitativo que tenía como sostén y fundamento a la democracia constitucional.

Lo propio ocurrió en América Latina con la carta de la OEA, en el 2001, cuando el 1º de septiembre del 2001 se estampa este compromiso regional de reconocer nuevos derechos que solo podían ser satisfechos en el marco de la democracia constitucional.

De allí que señalamos que esto es el hito que marca una 4ª generación de derechos fundamentales (y humanos) que solo pueden ser satisfechos –si y solo si- tienen como base a la democracia constitucional²

Parecía que atrás quedaron los procesos de quiebras institucionales fatídicos en América Latina. La prepotencia de la fuerza trocando la legitimidad democrática por los fusiles y los cañones que tenían a los militares como actores visibles, consagraron los gobiernos de facto, sobre los de iure.

La forma y modo de preservar las instituciones en América Latina cuenta con un mecanismo solidario del conjunto que – prima facie- impediría volver a periodos trágicos.

En la actualidad los procesos democráticos tienen contaminaciones, condicionamientos e impedimentos que trascienden la voluntad popular y la ley.

También los procesos judiciales sufren el condicionamiento de factores de poder, elusión de la verdad, evasión a aplicar la ley conforme el caso concreto y las pruebas que se colectan sobre la misma; cuando no una dilación sospechosa que contribuye a la formación de una opinión pública que es mayor – y condiciona- al veredicto judicial más allá de las pruebas.

Como antes, siempre la verdad muere ante la injusticia. La ley pasa a ser una remota referencia formal ya que las decisiones no pueden contradecir una decisión mayoritaria que se forma sin fundamentos sólidos.

¹ Ver en Nino, Carlos S “Juicio al mal absoluto” Ed. Ariel Bs. As. 2006, también en Fiss, Owen “los mandatos de la Justicia” Ensayos sobre derecho y derechos humanos. Ed Marcial Pons. Bs As. 2013 donde desde la más aguda filosofía del derecho se analiza este periodo histórico

² Ver en AQUINO BRITOS, Armando Rafael. *4ª Generación de derechos fundamentales, democracia y corrupción*. Argentina: Ed Lerner, 2019.

El contexto social actual, la consolidación de las instituciones y las diversas alternancias en el poder, a la par que generan entusiasmo también generan dudas, estupor, escepticismo cuando no desencanto puesto que la baja calidad institucional que se traduce en la baja calidad de vida es el combustible que alimenta este desencanto.

Siempre la lucha por los derechos humanos generara responsabilidades porque a mayor intensidad en la violación de los mismos mayor énfasis en su defensa y resistencia a los hechos con que se perpetran estos.

Lo que antes se hacía a punta de fusil y con la prepotencia de los tanques y los cañones, hoy tienen otras formas sutiles y esto es lo que se debe desentrañar, partiendo de la premisa del dato empírico que “ violaciones masivas de derechos humanos no podrían ser cometidas sin el concurso de una gran cantidad de personas”³

Esta situación obliga a un escrutinio entre legalidad y legitimidad partiendo de la base que la dignidad humana como finalidad se asienta en el principio político que es la soberanía popular, unido de manera inescindible al principio jurídico: el imperio de la constitución como norma suprema. Sin ellos, la democracia constitucional con sentido social, es impensable.

Dada la profunda convicción social y el apego a la democracia no solo como sistema político sino como forma de vida, se cree que la conjunción de sectores de privilegio, medios de comunicación, sectores del poder judicial y alguna minoría utiliza medios para socavar las bases de la representación, minar la acción de un gobierno y provocar su deslegitimación.

A modo bélico de otrora, ya no se usan tanques, cañones y fusiles sino al poder judicial. Se cambia el modo de desalojar a un gobierno: antes era por la fuerza -con sangre y fuego- aun con pérdidas de vidas humanas, ahora se usa el poder judicial y la cárcel es el modo de conquistar el poder de manera ilegítima.

La guerra política adquiere otras formas, distinta manifestación, pero con el mismo resultado: el desalojo del poder y la conquista del mismo de manera ilegítima, pero esta vez usando otros medios.

³ NINO, Carlos Santiago. *Juicio al mal absoluto*. Op. cit. p. 35

1.2 DEFINICIÓN

El llamado Lawfare es “el *uso estratégico del derecho para fines de deslegitimar, perjudicar o aniquilar a un enemigo*”⁴. Como en toda guerra se busca aniquilar al enemigo, se utilizan todo tipo de armas, modos y formas de conseguir este propósito.

Este “asunto jurídico” que aparece como un neologismo une las palabras law (ley o derecho) y fare (guerra) y tal concepto proviene de la literatura anglosajona, como una alternativa a conseguir con palabras lo que antes se obtenía en el campo de batalla.

Es la alternativa menos cruenta a la guerra convencional para lo cual se utilizan medios tecnológicos, informáticos, psicológicos y económicos. Es usado por las grandes potencias para evitar la confrontación armada, una invasión a un país soberano y lograr sus objetivos sin derramamiento de sangre y ante el escarnio mundial.

A comienzos de este siglo XXI se popularizó el concepto y se le atribuye a Dunlap⁵ –un general de división ya retirado de la fuerza aérea estadounidense- quien lo expresó en un escrito realizado para la Escuela de Gobierno John F. Kennedy, de la Universidad de Harvard, en 2001.

Allí uso el término vinculado al derecho internacional de los derechos humanos para poner en evidencia la actividad militar de grandes potencias cuya extralimitación provocan crisis en la seguridad nacional de aquellas. Como síntesis se puede decir que es “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”.

“Lawfare se puede definir como la estrategia del uso (incluyendo el mal uso) del derecho como sustituto de medios militares tradicionales para alcanzar un objetivo operacional” dice Dunlap⁶.

⁴ ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael. “*Lawfare*” la guerra jurídica”. Ed. Astrea Bs. As., 2020, p. 5

⁵ El general de división (retirado) Charles Dunlap Jr., Fuerza Aérea de EUA, sirvió 34 años en el servicio activo antes de retirarse en 2010 como auditor general adjunto de la Fuerza Aérea. Prestó servicio en Europa y Corea del Sur, y también participó en operaciones en África y el Medio Oriente. Obtuvo una licenciatura de la Universidad de St. Joseph y un doctorado en jurisprudencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Villanova; también se graduó con honores de la Escuela Nacional de Guerra. Actualmente es el director ejecutivo del Centro de Seguridad Nacional, Ética y Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Duke. Tiene un blog llamado LAWFIRE, <https://sites.duke.edu/lawfire>.

⁶ Dunlap, C. J., «*Lawfare today: A perspective*». Yale Journal of International Affairs, núm. 3, invierno 2008, p. 146-154.

La utilización de las armas legales como formas de resolución de conflictos, no solo ganó espacio entre las grandes potencias para la consecución de sus fines militares, sino que también es usado por grupos terroristas, y organizaciones internacionales en procura de algún beneficio sustancial para sus intereses.

Esto es magistralmente desarrollado por Orde F. Kittrie⁷ quien profundiza el estudio del “Lawfare” y desde el conflicto de medio oriente; analiza la ley como arma de guerra, como una maniobra de seguridad que los países pueden utilizar en lugar de la fuerza armada en disputas internacionales, y sintetiza que “el *Lawfare* consiste en el uso instrumental de herramientas legales de muy variada tipología para lograr efectos iguales o similares a los que se busca conseguir mediante acciones militares físicas convencionales”

Suberviola Gilabert,⁸ dice que “el ejemplo más representativo lo supone el grupo denominado *The Lawfare Project*, una organización privada con sede en Nueva York, para la cual el *Lawfare* “denota el abuso de las leyes y sistemas judiciales occidentales para perseguir fines estratégicos militares o políticos». Asevera que “el *Lawfare* es inherentemente negativo. No aporta nada bueno, es lo opuesto a perseguir la justicia. Representa interponer demandas frívolas y abusar de los procedimientos legales para intimidar y frustrar a los oponentes en el teatro de guerra. El *Lawfare* es el Nuevo campo de batalla legal”

Este autor relata en la enunciación de casos concretos (Israel – Palestina; Rusia, China etc.) donde el estudio de la utilización del mecanismo del Lawfare es materia de especial atención, pero que “*el Lawfare es algo novedoso en su planteamiento, pero no así en su contenido, puesto que lo único que hace es sistematizar la instrumentalización del derecho en relación con el aspecto concreto de su empleo en operaciones militares*” puesto que) *...la relación entre el derecho y la guerra es tan antigua como íntima.*”

En resumen, la profundización del concepto – haciendo un análisis de la realidad- alcanza a la utilización de la ley, para lograr metas similares a las conquistas en el plano militar, pero también para debilitar o destruir al adversario, lo que advierte en el conflicto de Medio Oriente.

La utilización de métodos de acción psicológica, mucha información, abundante tecnología, y gran poder económico hacen que esta guerra dote a la ley que se utilizara de un

⁷ KITTIE, Orde. “*Lawfare: law as a weapon of war*”. Oxford: Oxford University Press, 2016.

⁸ SUBERVIOLA GILABERT, José Ramón. “Lawfare. El uso del derecho como arma. *Revista Española de Derecho Militar*. Núm. 106, julio-diciembre 2016

valor formidable, difícil de revertir con los mecanismos de defensa que solo pueden articularse en el proceso judicial ante un tribunal que, en ocasiones, por lo menos al principio, es unipersonal.

El litigio se transforma, cual guerra, en un conflicto o combate desigual.

El término, no por lo novedoso, sino por su utilización se trasladó a otras actividades como ser la económica o la política, con el objetivo de lograr metas impensables de otro modo. La proliferación de casos por la utilización de este mecanismo hizo que se popularizara el concepto.

Se advierte en esto, que el actor principal del conflicto emplea el derecho para crear efectos iguales o similares a los que tradicionalmente se persiguen con acciones militares físicas convencionales, y debe existir una motivación principal que consista en debilitar o destruir a un adversario, contra el cual se dirige la acción en cuestión.

Por ello cabe aclarar que las acciones de *Lawfare* pueden ser llevadas a cabo por gobiernos, organizaciones internacionales, organizaciones no gubernamentales o incluso simples personas, sean físicas o jurídicas, pero con capacidad de una logística superior.

El ámbito de actuación es variado conforme permita el ordenamiento jurídico, nacional o internacional; pero coinciden en que el interés principal es la persecución de un fin a título individual, como puede ser la consecución de una condena penal o un resarcimiento económico, que siempre implica destruir al “enemigo”.

Por ello es que recurriendo a esta buena doctrina extranjera, se infiere que en determinados procesos judiciales “se caracteriza como el legítimo uso de litigios estratégicos para promover objetivos políticos y sociales”; por ello sin titubeos se afirma que “siempre tendrá un carácter negativo, un fenómeno que sepulta al derecho”, pues es utilizar al derecho como arma de guerra, al proceso como campo de batalla y al imputado como la víctima, lo que generalmente ocurre en procesos de terrorismo o corrupción.

Empero la doctrina especializada resiste la extensión del concepto pues “debe rechazarse desde el campo académico el recurso a la expresión “guerra jurídica” o sus equivalentes para hacer referencia a cualquier otra acepción que no sea la específica del empleo del derecho como herramienta que complementa o sustituya a los medios militares convencionales en el uso de la fuerza”⁹, sea por la vaguedad del término, por una casuística extensiva que puede ser tan amplia

⁹ Suberviola Gilabert, José Ramón “Lawfare. *El uso del derecho como arma. op. cit.*

como la interpretación que se brinde; por la imposibilidad de sistematizar adecuadamente dada la multiplicidad de respuestas jurídicas para cada supuesto que se quiera abordar etc.

Desde el ambiente político- más aun en América Latina- se ha instalado, a modo de consigna justificante de condenas o resoluciones judiciales incriminatorias a funcionarios y ex funcionarios, que están contaminadas por *Lawfare*.

Cabe pues la tarea de desentrañar cuales son las condiciones que se deben presentar para colegir que una causa o la persecución a una persona o grupo esta signada por el concepto y practica a que hacemos referencia.

1.3 LAS CONDICIONES PARA EL “LAWFARE”

Como afirmáramos antes, tratando de desentrañar el concepto, podemos decir que la actividad que signa este comportamiento no es sino la vieja deformación de la independencia del poder judicial – como órgano de gobierno- con su pérdida de imparcialidad, el sometimiento a otros intereses ajenos a la causa. En este punto entonces, se trata de la politización de la justicia o judicialización de la política, que se manifiesta con una verdadera contaminación de un proceso. Esto es tan viejo como el mundo.

Desde que el derecho sustituyo a la fuerza y el proceso justo a la venganza privada por mano propia, siempre existió una fuerte tensión entre una justicia independiente- de los otros órganos del poder- pero también de los poderes facticos, y la pretensión de incidir, gravitar, orientar el proceso y signar la definición de su veredicto.

Empero, el Lawfare como instrumento de combate político interno, utilizado como arma por algunos actores políticos buscan, de forma ilegítima, objetivos que no han podido conquistar en el plano electoral. Se da, sea para conquistar y acceder al poder, para mantenerse en el y prolongar un estadio más allá de la natural alternativa y alternancia propia de las democracias constitucionales.

a) poder judicial y falta de independencia: cuando decimos que se requiere el sometimiento del poder judicial y la perdida de imparcialidad del juez nos estamos refiriendo a un lugar concreto donde se despliegan las actividades propias del “Lawfare”. Allí tal como en la guerra convencional, se manifiestan el uso estratégico o incluso abusivo del derecho, la utilización del derecho como un arma.

Los tribunales se transforman, de este modo, en un verdadero teatro de operaciones. Es el ámbito donde se desarrolla el conflicto que desborda el mero interés de la decisión definitiva, pues violan los derechos fundamentales en juego en el propio proceso, con lo cual la afectación no solo conlleva la potencial sentencia sino todas las afectaciones al proceso justo.

Por esto cabe consignar que la forma y modo de someter al poder judicial puede provenir no solo de grupos con alto poder económico y de otro tipo; grupos que operan en la marginalidad con amedrentamientos de todo tipo que condicionan la labor del magistrado o tribunal y con ello minan su imparcialidad.

Lo más penoso es que puede esta actividad provenir también de otras esferas del gobierno, sea nacional o extranjero, para lograr este propósito.

No se da solo por la persecución a opositores o grupos vulnerables, sino que desde otros lugares o usinas del poder se condiciona a un órgano que integra el Estado, y está llamado a ser un garante- secundario y último- de las garantías fundamentales, pues este es el que aplica la ley y con ello materializa y asegura el principio jurídico del Estado de derecho constitucional – material- el imperio de la ley o la constitución.

El “teatro de operaciones” más utilizado es el fuero penal. Allí persisten mecanismos obsoletos y vetustos, no solo en la forma y designación de magistrados. Sorteos de su competencia, forma y modo de intervención tiene una matriz inquisitiva que devela también una inconstitucionalidad por omisión tan antigua como la constitución nacional que viola el principio de juez natural (art.18 de la CN) al no consagrar e instaurar el juicio por jurados en materia criminal que está reconocido en el art.24 de la C.N, y obliga al congreso conforme la atribución reconocida en el art.75 inc.11 de “...dictar los códigos y leyes generales...que requiera el establecimiento de juicios por jurados”.

Se manifiesta esta regresión- por la omisión inconstitucional- sumado al oscurantismo de investigación casi secreta, excepcionalidad de la oralidad y publicidad de los procesos, entre otros males que aún perduran. Es evidente que ello precipita y coadyuva a la falta de independencia del poder judicial y a que la imparcialidad del juez se ponga en crisis.

Los códigos de procedimientos en materia criminal que pueden implicar un avance en aras de la transparencia no logran aun estar plenamente vigentes mientras se sostiene un modelo jurisdiccional en materia penal que es inconstitucional.

Esto facilita el “Lawfare”, pero también la impunidad de quien tiene capacidad de condicionar la investigación o la sanción de un potencial ilícito, pero seguro es que al hombre común siempre le será perjudicial.

Sin embargo, el ciudadano es el “soberano”.

b) los poderes facticos y la alianza fundamental: volviendo al lenguaje bélico para la comprensión del concepto, los poderes facticos (económico, político o social) aportan la logística para condicionar la actividad de la justicia, que debe propender siempre a garantizar la efectividad de los derechos fundamentales.

Como la “guerra” se da en varios frentes, la información y la actividad psicológica está a cargo de algunos medios de comunicación, los que al presentar el supuesto hecho, que puede ser parcial y segmentado o cuando no, directamente inexistente, evita la responsabilidad por la utilización de formas verbales elusivas, tales como ser “podría” “sería” “es probable”; con lo que la utilización de modos potenciales verbales provoca un daño en el inconsciente colectivo, cuando no condiciona y predetermina al juez o tribunal.

El círculo vicioso de una retroalimentación entre hecho (en ocasiones deformado o inventado) y la difusión profusa y constante, no solo provoca el daño al estado de inocencia en el acusado, sino que se transforma en un verdadero pelotón de fusilamiento social, donde la condena se establece de antemano.

Se suma a ello, un populismo punitivo de una proliferación de normas, tan sensacionalistas como ineficaces, que ofician de ofrendas modernas a un sensacionalismo mediático, cuando no a satisfacer demandas sociales.

Si el juez natural de la causa “ofrenda” su imparcialidad en el caso por el condicionamiento de los poderes facticos y es prisionero del cerco mediático que se cierne sobre él en determinadas causas, es claro que estamos ante un indicio de “Lawfare”.

El poder factico que más condiciona al poder judicial, además de las otras ramas del gobierno que representan claramente la soberanía popular, es el poder económico, que solo representa intereses concretos y puntuales. Otros sectores también pueden representar intereses – más o menos legítimos- pero el Estado representa lo colectivo, la totalidad, y el principio de jurídico (legalidad en sentido estricto) reposa en el poder judicial.

La estrecha ligazón entre soberanía popular y el imperio de la ley, solidifica la democracia constitucional, que siempre esta signada por la voluntad general (ley) igualitaria y sin

distinciones, pero en materia de funcionarios públicos cabe claramente el principio limitante – y fundamental- de la publicidad de los actos y el control de los mismos. Fue el modo con que se distinguen las repúblicas, de las monarquías absolutas. No perdió vigencia.

En la actualidad de un mundo posmoderno, con la revolución tecnológica y científica y las nuevas formas de participación y control, hay que poner el acento en el poder factico de gravitación económica, que por su capacidad y poder, puede gravitar, orientar y hasta modificar resoluciones judiciales.

Bien enseña Ferrajoli¹⁰ en cuanto a “*la relación entre política y economía y la impotencia de la política frente a los mercados financieros, que se da como un proceso de “vaciamiento de las formas representativas de la democracia y el debilitamiento del papel normativo del derecho— es el producto de una inversión de la tradicional relación entre política y economía, entre Estado y mercado, entre público y privado. En estos años se ha producido una silenciosa revolución institucional. Ya no tenemos el gobierno público y político de la economía, sino el gobierno privado y económico de la política. Ya no son los Estados, con sus políticas, quienes controlan los mercados y el mundo de los negocios, imponiendo sus reglas, límites y vínculos, sino que son los mercados financieros, es decir, unos pocos millares de especuladores y alguna agencia privada de rating, los que controlan y gobiernan los Estados...*” y bien dice que se da por 4 asimetrías evidentes

“1° la dimensión de la política (local) y en las de la economía y las finanzas (global o mundial);

2° de carácter cultural donde las leyes del mercado gravitan de manera ostensible con predominio de los poderes salvajes de la economía y de las finanzas, sobre los derechos y garantías constitucionales;

3° las razones de la dependencia de la política de la economía y que se manifiesta en las múltiples formas de corrupción, en la acción de los lobbies, en los variados conflictos de intereses y en la relación cada vez más estrecha entre política y dinero: dinero para financiar las campañas electorales y para mantener las burocracias de partido; política y dinero para obtener el acceso, el favor o, lo que es peor, el control de los medios de comunicación, han dado vida a una suerte de infra-Estado oculto y paralelo, dedicado a la apropiación privada de la cosa pública, que

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos*. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político “. Ed. Trotta España, 2014, p. 137

contradice todos los principios de la democracia política y del estado de derecho, del principio de legalidad a los de publicidad, visibilidad, controlabilidad y responsabilidad de los poderes públicos, y

4° las integraciones multilaterales de naturaleza económica donde los Estados más grandes puján y velan por los intereses de los grupos económicos”.

Claro que ello incide y gravita sobre la decisión del juez, sumado a una política criminal que aún no da respuesta satisfactoria a delitos de cuello blanco, de la marginalidad de los sectores más altos de la sociedad, y puede ser un motivo para criminalizar la política en sentido genérico.

Esto se manifiesta de modo indirecto. Se da a través de los medios de comunicación – cuando tutelan un sector concreto- que adquiere una dimensión inconmensurable cuando mediante el uso de las redes sociales esto se magnifica con una reproducción que distorsiona- ya sea direccionada o no- y donde se mella el estado de inocencia, pues el estado de sospecha oficia de manera de condena anticipada, que condiciona la imparcialidad del juez.

Se da en una época dominada por la pos verdad¹¹, donde los hechos son verosímiles, parecidos, pero no exactos; caracterizado desde el 2016 como un fenómeno social mundial.

c) formas y modos de realización: También la forma de realización de esta práctica nefasta tiene la misma edad que el mundo civilizado: tienen la forma de castigos infundados, con lo que se advierte el rostro más cruel de la injusticia. Sea porque el hecho no existió; sea porque el rigor de la sanción es excesivo, esto demuestra la ejemplaridad mal entendida de pretender disciplinar al resto de la sociedad con el amedrentamiento.

Se advierte también en las delaciones y acusaciones falsas, pues el solo hecho de una alianza estratégica con algún medio de comunicación que en forma masiva y abusiva difunda la noticia, por un lado, condiciona la imparcialidad del tribunal y con ello el principio de inocencia que debe presidir el comportamiento de una sociedad que custodia el Estado de Derecho, que cede ante el Estado de sospecha, lo que se exagera con una acusación falsa. La mácula perdura, más aún cuando el veredicto judicial demora.

Otra forma vil de este mecanismo abusivo son las dilaciones procesales indebidas o fraudulentas, donde las utilidades de las garantías procesales son manifiestas, ora para

¹¹ Ver en AAVV. “*La pos verdad y las noticias falsas: el uso ético de la información*”. Estela Morales Campos. Ed Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico 2018.

provocar una decisión errónea del tribunal, ora para que la verdad real que debe demostrarse en una causa, sea una verdadera quimera.

La utilización de pruebas falsas o prefabricadas, presentadas al tribunal –pruebas indirectas- no son sino una estafa procesal, en la cual no se sanciona a quien comete este ilícito.

Lo más grave que puede acontecer es que a una persona se la condene por hechos no corroborados. El juicio de certeza y no refutación de una condena cede ante la mera posibilidad de que el hecho se “pudo haber cometido”, “pudo haber existido”, con lo que el estado de inocencia pierde su dimensión.

Este mecanismo nos remonta a la llamada prueba diabólica, propia de la edad media, donde se exigía a los acusados demostrar su inocencia ante una acusación.

Por estas razones se apunta a la existencia de un “derecho alternativo” que se manifiesta con un accionar tendiente a atacar (aniquilar en términos bélicos) a una persona, por razones estrictamente políticas. En este accionar se prostran las bases y principios elementales del propio estado de derecho, aunque arropados en el debido proceso y la necesidad de investigar.

Se pierde así la conquista desde el siglo XVIII, caracterizada “por la constitucionalización rígida de los derechos fundamentales, al imponer prohibiciones y obligaciones a los poderes públicos, que ha injertado también en la democracia una dimensión sustancial relativa a lo que no puede ser o debe ser decidido por cualquier mayoría, añadida a la tradicional dimensión política, meramente formal o procedimental, relativa a las formas y a los procedimientos de las decisiones.

Ya no es el derecho el que debe quedar subordinado a la política como su instrumento, sino que la política se convierte en instrumento de actuación del derecho, sometida a los vínculos que le imponen los principios constitucionales: vínculos negativos, como los generados por los derechos de libertad que no pueden ser violados; vínculos positivos, como los generados por los derechos sociales que deben ser satisfechos” dice Ferrajoli¹².

1.4 EL ENEMIGO EN EL LAWFARE

Se dice que la coalición entre actores del neoliberalismo, como los grandes medios de comunicación aliados a algún sector del poder judicial, son los enemigos de la democracia y que

¹² FERRAJOLI, Luigi. “Los poderes salvajes”. Ed Trotta España, p. 35

atentan con este procedimiento, contra gobiernos y líderes populares, para lograr instalar (acceder) en el poder formal, a algún líder elegido para que satisfaga sus intereses.

Así la “guerra” se desarrolla por motivos ideológicos o culturales. Con este propósito manifiesto se atacan a los liderazgos populares de naturaleza emancipadora para los pueblos de la región, que conspiran contra el modelo que predica el alineamiento con las superpotencias occidentales.

En realidad, estimamos que el mecanismo del Lawfare es utilizado para lograr objetivos concretos que tienen que ver con intereses puntuales. No deja de ser otra que cosa que utilizar a la justicia, para destruir un adversario.

Para nosotros, se persiguen intereses y nada tiene que ver con la matriz ideológica o naturaleza cultural de la disputa.

La utilización de un juez venal o sumiso; un fiscal capaz de actuar al margen del principio de legalidad y alejado de toda objetividad, alcanzan para conformar este proceso de judicialización de la política o politización de la justicia.

Basta con que el agente crea que se puede ganar de cualquier medio y se utilice el escenario del poder judicial para lograr su cometido.

A modo de obligada letanía, reiteramos, tan antiguo como el mundo, aunque tenga este nuevo “nomen iuris” que lo presenta tan atractivo.

En la democracia recuperada por la epopeya de 1983, para impedir la intervención del mercado en la económica, un sector que representaba el neoliberalismo UCD (unión de centro democrático) articuló estas prácticas, y los medios de comunicación se hicieron eco, pero no se llegó al extremo de trasladar -casi mecánicamente- este accionar al plano judicial¹³.

Sin embargo, el ataque a la intervención del Estado en la economía, se advirtió en la llamada “los pollos de Mazorin” cuando se intentó regular el mercado. Después de un largo trajín, se demostró la inexistencia del delito, pero aún se la asocia a un acto de corrupción, sin que la trayectoria del funcionario haya quedado limpia, luego del veredicto judicial.

El gobierno de Raúl Alfonsín estuvo lejos de adscribir al modelo neoliberal y por ello fue objeto de tales ataques. El escenario de combate de aquel gobierno lo libró en nombre de la

¹³ Por denuncia del diputado Albamonte, se logró que la justicia, recién en 1998, condenara al ex titular de Aduana Juan Carlos Delconte, por la utilización fraudulenta de los regímenes de promoción industrial con grave pérdida de ingresos para el estado por la evasión fiscal y defraudación.

democracia y contra las corporaciones (grupos de presión y factores de poder) que resistían el modelo de una democracia constitucional.

Este modelo de gestión, al igual que el de Arturo Illía, fue ejemplar en términos de transparencia y respeto a la institucionalidad.

La macula a la gestión fue la causa judicial de los llamados galpones de la Aduana, donde un funcionario de Alfonsín actuó en la marginalidad, siendo condenado. Poco o casi nada se señala sobre este caso, pero si se lo hace sobre el caso Mazorin. Son obvios los intereses protegidos por una prensa orientada a generar opinión.

El hecho fue que los productores de pollo hicieron un lock out (un paro de los patrones) en el marco de un conflicto entre el gobierno, los productores y las grandes multinacionales del ramo, interesadas en mantener los precios altos, por lo cual se decidió importar 38 mil toneladas de pollos de Hungría. Los pollos depositados en frigorífico, no pudieron ser utilizados (se sospecha sabotajes a la fuente de frío) Mazzorin renunció al cargo. Sin embargo, en 1995 este fue sobreseído. Casi 10 años después. El daño fue consumado.

El periodo de gobierno del Dr Menem desde 1989 a 1999 estuvo signado por fuertes denuncias de corrupción, algunas de las cuales terminaron con condena al ex presidente, que nunca se pudieron materializar ya que murió contando con la protección de los fueros del Senado de la Nación. El órgano interpretó que para desaforarlo necesitaba condena firme pasada en autoridad de cosa juzgada, omitiendo considerar, con la amplitud que merece, el art. 66 de la Constitución Nacional.

El más variado arco opositor- incluso el peronismo disidente- utilizó la denuncia (criminalización de la política) para evitar, sin éxito, el desguace del Estado; la venta a precio vil de las empresas públicas, cuando no el impúdico enriquecimiento ilícito y otros delitos de funcionarios de aquella época donde se modificó el número de miembros de la Corte Suprema y el Poder Judicial Federal –fuertemente sospechado por influencias políticas- articuló una ligazón con los servicios de inteligencia del Estado¹⁴.

Se interpretó que la construcción de un poder absoluto y sin control, más allá de este propósito, alguna vez podría cambiar y se apostó a la justicia, como control de legalidad y límite constitucional.

¹⁴ Ver en Verbisky Horacio. “*Hacer la corte*”. Ed Planeta Bs As 1993 y “robo para la corona” Ed Planeta BsAs.1992.

El gobierno del Dr Menem siempre estuvo caracterizado como un modelo neoliberal. Sin embargo, la proliferación de causas judiciales en su contra, que bien podría calificarse por su dimensión y cantidad como una politización de la justicia, en algunos casos tuvo decisiones ejemplares.

En tanto que el gobierno del Dr De la Rúa fue catalogado como conservador o moderado en el mejor de los casos y también sufrió un hostigamiento judicial más que llamativo.

La causa de las coimas en el Senado¹⁵ en esa época fue también una operación de Lawfare, que empezó con una denuncia anónima, recogida con afán de protagonismo, por un sector político y por los medios de comunicación guiando la investigación con grandes titulares. Sumado a ello que las defensas técnicas no podían ejercer su función, pues hasta le impedían producir pruebas. Fue el escenario que se dio en una primera etapa.

Se discutía una ley de reforma laboral y el interés concreto era impedir su sanción primero, y luego de ello, su pérdida de vigencia y efectividad. Lo consiguieron.

La intervención de un operador político, (Daniel Bravo) la utilización de un “arrepentido” Mario Pontacuarto, con entrevistas al más alto nivel político (Secretario general de la Presidencia de la Nación Dr Alberto Fernández – hoy Presidente) el pago al “arrepentido” de una revista (luego desaparecida después de tal hecho)¹⁶.

En el juicio oral, el ex Presidente De la Rúa se sometió al proceso, produjo pruebas y demostró que el hecho no existió¹⁷. No espero que lo absuelva la historia, pues con humildad republicana, se sometió a la causa y demostró su inocencia.

¹⁵ causa n° 857/07 caratulada "Cantarero, Emilio Marcelo y otros s/ cohecho fallo confirmado por la Cámara de Casación Penal el 21/3/ 2014 que en 2697 fojas concluyo absolviendo a todos los imputados (cuyo decisorio absolutorio del Tribunal Oral se apeló) y se resolvió también que “ Extraer testimonios de las piezas pertinentes y remitirlos a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de esta ciudad, a efectos de que determine el juzgado que deberá investigar: a. las circunstancias que rodearon la presentación de Mario Luis Pontacuarto como supuesto arrepentido, como así también los presuntos ilícitos que podrían haberse cometido con motivo del sumario administrativo n° 664/03 labrado en la Secretaría de Inteligencia. b. la posible comisión de un delito de acción pública, en orden a las circunstancias que rodearon declaración testimonial de Luis Alberto Ruidía, el 6 de enero 2690 de 2004, en la sede del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n° 3 de esta ciudad. c. la posible comisión del delito de falso testimonio en que habrían incurrido Aníbal Ibarra, Sandra Patricia Montero y Jorge Florentino Barca. X.- Extraer copia de la presente y remitirla al Consejo de la Magistratura a los fines previstos en el art. 7, inc. 6°, de la ley 24.937, texto según ley 26.855, respecto del juez Daniel Eduardo Rafecas. XI.- Extraer testimonio de la presente y remitirlo al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal a los efectos de que sea examinada por el Tribunal de Ética la actuación del abogado Hugo Wortman Jofré. XII.- EXCLUIR a Mario Luis Pontacuarto y Sandra Patricia Montero del Programa Nacional de Protección de Testigos e Imputados. XIII.- IMPONER el pago de las COSTAS a la Oficina Anticorrupción (arts. 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). No obstante, el daño ya se perpetro y con creces.

¹⁶ DE LA RÚA, Fernando. “Operación Política. La causa del Senado”. Ed Sudamericana Bs As. 2006.

¹⁷ <https://www.youtube.com/watch?v=H8B86USB4iQ>

De esto último, se sabe poco o nada. Aun se repite como muletilla, que hubo coimas y dan por cierto un hecho, cuando se demostró todo lo contrario en el juicio.

Es evidente entonces, que el remanido uso del “Lawfare” es utilizado por sindicalistas, “actores anónimos” o legisladores – sean oficialistas u opositores.

En esos casos, cuando la verdad llega y se demuestra, es tarde.

Este es el efecto nocivo de este modo de proceder y actuar, que desvirtúa la misión del poder judicial.

Como se advierte, para utilizar el “Lawfare” no es indispensable que la orientación, finalidad, propósito del accionar, provengan exclusivamente del modelo neoliberal; bien podría decirse que, si se admite esta denominación, es *una actividad utilizada por quien tiene intereses contrapuestos con la persona, grupo, sector o gobierno, a la que “ataca” usando la terminología bélica.*

1.5 LAWFARE EN AMÉRICA LATINA

Justo es reconocer que el periodo de gobierno encabezado por Ignacio Lula Da Silva, del 1 de enero del 2003 al 1 de enero del 2011, fue el más progresista de su país, y un modelo para la región, no solo en avance para los derechos de los sectores más vulnerables, lo que fue reconocido de manera universal.

También existió un diseño normativo que elevo la calidad institucional de su país, y en tal sentido, vale la pena destacar las leyes de transparencia que se sancionaron bajo su gestión, como en la de su sucesora en el cargo, Dilma Rousseff, que así lo ratifican.

Dos leyes significativas, la Ley de Crimen Organizado¹⁸ y la Ley de Empresas Limpias¹⁹ fueron presentadas por miembros del partido político que, al final, fue el más afectado por la adopción de las referidas leyes, a saber, el entonces gobernante *Partido dos Trabalhadores* (Partido de los Trabajadores).

¹⁸ ley federal 12.850 conocida como Ley de Crimen Organizado

¹⁹ Ley federal 12.846 de 2014 [también conocida como ley de empresas limpias o como Ley Anticorrupción

La causa llamada Lava-Jato" (Operación Auto lavado), ahora en su quinto año, encarceló a políticos y grandes empresarios, con una efectividad sin precedentes en la historia del país, dice De Andrade U. Accioly²⁰.

La causa seguida contra el ex presidente estuvo signada por la violación al principio del juez natural, a las reglas de competencia, a la violación de la defensa en juicio, entre otras garantías constitucionales no respetadas.²¹

El propio Luis Ignacio Lula Da Silva²² analizando el Lawfare, dice que lo suyo fue una guerra jurídica con fines ilegítimos, pues *“las elites de nuestra región y los defensores de los intereses del capital financiero internacional llevan décadas combatiendo las políticas sociales diseñadas para erradicar la pobreza y disminuir las desigualdades sociales, y lo que han hecho es promover la corrupción a la categoría de mal cósmico señalándola como la causa de todos los males. Por supuesto que nadie aprueba que haya gobernantes corruptos. Pero la lucha contra la corrupción no es sino el pretexto del cual aquellos sectores se valen para atacar a gobiernos legítimamente elegidos por el voto popular”* y como víctima de tal “affaire” dice *“...bajo la excusa de combatir la corrupción, violan el principio legal del debido proceso y las garantías constitucionales...”* con apoyo de los medios *“una parte de la prensa crea un hecho y lo divulga ampliamente (una mentira que se cuenta mil veces acaba volviéndose “verdad”)* apoyándose en la noticia fraguada, el cuerpo de policía abre la investigación, el ministerio público sale a buscar elementos para sustentar formalmente la acusación; en los casos en que no se accede a ningún indicio de prueba...” una excursión de pesca con fines ilícitos y propósitos innobles.

La ilegitimidad de la destitución al gobierno de Dilma Rouseff fue manifiesta. Fue destituida por lo que casi todos los analistas y expertos describieron como acusaciones menores, y si bien no es técnicamente un “golpe de estado” al modelo tradicional con que se ungián las autocracias de América Latina, está claro que no es un modo válido de buscar la alternancia en el poder, previo a la gestación de una verdadera alternativa superadora, que solo –y solo si– válidamente se conquista por el voto popular.

²⁰ De Andrade U. Accioly, João C. *“El ordenamiento jurídico anticorrupción en Brasil.”* LA LEY Sup. Esp. Compliance 2018 (mayo), 455

²¹ Ver in extenso *“El caso Lula” la lucha por la afirmación de los derechos fundamentales en Brasil.* Ed Astrea Bs As. 2018.

²² Da Silva Luis I. *“Lula” en prólogo al libro “Bienvenidos al Lawfare”.* Manual de pasos básicos para demoler el derecho penal. Zaffaroni Eugenio R; Caamaño Cristina; Weis Vegh Valeria, Ed Capital Intelectual Bs As.2020

El acto destitutivo, tenido por la opacidad de los fundamentos, parece contradecir el art. 3 de la Carta Democrática Interamericana que dice: “Son elementos esenciales de la democracia representativa...el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo” signado como compromiso de nuestros pueblos en la reunión de Lima (Perú) el 11 de septiembre del 2001.

El proceso en Brasil fue ampliamente difundido y estudiado. Tuvo una repercusión mundial y se llevó al cine, mediante una serie de Netflix “El mecanismo” y mereció una edición posterior, donde es evidente que el periodo que más y mejor ha permitido la transparencia quedo prisionero de una clase política que incidió y gravitó para terminar con el modelo instaurado por Lula en Brasil, a tal punto que el juez que instruyó y juzgó a Lula en la primera instancia, es luego Ministro de Justicia del actual gobierno.

Hoy las condenas contra el ex primer mandatario de ese país, fueron anuladas, pero el juez federal Sergio Moro terminó siendo Ministro de Justicia del actual gobierno.

En Ecuador, un proceso de politización de la justicia o judicialización de la política terminó con un proceso de transformación emprendido por el Presidente Rafael Correa, que llevo adelante reformas estructurales con protección de derechos para los sectores más vulnerables.

El Presidente Lenin Moreno modificó el curso de acción y se produjo la persecución política y judicial al ex Presidente Correa, quien se siente acosado por el poder mediático, económico y judicial, con más de treinta procesos abiertos en su contra y varios de sus ex funcionarios presos y otros exiliados, como el ex canciller Patiño.

Como en otras partes, se acusa a los grandes medios de comunicación que presionan sobre el poder judicial y señalan que el actual gobierno esta cooptado por los grandes medios, cuyos dueños son funcionarios públicos, a tal punto que el hijo del dueño del gran diario “Expreso”, es el Director de comunicaciones, y actual el vice-presidente de ese medio.

Los ex funcionarios del periodo conducido por el ex presidente Correa, entienden que gobiernan los grandes medios de comunicación, a los que juzgan que primero desacreditaron a los líderes de la llamada “revolución ciudadana”, y luego con grandes titulares guían la investigación judicial y presionan para una ulterior sentencia, aunque esta se emita sin pruebas contundentes.

Con énfasis se señala que estos grupos conquistan de este modo una representación que no consiguen en las urnas y que este mecanismo de linchamiento mediático, se traslada al plano judicial. Se señala que esto es similar a los golpes de estado que interrumpían los procesos democráticos en otra época.

Quienes están acusados se sienten perseguidos políticos, cuando no presos políticos, sumado a una proscripción política, a lo que denominan “Lawfare recargado”, por el abuso de la prisión preventiva y sentencias sin pruebas.

En el Perú también se dice algo similar, toda vez que algunos líderes políticos investigados por presuntos delitos que fueron cometidos con mucha anterioridad, pero que, de manera súbita, sorpresiva y justo en momentos de efervescencia política y convulsión social, fueron privados de su libertad o existe inminencia sobre ello.

Tal el caso de los ex presidentes Alejandro Toledo, Ollanta Humala y Pedro Pablo Kuczynski. O lo que ocurrió con el ex presidente Alan García, que ante el escarnio público de su detención, prefirió el suicidio.

Se dice que existe una implicación de los medios de comunicación que gravitan sobre la justicia, pues la manipulaban con grandes titulares que condicionaban la imparcialidad, y la ulterior sentencias o resoluciones judiciales.

Sin embargo, los hechos existen.

Cuando el veredicto llega, después de un arduo proceso, el principio de inocencia queda hecho trizas, puesto que antes se recurrió a la prisión preventiva, que es una forma de sentencia anticipada.

Lo más grave es que se acusa a los jueces de una fuerte vinculación política, donde no existe la imparcialidad del magistrado y, con ello, la independencia del poder judicial entra en crisis.

En Bolivia, después de casi dos décadas de gobiernos de coalición conformados mediante pactos entre partidos tradicionales que convergieron en torno al neoliberalismo y la democracia representativa, en el año 2005 el gobierno del MAS conducido por Evo Morales articuló una variada y múltiple composición de clase de su movimiento, le imprimió una dirección política integradora, la orientación ideológica de sus propuestas, y las reformas integrales inclusivas fueron significativas.

El diseño produjo “a) transformación de las relaciones entre el Estado y la inversión extranjera para redefinir el modelo de desarrollo; b) mutación en las relaciones entre el Estado y las regiones para impulsar un modelo de descentralización política; c) metamorfosis del proyecto de Estado-nación a partir del reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos indígenas; y, finalmente, d) modificación de las pautas de participación y representación política en la institucionalidad democrática”²³.

Desde la declaración de los pueblos indígenas, el reconocimiento de derechos básicos como el acceso al agua potable y al saneamiento como derecho humano, fue presentado por Bolivia a consideración del 108º plenario de la Asamblea General.

Morales se ganó la antipatía de los sectores tradicionales, pues ha defendido el consumo de la hoja de coca (masticación o acuyico) como parte de la idiosincrasia de las comunidades andinas y no como una práctica ilegal, lo cual es tan cierto como el mate para esta zona de américa latina.

Se fijó como objetivo estratégico el combate a la pobreza y la desigualdad. La nueva política social fue el ingreso adicional proveniente de la nacionalización de los hidrocarburos.

Cunha, dice que el MAS y el liderazgo de Morales “ha logrado hegemonizar la política boliviana por varias razones: por tener el “dominio político institucional”, por su capacidad para presentarse “dirigiendo los intereses generales de la sociedad” y finalmente, por “establecer los términos de la agenda política en disputa”²⁴ pues redujo la conflictividad con el sector empresarial.

En el año 2017 analizando este proceso se dijo que “se constató que los sectores históricamente más explotados e invisibilizados –los pueblos originarios y sus movimientos- de las clases subalternas fueron capaces de articular y liderar un nuevo bloque de poder, que terminó derrotando electoralmente a la elite histórica y consiguió afianzarse en el poder político. Este nuevo bloque está teniendo la capacidad y la habilidad no sólo para mantenerse en el poder sino sobre todo para dotar de estabilidad a un sistema político históricamente muy convulso, frágil y conflictivo”²⁵

²³ Mayorga, Fernando. “*El gobierno de Evo Morales: cambio político y transición estatal en Bolivia*”. Ed Flacoandes.

²⁴ Cunha C. “*El proceso de cambio en Bolivia: un balance de ocho años*”. Ed T’inkazos, 2014 137 y sig.

²⁵ Uharte Pozas, Luis Miguel. “*Una década del gobierno del M.A.S en Bolivia: un balance global*” Barataria Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales Nº 22, pp. 131-148, 2017, ISSN: 1575-0825, e-ISSN: 2172-3184.

La crisis de esta forma de ejercer el poder tuvo origen en el referéndum del 21 de febrero de 2016, cuando el gobierno consultó a la población sobre un cambio constitucional y el «No» a la reelección indefinida se impuso por 51,3% a 48,7%. No obstante, ello se forzó a la participación electoral, con una interpretación llamativa de la constitución hecha por el Tribunal constitucional, y los resultados electorales verdaderamente opacos, con un proceso nada transparente.

Así, con este intento de buscar la reelección, Evo Morales se vio obligado a renunciar a la presidencia, en el año 2019. En su dimisión, adujo que “Hubo un golpe cívico, político y policial”, pero lo cierto es, que tanto su participación como el resultado electoral fueron cuestionados seriamente, con fuertes convulsiones sociales y sectores políticos enfrentados.

La OEA a través de su Secretario General, Dr Almagro, cuestionó el proceso electoral y en definitiva, la senadora Jeanine Áñez asumió la presidencia interina de Bolivia, en “sucesión constitucional” del renunciante Evo Morales. Quedaron las dudas sobre si la Asamblea Legislativa Plurinacional contaba con quórum para instalar la sesión.

El proceso fue caracterizado por vastos sectores, como una novel modalidad “de golpe de estado” y el supuesto “Lawfare” contra los dirigentes del MAS, se desarrolló después de su caída, según aducen sus partidarios.

Sin embargo, este año las elecciones arrojaron un resultado electoral contundente: nuevamente el MAS volvió al poder y muchos de sus dirigentes fueron beneficiados por una amnistía general.

En Colombia se apunta que los grupos terroristas utilizan este mecanismo pues “...una manera en que Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), el Ejército de la Liberación Nacional (ELN) y grupos paramilitares ilegales confrontan a la nación, es el uso de la “guerra jurídica” que se define como el uso por parte de fuerzas de oposición, de sistemas judiciales nacionales e internacionales, para lograr la victoria y ganar legitimidad, por cuanto no pueden enfrentar militarmente al gobierno. Los grupos terroristas se han infiltrado hábilmente en el sistema judicial colombiano, y están haciendo uso, tanto de instituciones legales nacionales como del sistema de derecho internacional, para ir en contra del gobierno. Han recibido apoyo

para su lucha de distintos agentes y organizaciones al interior de la sociedad, que intencionalmente o no, están sirviendo a sus intereses.”²⁶

Todo ello se desarrolla en el marco de la compleja situación de Colombia, donde las FARC y el ELN están utilizando la guerra jurídica en el contexto de la guerra popular prolongada, como una herramienta para desafiar al gobierno.

Se critica esta actuación pues es indudable la ligazón entre el terrorismo y el narcotráfico, como con otros delitos comunes, como fuente de financiamiento de estas actividades.

Desde otro lugar se acusa a un sector de la dirigencia política, de usar estos mecanismos del Lawfare para perseguir opositores o para proteger sus posiciones de privilegio, y como ejemplo de ello, se señala al ex presidente Uribe, al mismo tiempo que se señala que la forma y modo de la coalición entre la política y la justicia, quedó en evidencia, con la designación del fiscal general de ese país, Néstor Humberto Martínez “ que fue nombrado Fiscal General en 2016, luego de intensas negociaciones e intercambios de favores entre los partidos y personajes políticos más poderosos de Colombia...” Más adelante explica “...el Fiscal General es el jefe de la agencia nacional responsable de la realización de investigaciones y procesos penales, y tiene amplios poderes en términos de determinar las políticas, estrategias y prioridades de la Oficina en la realización de enjuiciamientos penales, así como en el reclutamiento de personal. El Fiscal General es designado por la Corte Suprema en sesión plenaria de una lista de candidatos proporcionada por el Presidente”²⁷

Es así que la Corte encabezó las investigaciones complejas y concluyó con casi un tercio del Congreso nacional detenido y sometido a extensas investigaciones, pero el ex Fiscal General Martínez detuvo o archivó, la mayoría de las investigaciones de políticos de alto rango y congeló todas las investigaciones sustantivas de colaboradores corporativos de alto perfil y patrocinadores de grupos paramilitares.

La guerra (jurídica) se manifestó en los tribunales de manera ostensible y notoria mediante el uso ilegítimo del derecho interno (en este caso) con la intención de dañar a un oponente. De hecho, se paraliza a un oponente; o en su defecto se impide que pueda presentar una candidatura a un cargo público.

²⁶ Padilla, Juan Manuel. “Guerra jurídica: el caso colombiano”. *Revista Científica General José María Córdova*, vol. 10, núm. 10, 2012, pp. 107-142 Escuela Militar de Cadetes "General José María Córdova" Bogotá, Colombia.

²⁷ Edgar, Daniel. ‘Lawfare’ en Colombia: acoso, persecución y operaciones de contrainsurgencia legales, políticas y cuasi-judiciales. https://www.academia.edu/41365196/Lawfare_in_Colombia_esp.

Se advierte pues que “el Lawfare” es la utilización del sistema jurídico para desacreditar y perseguir a enemigos políticos, que desde una visión sesgada y parcial, se apunta a la ideología neoliberal de sus autores; pero en realidad su uso y abuso es extensivo y comprensivo de todos los sectores, grupos, organizaciones e incluso el aparato estatal de los gobiernos usado por el oficialismo de turno.

En Argentina, un sector señala que la investigación judicial que se efectúa sobre “políticos populares a los que se inventan delitos y montan procesos en oscuros maridajes de medios de comunicación monopólicos, servicios secretos y jueces dóciles, que sentencian disparates escandalosos. Esta nueva versión del derecho penal vergonzante, requiere domesticar a los jueces para someterlos a las exigencias de su irracionalidad populachera, para lo cual los amenazan con linchamientos mediáticos, a lo que se suman políticos inescrupulosos, que aprovechan la circunstancia para obtener votos demagógicamente” dice Zaffaroni²⁸

Esto es parcialmente cierto. También hacen uso de este mecanismo sectores del oficialismo, y sectores que nada tienen que ver con el modelo neoliberal.

Las causas emblemáticas que se pueden señalar como un abuso de la judicialización de la política bien pueden ser la llamada causa del dólar futuro, en la que la ex presidente Cristina Fernández de Kirchner está acusada de defraudación y no existe perjuicio económico siquiera estimado en dicha decisión.

También el llamado pacto o acuerdo con Irán, que mereció la tacha de “traición a la Nación” y por ello fue imputada. Carece de fundamento en los hechos (no existe guerra) para que este delito se pueda cometer. Se analiza mal la habilitación constitucional al respecto, y peor aún la aplicación de los arts. 214 cc y sig. del Código Penal y lo que dispone el art.119 de la Constitución Nacional que, puesto por el constituyente dentro del capítulo de atribuciones del poder judicial, justamente lo limita como una garantía contra la persecución por este motivo, a cualquier ciudadano.²⁹

Por ello no es desacertado advertir que el maridaje entre medios de comunicación y un sector del poder judicial, genere una habilitación selectiva del ejercicio del poder punitivo del Estado. Empero, esta práctica no es solo de la oposición ni obedece exclusivamente a una línea

²⁸Zaffaroni Eugenio R; Caamaño Cristina; Weis Vegh Valeria. “*Bienvenidos al Lawfare*”. Manual de pasos básicos para demoler el derecho penal., Ed Capital Intelectual Bs As.2020, pág 44.

²⁹ Ver nuestro artículo en Aquino Britos, Armando. “*Traición a la patria - traición a la Nación poderes de guerra en clave constitucional*”. LA LEY 2018- B

de pensamiento específico. Es una práctica generalizada que, luego de analizada, debe ser desterrada.

1.6 CONCLUSIÓN SOBRE LAWFARE

A menudo las causas de corrupción se pretenden opacar con la estigmatización del “Lawfare” cual consigna con que se califica una investigación, que con mesura y prudencia se debe realizar pues, a nuestro juicio, este flagelo conspira contra el modelo de la democracia constitucional que inspirara a nuestros constituyentes reformadores en 1994, estampado en el art.36 de la carta magna.

Cualquier persona tiene las garantías constitucionales que habilita el bloque de constitucionalidad federal (constitución nacional más instrumentos internacionales con la misma jerarquía) para ejercer la defensa técnica y material en el proceso penal y donde fuera.

Todo exceso debería erradicarse. Si se incurriere en ilícitos, sancionarse. Pero queda la sensación que se pretende que el veredicto popular para ungir en un cargo a una persona, sea tomado como una inmunidad que lo pone a salvo de cualquier investigación sobre el uso y disposición de los dineros públicos.

Cierto es que todo proceso cuando se inicia pone en crisis el estado de inocencia, puesto que genera una sospecha y es deber del Estado probar la ilicitud que se presenta y tal garantía debe ser celosamente custodiada por todos; pero también parece que las arcas del Estado son utilizadas para hacer “política” y tal cuestión debe tener un límite infranqueable en la ley.

Los equilibrios y la frontera están establecidos en la ley.

El Código Penal es claro en este sentido. Describe conductas típicas y reprochables y oficia de una prevención general positiva para que no se cometan ilícitos; se suma a ello que desde 1996 la Argentina formalizo acuerdos multilaterales para la lucha contra la corrupción (Convención Interamericana Contra la Corrupción) en el 2003 se aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

El art. 3 de la Carta Interamericana de la OEA (2001) obliga a los gobiernos, como elementos esenciales de la democracia representativa, el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho. El art.4 también obliga cuando señala que “Son componentes

fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública...”

La C.A.D.H consagra, como derechos políticos- como derecho humano que es - en el art. 23 1. a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos y en el mismo sentido lo recepta el P.I.D.C y P, en su art. 25.

Este señalamiento lo efectuamos ya que gobiernos de orientación popular o sus líderes, no sufrieron una persecución política por causas de corrupción ni evadieron la investigación escudándose en el “Lawfare” como forma de mitigar o evadir su responsabilidad. Uruguay con José Mujica o Tabaré Vázquez y otros representantes de distingo signo político, Bachelet en Chile, son ejemplos destacados. La misma Dilma Rouseff destituida de la presidencia del Brasil, no está signada por esta cuestión.

La misma Corte I.D.H señala que “La sana lucha contra la corrupción y la deseable persecución de los delitos contra la administración pública, no es admisible que se perviertan desviándose en un recurso lesivo a la democracia, mediante el sometimiento a una indefinida situación procesal incierta a personas políticamente activas, con el resultado de excluirlas de la lucha política democrática. El propio objetivo de combatir la corrupción, ante situaciones susceptibles de convertir el celo por la transparencia en el manejo de la cosa pública en un instrumento antidemocrático. Exige que se extreme el cuidado e inclusive se abrevie el término que usualmente se considera tiempo razonable del proceso, en defensa de la salud democrática de todo Estado de Derecho”³⁰

La Corte IDH fija un estándar al señalar que “...destaca las consecuencias negativas de la corrupción y los obstáculos que representa para el goce y disfrute efectivo de los derechos humanos, así como el hecho de que la corrupción de autoridades estatales o prestadores privados de servicios públicos afecta de una manera particular a grupos vulnerables. Además, la corrupción no solo afecta los derechos de los particulares individualmente afectados, sino que repercute negativamente en toda la sociedad, en la medida en que “se resquebraja la confianza de la población en el gobierno y, con el tiempo, en el orden democrático y el estado de derecho”. En

³⁰ Corte IDH. *Caso Andrade Salmón Vs. Bolivia*. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330. Parr178. Allí la Corte I.D.H. dictó una Sentencia mediante la cual declaró responsable internacionalmente al Estado de Bolivia por la violación a los derechos a las garantías judiciales, a la propiedad y a la circulación en perjuicio de María Nina Lupe del Rosario Andrade Salmón; por la duración de tres procesos penales seguidos en su contra, los casos “Gader”, “Luminarias Chinas” y “Quaglio”, así como por las medidas cautelares de fianza y de arraigo que le fueron impuestas en el marco de los mismos

este sentido, la Convención Interamericana contra la Corrupción establece en su preámbulo que “la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio”

La Corte recuerda que los Estados deben adoptar las medidas para prevenir, sancionar y erradicar eficaz y eficientemente la corrupción”³¹

También la Corte IDH cuida en otros pronunciamientos derechos humanos vinculados con la corrupción (integridad personal) o fenómenos asociados (adopción, trata de personas etc.) con el debido proceso o la libertad y el acceso a la información.

Por ello efectuamos una descripción del concepto y el abordaje del mismo desde la literatura jurídica y política, partiendo de la base que todo abuso desnaturaliza las conquistas, y es obligación de toda sociedad civilizada investigar, informar y sancionar toda violación a los derechos fundamentales sin sacrificar un ápice las garantías constitucionales.

Desde este lugar y con tal visión veremos los componentes del llamado “Lawfare”, con el ejercicio de la libertad de prensa, el derecho a la información, en el marco del estado de derecho y la democracia constitucional.

2 ESTADO DE DERECHO Y LAWFARE

2.1 EL ESTADO DE DERECHO

Todo Estado es, “prima facie”, un Estado de derecho formal, pues crea, reconoce y aplica el denominado derecho vigente; monopoliza su sanción y centraliza las diversas fuentes o formas de manifestación del derecho y se asegura el cumplimiento de las normas jurídicas a través de sus órganos jurisdiccionales y coactivos.

Es Elías Díaz quien proclama con claridad que “...*no* todo Estado es Estado de Derecho, más aun, *no* todo Estado *con* derecho, es un Estado de Derecho...”³²

³¹ Corte IDH. *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala*. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 3513 párr. 241 y 242.

³² Díaz, Elías. “*Estado de Derecho*” exigencias internas, dimensiones sociales, ed. Sistema N° 125, Madrid, 1995 pág. 6 y sigs.

La caracterización del “Estado de derecho material” se puede sintetizar en:

1º *una finalidad personalista*, la dignidad del hombre, supremo valor Terrenal.

2º *principios*; a) político: la soberanía popular; b) jurídico, el imperio de la ley.

3º *medios genéricos*, supremacía de la constitución; diferencia entre Poder constituyente y poder constituido; división orgánica y funcional Entre los poderes constituidos, independencia del poder judicial, Legalidad administrativa, designación de las autoridades por el Sufragio como expresión de la competencia normativamente reglada, Periodicidad de los mandatos de los funcionarios, control de la Actividad estatal mediante órganos establecidos para ello, Institucionalización de la oposición, etc.

Así, todo Estado de derecho debe seguir inexorables pautas de comportamiento:

a) *El principio de legalidad*, que determina la sujeción del Estado y los particulares a las leyes dictadas por el parlamento; el cual encarna la soberanía popular.

Dijimos en otro lugar³³ y vale reiterarlo aquí, que la exigencia constitucional, apoyada por la dogmática, impone condiciones indispensables sostenidas en este principio, que se manifiestan en mandatos impuestos para el legislador y el Juez Penal, en la producción normativa. Para el legislador, pues debe formular sus normas con tanta precisión (*Lex certa*); ni el legislador ni el juez pueden aplicar las leyes de forma retroactiva en perjuicio del imputado (*Lex praevia*); el Juez penal debe contar con una ley escrita para imponer una pena (*Lex scripta*); el juez no puede aplicar el derecho en forma analógica en perjuicio del afectado (*lex Stricta*)³⁴.

b) El principio de jerarquía normativa, que determina la visión piramidal del ordenamiento jurídico que constituye un “Bloque”, el conjunto de normas que tienen jerarquía constitucional en ese sistema normativo.

En nuestro país, integra el bloque constitucional federal, la constitución y su fuerza normativa con una lista definida de instrumentos internacionales que a) estén vigentes y se integran en la misma cúspide de la jerarquía normativa b) no deroguen artículo alguno de la constitución nacional en su parte dogmática, esto es pueden los derechos y garantías ser ampliados por el instrumento internacional adoptado, mas no restringido c) *por ello deben interpretarse como complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución*

³³ Aquino Britos, Armando Rafael. “*Las garantías constitucionales y el proceso penal*”. Ed Olejnik Argentina 2020 pag.69.

³⁴ Donna, Edgardo Alberto. “*Derecho Penal Parte General*”. T. I. Ed. Rubinzal Culzoni Editores, Bs As, 2008 pág. 339

de manera extensiva, frente a los derechos reconocidos en el texto constitucional. Así se permite la ampliación del marco de protección.

Es federal, pues es la norma suprema que se aplica sin distinciones, en los Estados miembros, conforme el art. 5 de la Constitución Nacional.

La forma y modo de ampliar y robustecer los derechos y garantías obliga a una interpretación armónica entre el texto autóctono y el adoptado e incorporado por la reforma constitucional en 1994, con la posibilidad de ampliar siguiendo la pauta establecida en el art.75 inc. 22 con una mayoría calificada, lo que ocurrió con la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, por ley N° 25.778

c) El principio de publicidad de las normas, que determina la garantía del conocimiento general del contenido de las disposiciones legales por toda la sociedad.

d) El principio de irretroactividad de las normas, implica que la vigencia de las leyes que se emiten en el Estado opera hacia el futuro; salvo el caso en materia penal, siempre que su contenido resulte más favorable al reo o procesado.

e) El principio de control y responsabilidad de los funcionarios públicos que implica interdicción de la arbitrariedad de los órganos de poder del Estado, como la garantía de medidas punitivas contra las autoridades gubernamentales transgresoras del orden jurídico. Se manifiesta como la facultad de recurrir a los órganos de administración de justicia, a efectos de corregir los actos de poder que infringen la ley o afectan derechos fundamentales.

f) El principio de seguridad jurídica, que determina el respeto a los preceptos legales vigentes, al momento de la celebración de los contratos o expedición de resoluciones administrativas o judiciales; así como la realización de cualquier acto de relevancia jurídica. Esta pauta basilar expone que las normas vigentes serán aplicadas en sus consecuencias –deberes y derechos– sin excepción, cada vez que fácticamente se produzcan los supuestos por ellas previstos.

Bidart Campos dice que “su concepto nos endereza a la idea de que ha de ser posible prever razonablemente con suficiente precisión, y sin sorpresivas irrupciones, cuáles han de ser las conductas de los operadores gubernamentales y de los particulares en el marco estable del ordenamiento jurídico, así como contar con adecuada protección frente a la arbitrariedad y a las violaciones de ese mismo orden jurídico”³⁵

³⁵ Bidart Campos German. J, “*Tratado elemental de derecho constitucional, nueva edición ampliada y actualizada 2002-2003*, tomo II-A Ed Ediar, Bs. As 2003, pág. 12.

No alcanza solo con satisfacer estos principios, es menester que el funcionamiento del aparato estatal se encuadre y respete los límites de:

a) *diferencia entre poder constituyente y poder constituido*, como expresión concreta del principio de legalidad que implica reconocer el imperio de la constitución e impedir el desborde de los funcionarios en el ejercicio del poder delegado.

La Constitución, al ser la ley suprema, es la principal fuente de derecho. Condiciona y fija límites que obligan a que todos los actos de los poderes constituidos sean compatibles con ella para dar validez a sus actos.

Sujeción de los gobernantes y gobernados al imperio del ordenamiento jurídico.

b) *la distribución de funciones y asignación de responsabilidades entre los titulares de los órganos de poder*. Esta división de funciones en órganos diferentes que mutuamente se controlan es la manifestación más clara del Estado de Derecho, tan antigua como la mejor expresión del constitucionalismo, tan actual por la permanente tensión que se produce por la intención o pretensión, manifiesta o encubierta, en un órgano o funcionarios de un espacio para ocupar la del otro.

Tan indisolublemente unidos se encuentran derechos, garantías y división de funciones en el ejercicio del poder constituido para el constitucionalismo, que podemos decir que estuvo presente siempre. Precisamente el art.16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano dice “Una *sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene constitución*.”

El diseño constitucional y la arquitectura instrumental en el texto supremo ofician de una verdadera garantía institucional, pues la distribución del poder entre tres grandes órganos presupone frenos, contrapesos, armonía y coordinación. Pero también se garantiza que cada rama tiene algunas atribuciones exclusivas que deben asistirse, complementarse y controlarse entre sí” dice Corvalán³⁶.

Bajo el amparo de la constitución los órganos funcionan en interdependencia por coordinación. Ello obliga a que el funcionamiento de los órganos se realice en el camino y andarivel dispuesto en el texto superior. Es una garantía del sistema para mejor satisfacción de los derechos fundamentales.

La Corte Suprema fue estructurando este concepto diciendo que:

³⁶ Corvalán, Juan Gustavo “*Estado constitucional y división de poderes*” 2ª edición, Ed Astrea Bs As.2016 pág. 113. Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 22, N. 3, p. 1417-1477, Set.-Dez. 2021. 1446

1° “La regla de separación de poderes fue instituida como una garantía de los derechos de la comunidad, y no como una prerrogativa del Estado frente a los particulares”³⁷

2° La estructura de nuestra Constitución que establece firmemente la separación de los poderes como el más importante medio de garantizar el respeto de las libertades individuales, y la facultad del Congreso de dictar las leyes convenientes, refuta la idea de que ese mismo Congreso pueda convertirse en un tribunal de justicia.

Dado que es un punto de partida constitucional indiscutible que cada poder ha de tener un ámbito propio y exclusivo de su función, debe haber entonces un campo de cada función que no pueda ser ejercida de modo concurrente por los otros poderes del Estado³⁸

3° La esencia de nuestro sistema de gobierno radica en la limitación de los poderes de los distintos órganos y en la supremacía de la Constitución. Ningún departamento del Gobierno puede ejercer lícitamente otras facultades que las que le han sido acordadas.

Es del resorte de la Corte Suprema juzgar la existencia y límites de las facultades privativas de los otros poderes y la excedencia de atribuciones en la que éstos puedan incurrir³⁹

Descrito el funcionamiento de nuestro Estado, cabe la pregunta ¿es posible el Lawfare en Argentina?

2.2 ESTADO DE DERECHO Y LAWFARE

Cuestionando la utilización del término, dice Zanini que “Lo que hoy se denomina con el término “Lawfare” en América del Sur es, simplemente, persecución mediática y judicial contra los opositores políticos, en flagrante violación de las más elementales normas jurídicas”.

Esto implica alterar el diseño constitucional básico y elemental.

A su juicio se dio por “1° el apoderamiento de un sector, a expensas de la constitución del Consejo de la Magistratura; 2° se permitieron “traslados” de magistrados para la integración irregular de órganos de juzgamiento con violación a la garantía constitucional del juez natural, ya que ellos son así asimilables a “los tribunales o comisiones especiales” que la Constitución Nacional prohíbe; 3° la manipulación de los sorteos de juzgado de aquellas causas

³⁷ CSJN fallos 310: 2709

³⁸ CSJN Fallos310:1162

³⁹ CSJN Fallos 316: 2940.

que le resultaban de interés político al Poder Ejecutivo (fórum shopping) 4° En cuanto al derecho a producir pruebas, se evidencio una violación y desnaturalización de la labor pericial; 5° la instalación de tribunales especiales para el juzgamiento de las causas como espectáculo mediático; 6° la fabricación o invento de causas, criminalizando o buscando pintar como delictuales, actos de gobierno que constituyeron normal ejercicio de atribuciones constitucionales; 7° la amenaza velada o pública, o la invención de denuncias y causas judiciales para los propios componentes del Poder Judicial o los Ministerios Públicos que no le eran afines; 8° la violación del Código Procesal Penal con el abuso, uso infundado o la exagerada aplicación de la figura de la prisión preventiva, como verdadero castigo anticipado en violación a la ley, sin condena firme para opositores; 9° la aplicación de la figura de la asociación ilícita extendida a los participantes de un gobierno como medio incriminatorio sin otra prueba que la afirmación de su existencia, 10° la utilización de la figura del imputado colaborador, sin observar las formas impuestas por la ley que lo instrumenta, Ley 27.304, posibilitando su uso extorsivo.⁴⁰

Para analizar esto es menester analizar la política criminal del Estado, pues en aras de la seguridad publica, se restringe el interés individual del ciudadano sometido a proceso. Allí es donde se devela cual radiografía, el ADN de un Estado de Derecho, cuando pondera ambos intereses y dicta las normas justas y adecuadas para satisfacer ambas pretensiones, sin sacrificar la seguridad en aras de una libertad incondicionada, ni viceversa.

Es allí, con la intensidad que genera la potencial lesión al bien jurídico más importante, después de la vida, que tiene el ser humano: la libertad, donde se advierte que “el derecho procesal penal es el “sismógrafo de la constitución del Estado” al decir de Roxin⁴¹. Por ello es que resaltamos la importancia superlativa que tienen las garantías procesales en el proceso penal, que emergen de la constitución misma, que las limita la dogmática como saber puro y condicionante y el procedimiento como saber aplicado siempre limitado por la ley, a lo que deben subordinarse el legislador, al concebir la norma penal, cualquiera sea su naturaleza en la concepción y producción de la misma, como el juez en la aplicación concreta.

⁴⁰ Zanini, Carlos “Porque no deberíamos hablar de Lawfare” *Revista Derechos en Acción Año 5/Nº 16*, 2020 págs. 191-204

⁴¹ Roxin, Cluas “*Derecho Procesal...*” ob. cit. pag.10

De los principios constitucionales, como de sus expresos mandatos, de la dogmática jurídica como saber concreto delimitante de un accionar, o limite, surgen garantías en favor de los ciudadanos, pero estas también obligan a las instituciones a respetarlas, ya que las mismas fueron concebidas con ese propósito.

Tanto el juez, como el fiscal, en la aplicación de la norma penal, sustantiva como adjetiva, no deben perder de vista que el órgano cuya función ejercen, esta signado por una “garantía institucional” que tiene un preciso significado técnico-jurídico, es una garantía constitucional de una organización o institución, prevista por el constituyente, para que el legislador ordinario no la modifique o distorsione mediante una legislación y respete el “rol” y la función, que el diseño constitucional le otorga.

Así el mandato que “no procede el juez de oficio”, o el principio de publicidad, de oficialidad, de legalidad que ejerce el fiscal, no pueden intercambiarse mutuamente, sin alterar la arquitectura constitucional (quien investiga no juzga etc.)

Las instituciones, en el diseño constitucional, obedecen al propósito de que, por su intermedio e intervención, se realizan, se concretan y satisfacen los derechos fundamentales y se brinda con tal actividad una seguridad colectiva al resto de la población.

Por ello es que la garantía institucional confiere a una organización o institución social, el aseguramiento de que nadie interferirá en su actividad (verbigracia). Irreductibilidad de las remuneraciones e inamovilidad en el cargo) impropriamente llamada “garantías del poder judicial”. Son prerrogativas establecidas para asegurar la independencia de todo otro poder y evitar la injerencia de terceros en la función y misión que tiene el juez o el fiscal.

Tales principios son el núcleo esencial o reducto indisponible para el legislador y para el poder ejecutivo, pues los derechos fundamentales son anteriores a la constitución que les reconoce expresamente, y las instituciones son órganos cuya actividad se reconoce para garantizar y satisfacer aquellos derechos fundamentales; no para generar un privilegio que exceda el principio de igualdad, que es consustancial a la dignidad del hombre.

Los límites infranqueables impuestos por la constitución impiden la lesión a los derechos fundamentales, y su naturaleza y esencia obliga a las instituciones no solo al respeto mediante la abstención, sino a actuar en caso concreto cuando ocurre una violación a estos.

En materia penal, como está en juego la libertad y otros bienes jurídicos por un lado, y la seguridad, que se traduce en orden, paz social etc., por el otro, también requiere de un ejercicio

que, como vimos, se debe resolver: por qué castigar, cuándo castigar, y cómo castigar. Esto está condicionado por un principio que no solo obliga al aparato estatal, sino a toda la sociedad.

2.1.1 El estado de inocencia

Lo primero que afectaría el Lawfare de concretarse, sería este principio, que es una conquista de la humanidad.

Representa una de las conquistas más significativas del Estado constitucional de derecho, que se manifiesta en el proceso penal liberal y es la expresión principal del modelo del debido proceso, reconocida como derecho que tiene todo acusado de que se considere inocente hasta que una sentencia definitiva, basada en pruebas irrefutables, demuestre su culpabilidad en un hecho delictivo.

Esto se ha mantenido siempre.

Lo mismo puede decirse de la independencia del poder judicial y la garantía de su funcionamiento, aunque se pueda objetar la imparcialidad de un juez o tribunal.

Para ello están la defensa en juicio, que nunca se alteró de manera sistémica en el país, ya que el poder judicial no fue cooptado por ningún grupo o facción, pero si se cuestionó el uso abusivo de las medidas cautelares en el proceso, que merece la atención

2.1.2 La prisión preventiva y el Lawfare

La utilización de esta medida precautoria excepcional, de manera ordinaria y común, casi automática, desnaturaliza los principios antes mencionados. Si la política criminal de un Estado devela su ADN, la prisión preventiva y su utilización, son el “termómetro” para conocer la temperatura de donde y cuando el Estado policiaco, avanza sobre el Estado de Derecho.

Decimos que *la prisión preventiva o provisional es la medida de coerción personal de más alta lesividad en el todo el sistema procesal y que se manifiesta con la privación de la libertad previo al dictado de una sentencia de condena*. Su utilización debe ser excepcional y muy restrictiva.

“Prisión preventiva quiere decir, en principio que desconfiamos del imputado en grado sumo, pues él es capaz de poner en peligro la realización del procedimiento o la consecución de

sus fines, razones por las cuales, para evitar esos riesgos, la ley propone mantenerlo prisionero durante el procedimiento penal, caso excepcional – definido jurídicamente- frente a la regla de la libertad personal” dice Maier.⁴²

El mandato de que “Ningún habitante puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa...” que enuncia la primera parte del art.18 de la C. Nacional es claro y determinante: para que una persona sea “penado” debe existir juicio previo y condena.

Dicho claramente: una persona que padece la prisión preventiva es un preso sin condena. De allí entonces que, en principio, esto es una irregularidad y se presta a las más groseras de las arbitrariedades.

Antes, y aun ahora, se dan circunstancias excepcionales que permiten que el individuo sometido a proceso, pueda ser objeto de una medida cautelar que le imponga esta restricción a su libertad, y por ser esta situación extrema y tomada como “ultima ratio” dentro de un proceso, siempre será de naturaleza sumamente restrictiva.

Su utilización, en mayor o menor grado por el poder judicial, es la expresión más nítida de la política criminal que desarrolla un Estado. Este mecanismo habitual y casi mecánico, es propio de los sistemas inquisitivos, que, por fortuna, fue variando para reconocer en otros sistemas (adversarial o acusatorio) un comportamiento estatal más compatible con el Estado Constitucional de derecho.

Así el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas no Privativas de Libertad (Reglas de Tokio, 1990), Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (1955) son instrumentos internacionales de inexorable consideración.

Analizando la situación descrita, es claro que se debe abordar la problemática de la prisión preventiva desde los mandatos axiales, siguiendo los principios y mandatos constitucionales. En abono de ello, se esgrime que los instrumentos internacionales tienen una posición que compatibiliza la misma sin mengua a la vigencia del principio de inocencia, pero lo admiten en forma expresa –como excepción - señalando que debe ser “tolerada” en la medida en que no resulte “irrazonable” en su duración (art. 7.5 CADH y art. 9.3 PIDCP, y principio 38 del

⁴² Maier, Julio B.J “*Derecho Procesal Penal. T III*, Ed Ad Hoc Bs As. 2015 pág. 412

Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas sometidas a cualquier forma de Detención).

Los instrumentos internacionales disponen la separación entre condenados y procesados (arts. 5.4 CADH y 10.2 PIDCP).

Precisamente de los instrumentos internacionales emergen principios con los que debe interpretarse la aplicación de la prisión preventiva:

- a) la excepcionalidad. Su aplicación no debe ser la regla (confr. art. 9.3 PIDCP).
- b) la provisionalidad. La prisión preventiva sólo debe ser aplicada cuando sea estrictamente necesaria y mientras subsista tal necesidad.
- c) La subsidiariedad, o mínima intervención o última ratio. Obliga al juez a la imposición de la medida coercitiva menos gravosa, entre todas aquellas idóneas para lograr el fin buscado e implica un mandato legal.
- d) La interpretación restrictiva como regla general, para su aplicación teniendo en cuenta el “in dubio pro reo” como extensivo, que es siempre a favor del imputado y su libertad que se abona con otro principio
- e) el principio favor libertatis, que determina que las situaciones de duda deben despejarse a favor de la libertad del imputado
- f) la limitación es temporal en caso de aplicarse la prisión preventiva. Su duración limitada a un “plazo razonable” generalmente precisado en leyes procesales. Toda persona sometida a proceso tiene derecho a que tal proceso termine dentro de un lapso razonable. “Con más razón aún, toda persona que está privada de libertad durante el proceso, tiene el derecho a que ese proceso finalice cuanto antes; y si el Estado es moroso en el desarrollo del proceso, tal encarcelamiento preventivo pierde legitimidad “dice Binder.⁴³
- i) En caso de condena, el tiempo que soporto la persona con prisión preventiva se computa como pena ya cumplida, ya que cuando se impone condena de efectivo cumplimiento, ella se traducirá en su cómputo a los fines de la pena; en tanto que en los supuestos en donde el estado de inocencia se confirma con una resolución liberatoria (sobreseimiento o absolución), se impondrá una indemnización económica.
- j) impone la obligación al Estado de que los detenidos (prisión preventiva) sean alojados en lugares diferentes a los condenados, pues “*La prisión preventiva debe ser lo menos semejante a*

⁴³ Binder, Alberto “Introducción al derecho...” ob. cit. pág. 201

una pena que sea posible, para conservar su legitimidad constitucional. Cuando la prisión preventiva se asemeja por completo a una pena en su ejecución concreta, pierde legitimidad constitucional, del mismo modo que la perdería por la falta de los requisitos sustanciales, procesales, por su excesiva duración, el carácter no excepcional, el carácter no restrictivo o la falta de proporcionalidad”⁴⁴

Hitters analiza la evolución jurisprudencial de la Corte IDH y dice que este “organismo jurisdiccional ha enunciado con toda claridad qué "requisitos" debe cumplir la orden de detención para que no se convierta en violatoria de la Convención, a saber: "... 1) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea legítima. Valga señalar que este tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; 2) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; 3) que sean necesarias, en el sentido de que resultan absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido, entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto (por esta razón el tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a este deba ser excepcional) ; y 4) que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no sea exagerado o desmedido, frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida”⁴⁵

Estos últimos dos años, nuestro país recibió fallos adversos en “Romero Feris vs. Argentina” (Sentencia de 15 de octubre de 2019), Hernández vs. Argentina” (Sentencia de 22 de noviembre de 2019) Caso "Jenkins vs. Argentina" (Sentencia de 26 de noviembre de 2019) "Acosta Martínez vs. Argentina" (Sentencia de 31 de agosto de 2020) "Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina" (Sentencia de 1 de septiembre de 2020).

Obliga a la reflexión y a adecuar este mecanismo, conforme el estatuto de los derechos humanos universal y regional.

⁴⁴ Binder Alberto “Introducción al derecho” ob. cit. pag.202

⁴⁵ Hitters, Juan Carlos “La prisión preventiva en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estándares. (El control de convencionalidad y las garantías judiciales para los detenidos) LA LEY 24/02/2021

2.3 NUESTRA POSICIÓN

Reiteramos, que para nosotros la prisión preventiva actúa como verdadero “termómetro para medir la intensidad, calidad, magnitud, alcance y orientación de un estado constitucional de derecho contra (vs) su patología: el estado policiaco.

A mayor extensión de libertades durante un proceso penal (sin que signifique su inmunidad) más y mejor estado de derecho, pues el proceso continúa y no se resigna a hacer efectiva la justicia, siempre y cuando medie una condena, pero no antes.

A mayor uso de la prisión preventiva, más restricciones sobre las garantías en el proceso penal; no solo la libertad personal que se cauciona, sino que se le impide al imputado tener un desarrollo de su defensa con igualdad de armas. Es decir que *“cuando la prisión preventiva se aplica de manera automática, conforme la supuesta gravedad del delito o la supuesta reincidencia de la persona; mayor ubicación del sistema penal en el modelo inquisitivo “*

Si la libertad se restringe en el proceso de manera automática, solo en función de la graduación de la posible pena que puede corresponder al ilícito, tal situación nos estará advirtiendo que la prisión preventiva tiene un efecto casi “placebo” que utiliza la administración de justicia, que por su morosidad y lentitud retarda los procesos a casi una eternidad, y se genera la sensación que un lapso de tiempo en prisión preventiva, oficia de tributo a la sociedad que clama por una justicia, sin el debido respeto al mandato constitucional que emerge del art. 18 de la C. Nacional que exige una condena para privar de la libertad a una persona, no la sospecha, por mas fundada que sea.

Se corre el peligro que *“a mayor influencia del sector político, o de los medios de comunicación masivos; mayor uso político discrecional y arbitrario de la prisión preventiva “*

Si se analiza la población carcelaria (no solo de condenados sino de procesados) puede advertirse que la integran personas que componen un colectivo de a) menor educación y cultura; b) falta de trabajo estable; c) condiciones de vida precaria d) falta de vivienda digna entre otros datos, que explica la falta de prestación de servicios esenciales y básicos del Estado (educación, trabajo, salud) para los sectores vulnerables, y una política criminal efectista y simbólica, que acrecienta el problema en lugar de buscar una solución. Insensibilidad y falta de prevención se dan la mano, en esta situación donde el Estado constitucional de derecho se ausenta para dar paso al ejercicio de la punición anticipada, que además de injusta, es insensible.

Se puede inferir entonces que “a mayor uso de la prisión preventiva; menor satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales”

De allí que surge como indicador que “ la frecuencia en la utilización de la prisión preventiva determina la intensidad en la aplicación del derecho sancionador, menos prisión preventiva mayor compromiso con el derecho penal mínimo (mínima coactio) y mayor esfera de libertad” devela ello la calidad del Estado constitucional de derecho al mismo tiempo que, en particular también devela el funcionamiento irregular del poder judicial por cuanto “ el mecanismo del uso de la prisión preventiva devela la morosidad y falta de eficiencia del poder judicial “ pues lo importante es la sentencia definitiva que surja del proceso, sobre la verdad irrefutable de los hechos.

No se tiene presente que el uso alternativo de esta medida cautelar extrema, se puede suplir con “ : a) la promesa del imputado de someterse al procedimiento y de no obstaculizar la investigación; b) la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, en las condiciones que se le fijen; c) la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe; d) la prohibición de salir sin autorización previa del ámbito territorial que se determine; e) la retención de documentos de viaje; f) el abandono inmediato del domicilio, cuando se trate de hechos de violencia doméstica y la víctima conviva con el imputado; g) la prestación por sí o por un tercero de una caución de contenido económico adecuada; h) la vigilancia del imputado mediante algún dispositivo electrónico de rastreo o posicionamiento de su ubicación, y i) el arresto en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia o con la que el juez disponga.

Sin embargo, la prisión preventiva goza de buena salud en el sistema punitivo y no siempre es utilizada con prudencia y efectividad en el marco de un proceso penal, y entre otras cuestiones abona la tesis del “Lawfare”.

2.4 ANÁLISIS ESTRUCTURAL SOBRE EL PODER JUDICIAL

Se critica desde el lugar de quienes creen en la existencia del Lawfare en la Argentina que:

a) el poder judicial no es electo por el voto popular y por ende no-democrático, que se quedan “eternamente en el cargo”, entre otras cuestiones.

Nada se dice que su designación es legal y obedece al diseño constitucional; que su creación es un acto institucional complejo que requiere el concurso y participación de los dos poderes del Estado (legislativo y Ejecutivo) para la designación, sin perjuicio de que los jueces inferiores a la Corte Suprema son electos por concurso de antecedentes y oposición, previo a conformar una terna de los que el Presidente escoge uno y remite al Senado para su posterior acuerdo.

Todo ello está receptado en la 2ª parte de la Constitución Nacional Sección Tercera. En el capítulo primero se describe cómo se compone el poder judicial, la Corte Suprema y se reconoce al Consejo de la Magistratura y jurado de enjuiciamiento, para la selección y remoción de los todos los jueces, con excepción de la Corte suprema.

En el capítulo 2º se detallan las atribuciones de dicho poder del Estado, y merced a la reforma constitucional de 1994 se instituye una sección 4ª en dicha parte de la constitución, donde se reconoce al Ministerio Público como representante de los intereses de la Nación.

Dicho esto, como telegráfico resumen: el Poder Judicial de la Nación, es poder del Estado, ejerce una función de contralor y limitar- incluyéndose- en aras del principio de legalidad. Asegura la supremacía constitucional con lo que la Corte Suprema se transforma en tribunal de garantías constitucionales, cuando resguarda los derechos fundamentales y fija límites al poder, ya que esa es su función primordial.

Va de suyo que por lo antes expuesto no caben dudas que el diseño constitucional en la Argentina funciona, y relativamente bien.

El principio de inocencia está asegurado por el diseño normativo y por un derecho penal liberal, que persigue actos no personas.

a) Se cuestiona el uso abusivo de la prisión preventiva, pero es el Poder Legislativo (y Ejecutivo) quienes pueden –y deben- proponer proyectos de leyes y enmendar el uso del instituto, en cuanto a su procedencia, aplicación, reducir la discrecionalidad judicial etc.

No se hizo, por el contrario, es la Corte Suprema quien siguiendo los estándares de la Corte IDH morigeró el uso abusivo de este mecanismo cautelar, sin perjuicio de señalar que es la gran asignatura pendiente de una política criminal democrática e igualitaria. No en vano, entre el

año 2020 y este, 4 (cuatro) casos sobre esta cuestión merecieron la sanción del organismo internacional a la Argentina.,

b) la discrecionalidad del Certoriori previsto en el art.280 del CPCCN fue dispuesto en el marco de la ley que, en épocas del Presidente Menem, amplió los miembros de la CSJN. Nunca se hizo un intento serio por parte de quienes tenían mayorías parlamentarias o ejercían el Poder Ejecutivo para morigerarlo o establecer una discrecionalidad fundada.

c) Así como rige el principio de juez natural del art.18 de la C.N como garantía constitucional para los ciudadanos, el “juez natural” para los jueces de la Corte Suprema es la Cámara de Diputados y Senadores, pero a través del juicio político. No pueden unirse en control, sin un hecho puntual que amerite revisar la conducta de algún magistrado.

Esta actitud “detectivesca” tiene una intención de control, supervisión para la domesticación y subordinación de un poder que es par. (La interdependencia del poder en nuestro sistema es por coordinación no por subordinación)

Lo propio se pretende con la lisa supresión de las funciones del Consejo de la Magistratura y el Jurado de enjuiciamiento.

3 LAWFARE Y MEDIOS DE COMUNICACION

3.1 LAWFARE – LIBERTAD DE PRENSA Y MEDIOS. LA LIBERTAD DE PRENSA

Por ejercicio de la actividad de prensa debe entenderse la facultad, derecho o ejercicio de una libertad, instituido y reconocido para toda la sociedad, que garantiza la libertad, la pluralidad, el control republicano, como el acceso de toda la sociedad a la verdad y la concebimos como "la libertad de prensa es un derecho, una facultad o una libertad que retiene el pueblo y que no delega"⁴⁶

La libertad de prensa, por un lado, como la división de los poderes por el otro, son los dos pilares del sistema republicano. Mientras que la división de los poderes constituye una de las garantías fundamentales de las libertades individuales contra los abusos del poder y obliga al control institucional; la libertad de prensa, por su parte, asegura la publicidad de los actos de

⁴⁶ Ancarola, Gerardo, "*Libertad de prensa y responsabilidad de la prensa*", Comunicación de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas del 10 de septiembre de 1997, Anticipo de Anales 1997.

gobierno haciendo posible el control de toda la sociedad y forma la opinión pública sobre ellos, lo cual es garantía de transparencia contra los actos ilegales o todo exceso de los funcionarios.

La libertad de prensa es concebida, modernamente, como el ejercicio de la libertad de expresión de manera pública y a través de cualquier medio técnico de comunicación social. Los medios gráficos, la radio, el cine, la televisión, la comunicación abierta telefónica, por vía satelital, mediante la interconexión de computadoras, y todo otro procedimiento técnico de comunicación, por lo que los arts.14 y 32 de la Constitución Nacional cuando protegen esta libertad, ella debe ser considerada en su máxima amplitud.

Por ello expresó con acierto la Corte I.D.H que *“La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también conditio sine qua non para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.”*⁴⁷

Nos enfrentamos a una nueva etapa de la historia de la humanidad que es la era de la comunicación social. Ella no admite fronteras, no está supeditada al poder de los Estados ni de los grupos de poder o de presión; rechaza las ideologías y los preconceptos forjados por una visión estática de la vida social.

Esa etapa, en su aspecto político y social, coincide con la tendencia hacia la consolidación de una sociedad internacional y de la gestación de una comunidad internacional, en un proceso de creciente desregulación de los medios tecnológicos de comunicación social que excluye toda intromisión gubernamental destinada a delimitar los contenidos de la libertad de expresión.

Y, esa realidad, nos impone un desafío cotidiano, cual es el de tolerar y respetar el uso y abuso de la libertad de expresión con la convicción que este último, en un lapso mediato o inmediato, medido con los parámetros de aquella historia de la humanidad, jamás podrá ser desterrado por las leyes, sino con la educación para vivir en libertad y la condena espontánea de la sociedad.

⁴⁷ (Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, párrafo 70)

Es que este derecho cuya raíz constitucional está en el art. 14 y en el art. 32 de la Constitución Nacional, ha sido explicitado en una amplia y dinámica perspectiva, por el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La reforma constitucional de 1994, en el art. 75 inc 22 confirma su jerarquía constitucional superior a las leyes y su carácter complementario de los derechos y garantías por ellos reconocidos.

A los medios de comunicación se les reconoce la más amplia libertad; a los medios gráficos, más, aunque a los medios audiovisuales que son objeto de reglamentación y deben cumplir con recaudos administrativos y técnicos para desarrollar su actividad, sin embargo, como medios de prensa en forma genérica, están sometidos a determinadas obligaciones y responsabilidades.

3.1.1 La garantía de funcionamiento

a) la prohibición de censura: Bidart Campos dice que censura es “cualquier medida que importa un control o una revisión anticipada de la expresión”⁴⁸. La censura importa un acto de privación. Supera el mero acto de control, aunque lo contiene y la restricción tiene que ser anticipada al acto; y siempre la interdicción debe afectar el contenido del pensamiento. La censura implica un acto de privación de contenido.

Los medios de comunicación tienen la garantía establecida en el art. 14 de publicar por la prensa las ideas sin censura previa, además del referido art. 13 de la CADH, son claras las características de la censura previa en el sistema interamericano que se sintetizan i) proscripción absoluta de la censura previa; ii) inclusión de la interdicción judicial como censura; iii) prohibición expresa de vías indirectas de restricción. De esta forma, la jurisprudencia interamericana ha tomado sobre el asunto de la censura una posición interpretativa, con una contundencia pocas veces vista, defendiendo a capa y espada la idea del absolutismo de la prohibición de censura.⁴⁹

No obstante, desde diversos sectores, incluido el gobierno, presionan sobre la prensa libre, mediante acciones que pasamos a describir.

⁴⁸ Bidart Campos, Germán J. *Manual de la Constitución reformada*, T II, Ed. Ediar, Buenos Aires: 2005, pág. 20.

⁴⁹ Diegues, Jorge Alberto ¿Es absoluta la prohibición de censura en el sistema interamericano? En *AAVV Anuario de Derecho Constitucional latinoamericano 2008*. Ed. Fundación Konrad Adenauer. Montevideo. Uruguay 2008
Revista *Argumentum* – RA, eISSN 2359-6889, Marília/SP, V. 22, N. 3, p. 1417-1477, Set.-Dez. 2021. 1459

b) La autocensura: Este mecanismo intimidatorio es provocado sobre el espíritu del emisor responsable o sobre la persona o medio que pretende expresar en plenitud su idea, ya que sobre el mismo puede pesar la posibilidad de la prisión, o el pago de una cuantiosa suma de dinero por resarcimiento del daño que puede provocar la publicación o emisión de una información.

Esta aflicción sobre la prensa se morigeró notablemente al derogarse las figuras penales del desacato y de calumnias e injurias, y nuestro tribunal cimero determinó la procedencia de la reparación pecuniaria en el célebre caso Campillay, en el que se elaboraron pautas para la eximición de responsabilidad en la difusión de noticias para lo cual deben concurrir los presupuestos de:

a) Una fuente. b) Un informador. c) Una noticia. d) Un afectado.

Alguien produce una determinada expresión lesiva para un tercero y aquélla es tomada por otro que la reproduce. El tercero afectado dirige su reclamo contra el divulgador de la noticia... Y la razón parece clara: si a quien informa se extendiera la responsabilidad del emisor de la manifestación, él se transformaría inevitablemente en censor de las expresiones de terceros, temeroso siempre de quedar "pegado" a ellas, como una suerte de "deudor solidario", por el simple hecho de haberlas difundido. Es fácil imaginar que, más que informador de noticias, sería el timorato filtrador y so pesador de la información, con el consiguiente debilitamiento del debate colectivo y la posibilidad de libre expresión ciudadana”, tal como lo expresa Bianchi.⁵⁰

Es que aún persisten situaciones donde por distintos factores distorsivos de la libertad a la prensa, no se pueden ejercer los derechos de cuño constitucional.

c) El manejo de la pauta publicitaria de los gobiernos, o censura indirecta o sutil: Se da por la forma indiscriminada con la que los poderes ejecutivos o administradores de los estados, distribuyen la pauta oficial para difundir los hechos de gobierno como obligación republicana, aunque en realidad la forma y modo con que ello se efectúa, alcanza ribetes de grotesca discriminación.

La afinidad por motivos ideológicos, o de otra índole, llevan a que algunos medios reciban mucho aporte estatal; otros nada o casi nulos, sin ponderar el alcance de la difusión del medio, la naturaleza, si es oral, escrita o televisiva, etcétera.

⁵⁰ Bianchi, Enrique Tomas, “*la doctrina Campillay (O la noticia que reproduce lo expresado por otro)* La Ley 1997 –B- 1283

La crítica sobre los gobiernos se castiga con la restricción o quita en forma directa de la publicidad estatal, circunstancia, que al no estar regulada legalmente, lleva a confundir a los gobiernos con mal talante democrático, entre lo que es la arbitrariedad y la discrecionalidad, la que debe entenderse dentro de los parámetros que fija la constitución y las leyes análogas, aunque el caso concreto no esté expresamente reglamentado.

Así la Asociación por los Derechos Civiles fijó pautas o estándares para transparentar esta cuestión y son:⁵¹

- 1) Necesidad de regulación legal.
- 2) Definición de los objetivos de la publicidad oficial.
- 3) Distribución no discrecional.
- 4) Descentralización.
- 5) Transparencia.
- 6) Control externo adecuado.⁵²

Una atinada sugerencia que compartimos expresa que “es necesaria una regulación para la publicidad oficial, que la limite tanto en su contenido como en su temporalidad y que fije criterios objetivos y razonables de distribución, de lo contrario su mala utilización, y el uso discrecional será inevitable, con los consecuentes vicios que socavan la república”⁵³

d) El mandato imperativo del titular de los medios de comunicación. En ocasiones, el dueño o titular de los medios de comunicación impone la línea editorial al medio y ello restringe la libertad de prensa, ya que confunde a esta, con la libertad de empresa.

El dueño no puede –ni debe- imponer una censura interna, y debe existir un patrón de ética puntual, en el manejo de un bien que puede vulnerar derechos humanos, de allí que surgen para este, derechos y obligaciones a las cuales debe hacer honor, como refiere Carpizo.⁵⁴

Fiss⁵⁵ ha dicho con acierto, que “la prensa de propiedad privada está libre de control estatal, lo cual es, por supuesto, algo bueno; pero se halla constreñida por la estructura económica en la que está inserta. Al igual que otros empresarios, los propietarios de periódicos, televisiones o de emisoras de radio, buscan maximizar sus ingresos y minimizar los costos. En definitiva,

⁵¹ A.D.C “El precio del silencio. Abuso de publicidad oficial y otras formas de censura indirecta en América Latina *informe del 15 de agosto de 2008*

⁵² Ver “*Principios básicos para la regulación de la publicidad estatal*” página web www.adc.org.ar

⁵³ Safadi Márquez, Carlos A. “*La regulación de la publicidad oficial*” La Ley 2010 A- 938

⁵⁴ Carpizo, Jorge “*Los medios masivos de comunicación y el estado de derecho, la democracia, la política y la ética*” publicación Asociación Argentina Dcho. Constitucional, año XVI, N° 167 pág. 6

⁵⁵ Fiss, Owen M. “*La ironía de la libertad de expresión*” Ed. Gedisa. Barcelona España 1999, pág.73

quieren obtener un beneficio, y sus decisiones acerca de qué debe ser objeto de información y cómo debe informarse están determinadas en gran medida por este deseo”.

Siempre la censura puede ser por acción directa, oblicua; o por omisión deliberada, contra una persona o sector. Por ello, desde una concepción igualitaria se debe cuidar otros derechos que son convergentes en la búsqueda de la verdad: un medio de comunicación debe encontrar su cauce por donde expresar un pensamiento diferente. La respuesta o réplica es un camino a explorar con más ahínco para conformar una sociedad más plural, respetando los derechos fundamentales de todos.

Va de suyo que, desde la óptica de una expresión crudamente liberal, la libertad de prensa se halla resguardada con la omisión del Estado en intervenir o censurar.

Bien acota Carpizo⁵⁶ que “es importante la democracia interna en los medios para asegurar la responsabilidad, objetividad, y sentido ético de la información. No es posible defender el sistema democrático en el régimen político y ser partidario del sistema vertical, en una asociación, organización, o una empresa de interés público y social cuya materia es de los aspectos más sensibles para la sociedad, como los medios masivos de comunicación”.

e) La presión de los “clientes” de los medios o censura indirecta. Fiss dijo con acierto “que el rico puede, por ejemplo, dominar el espacio publicitario en los medios de comunicación y en otros ámbitos públicos hasta el grado que el público, de hecho, solo oiga su mensaje. En consecuencia, la voz de los menos ricos puede quedar ahogada, simplemente”⁵⁷

Es que se puede comprar los espacios publicitarios de muchos medios, más la función de estos, no puede ser otra que informar la verdad de los hechos con objetividad. Hace a la función social de la prensa, y el Estado debe velar por ello, no como censor sino distribuyendo equilibrada y proporcionalmente la pauta publicitaria, sin discriminar y sin confundir propaganda oficial con información pública de los hechos de gobierno, para el control del ciudadano.

Se debe respetar la propiedad privada, la libertad de comerciar, la de empresa, más no se puede impedir el debate público, o acallar de manera directa o indirecta otras voces, que constituyen la esencia del pluralismo.

Por la prepotencia del dinero alguien puede incidir sobre la línea editorial de un medio y establecer qué cosas se publica, o qué no, tal vez esta situación no se puede impedir; mas lo cierto

⁵⁶ Carpizo, Jorge ob. citada.

⁵⁷ Fiss Owen M .ob. citada, pág. 29

es que la enorme posibilidad que nos brinda el derecho de respuesta o réplica, es un morigerador de esta situación y puede ser un elemento que coadyuve al Estado en su función “no para que arbitre los intentos auto expresivos de los distintos grupos, sino que se trata de establecer las precondiciones esenciales para el autogobierno colectivo, asegurando que todos los puntos de vista sean expuestos al público” reitera Owen Fiss.⁵⁸

f) El secreto de las fuentes de información. En armonía con los antiguos, pero vigentes arts. 14 y 32, el art. 43 de la Constitución Nacional, incorporado por la reforma de 1994, guarda armonía con el art. 19.3 Del PIDCyP y el art. 13.2 de la CADH, en tanto que garantiza, luego de recepcionar el habeas data, señalando que “*No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística*”, que tiene la particularidad de proteger una actividad tendiente a satisfacer el “el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole “que realizan los periodistas, que nutrirán de información a la sociedad. Solo al Estado, como organización social, le está obligado dar conocer sus fuentes y toda la información que posee y se nutre para su actividad.

La sociedad se vale – y apoya- en la prensa para formar la opinión pública.

Así, el periodista que recibe informaciones del informante bajo promesa de confidencialidad, tiene un deber ético -pero no jurídico- de honrar su palabra. El derecho a mantener en reserva la identidad de las fuentes es entendido como un derecho disponible del periodista y no como un deber jurídico irrenunciable⁵⁹.

En general, se ha admitido que el derecho podría tener excepciones, pero de modo muy restrictivo, por ejemplo: a) cuando se trata de delitos a punto de ser ejecutados, o en vías de ejecución ; b) o de hechos inminentes que ponen en peligro la dignidad o la vida de las personas; o c) en caso de delitos cuya ejecución es inminente, o han comenzado a ejecutarse, o aunque consumados, por la naturaleza de la acción continúan ejecutándose en el tiempo, o delitos plurisubsistentes, siempre que se demuestre que la interrupción de la ejecución, consumación o de los efectos que se continúan produciendo dependa de la revelación de la identidad de la fuente.

⁵⁸ Fiss, Owen M. ob. cit. pág. 30

⁵⁹ Badeni, Gregorio, “*Tratado de libertad de prensa*”, ps. 342-359, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires 2002, pág. 344 y sig.

3.2 EL ROL DE LA JUSTICIA EN LA DISTORSIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN DE LA PAUTA OFICIAL

La falta de regulación legal de esta actividad estatal motivó a una discrecionalidad rayana en lo arbitrario con una despótica distribución de la pauta estatal para la publicación de la información pública, muchas veces a modo de propaganda, con exaltación personal del gobernante de turno y deificación de su figura, en lugar de la exposición de los hechos que se procura hacer llegar al conocimiento de la sociedad.

El moderno concepto de discrecionalidad, expresa Sessin⁶⁰ *“no es la falta o ausencia de la ley, tampoco únicamente la norma previa sino la unidad del orden jurídico conformada por la constitución, la ley, los reglamentos y los principios generales del derecho, estén o no en la constitución”*.

De allí que el criterio para seleccionar, ponderar, establecer, controlar, asignar la pauta estatal a medios, personas o entidades de toda la sociedad, debe ser equilibrado y equitativo, con el solo objetivo de difundir los actos de gobierno ya que no existe una regulación específica en la materia.

Por estos motivos constituye un hecho auspiciante los precedentes de Río Negro y Editorial Perfil resueltos por la C.S.J.N ya que “sin lugar a dudas, ambas decisiones vinieron a reforzar los aspectos más interesantes del liberalismo que alguna vez supo afirmar el propio tribunal. De acuerdo con la interpretación liberal del ideal constitucional de la libertad de expresión, la idea es asegurar el control del poder, limitando su capacidad para tomar decisiones arbitrarias y restableciendo un sistema de "equilibrios" ostensiblemente dañado.

En la primera de estas decisiones -Río Negro-, la Corte condenó al gobierno provincial por incurrir en conductas discrecionales en el manejo de la pauta oficial, aparentemente en reacción frente a expresiones críticas a esa administración local, aparecidas en el diario Río Negro.

Sostuvo entonces que el comportamiento del gobierno provincial “configura un supuesto de presión que lejos de preservar la integridad del debate público lo puso en riesgo, afectando injustificadamente, de un modo indirecto, la libertad de prensa”. Y en línea con lo afirmado por la

⁶⁰ Sesin, Domingo J *“Administración pública, Actividad Reglada, Discrecional, y Técnica – nuevos mecanismos de control judicial”* Ed. Depalma, 1994 pág. 42.

Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, agregó también que, si bien “no hay un derecho por parte de los medios a obtener una determinada cantidad de publicidad oficial”, sí existe un derecho “contra la asignación arbitraria o la violación indirecta de la libertad de prensa por medios económicos”.

Finalmente, la Corte agregó que los gobiernos “deben evitar las acciones que intencional o exclusivamente estén orientadas a limitar el ejercicio de la libertad de prensa y también aquellas que lleguen indirectamente a ese resultado” y que, para acreditar ese hecho, no es necesario probar “la asfixia económica o el quiebre del diario” como acota Gargarella⁶¹

En el caso Editorial Perfil S.A nuestro máximo tribunal avaló el criterio sentado por la Cámara de Apelaciones y señaló que el Estado “no puede asignar los recursos disponibles de manera arbitraria, sobre la base de criterios irrazonables, que configura ello un supuesto de presión y pone en riesgo el debate público, afectando injustificadamente y de modo indirecto la libertad de prensa.

Señaló también la CSJN que “aun cuando no exista un derecho subjetivo por parte de los medios para obtener publicidad oficial, el Estado no puede asignar publicidad de manera arbitraria en base a criterios irrazonables” y que “a los fines de considerar que la libertad de prensa ha sido violada indirectamente por medios económicos, no resulta necesaria la asfixia económica o quiebre del diario, y la afectación económica debe examinarse no solo con relación a la pérdida por no recibir publicidad oficial, sino también por la disminución en la venta de diarios, en tanto muchos lectores se verán obligados a informarse por otros medios acerca de la función pública “. ⁶²

Tal como hiciera con otros temas y en otras oportunidades el tribunal cimero exhortó al Congreso Nacional, a que en uso de sus facultades sancione una ley que regule esta cuestión, que proporcione criterios de discrecionalidad regulada, que asegure la transparencia y el control de los fondos públicos en esta materia.

El cambio brusco, pero positivo, que fuimos advirtiendo fue de la mano del derecho positivo, alentado sin dudas por las transformaciones del mundo, en el marco del novel universo de valores que contempla el texto constitucional remozado en 1994, sabiendo, como expresa Fiss,

⁶¹ Gargarella Roberto, *Estadios de la libertad de expresión*. Una lectura igualitaria (a partir de Editorial Río Negro y Perfil Página web Lexis 0003/015403comentario al fallo CSJN 2/3/2011

⁶² CSJN Editorial Perfil S.A y otro c/ Jefatura de Gabinete de Ministros fallo del 2/3/2011 La Ley 2011 –C- pág. 86, en igual sentido que ya resolviera en Editorial Río Negro del 5/9/2007 CSJN fallos 330: 3908 al que se remite.

⁶³ que “el derecho nunca cambia de repente; el nuevo derecho se edifica sobre el antiguo. Pero, en algún momento, los cambios llegan a ser tan numerosos y se afianzan tan firmemente, que podemos anunciar un nuevo comienzo.”

Pero, el cambio sustantivo fue acompañado más que por la modificación de la legislación, por la jurisprudencia de la CSJN en la materia, ya que fue perfilando la función de los derechos que irradian de la libertad de prensa, sus alcances, sus límites; la forma y modo de resolver el urticante y siempre vigente conflicto entre libertad de prensa, privacidad o intimidad y derecho al honor, desde 1984 a la fecha, con marcada evolución.

3.3 CONCLUSIONES

Podemos afirmar que la libertad de prensa se manifiesta en “el ejercicio de la libertad de expresión a través de los medios técnicos de comunicación social”. En este contexto la palabra "prensa" no se refiere únicamente a la expresión de la palabra impresa sino que comprende otros medios como radio, televisión, cine, video, internet, correo electrónico, *Twitter*, y todo otro método técnico que posibilite la transmisión masiva de la palabra escrita u oral, de la imagen o del sonido. Esta es la interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁶⁴

Nuestro máximo tribunal lo tiene señalado como libertad preferida, ya que es la “puerta o llave” de acceso a otros derechos; como libertad estratégica, pues es precondition de la democracia como sistema de vida y forma de gobierno; pero, así como se le reconoce esta jerarquía, también se le demanda la responsabilidad.

Ha sido la CSJN quien ha elaborado el delicado equilibrio de los derechos constitucionales en pugna cuando entran en tensión, apoyado este criterio en un delicado diálogo de cortes, pues el estándar de sus decisiones encuentra compatibilidad con el sistema interamericano, y cuando el desequilibrio se produce existen instrumentos en nuestro ordenamiento para la reparación, restauración o protección del derecho en caso de lesión, restricción o amenaza.

En lo tocante a ser funcional al Lawfare podemos decir que: a) existe libertad de prensa, b) el gobierno maneja discrecionalmente la pauta estatal, c) el gobierno tiene medios de

⁶³ Fiss, Owen “*La ironía de la libertad de expresión*”, Ed. Gedisa Barcelona, 1999.

⁶⁴ Sbdar, Claudia B. “*La función judicial*” ob. cit.

comunicación que son estatales y otros afín a la ideología que orienta su función, también existen medios críticos de la misma con lo que el debate nutre y fermenta la democracia.

El argumento de que existen medios monopólicos que han logrado acumular poder económico en otras épocas y con maniobras poco claras, también se confronta con la forma y modo de crear un medio con dinero proveniente del terrorismo, o que otros multimedios tuvieron un gran aporte a su creación acusado de una gran evasión tributaria, con lo que estos argumentos enlodan el escenario institucional.

No hay esfuerzo por fortalecer el juicio crítico del ciudadano. Nunca se reglamentó el derecho de réplica y proliferan actitudes paternalistas queriendo tutelar el pensamiento orientando al ciudadano.

3.4 LA REVOLUCIÓN INFORMÁTICA

Cuando se habla del Lawfare no se pondera la transformación del mundo, del avance tecnológico y científico y sobre todo sus aportes en la comunicación. Configura un verdadero cambio de época.

La conquista de un espacio virtual y comunicacional es teatro de operaciones de tales transformaciones. Eso cambió nuestras vidas, mudó nuestras costumbres, trajo nuevos hábitos, y generó nuevos derechos que refuerzan los ya existentes, robusteciendo los valores y principios que hacen a la dignidad humana.

El mentado proceso y las relaciones que produce el fenómeno descripto, develan que se empezó a gestar un nuevo espacio jurídico que necesariamente demanda atención.

La democracia sustancial – como sistema que se retroalimenta y que solo puede funcionar-, si y solo si- se respetan los derechos conquistados en anteriores gestaciones que la antecedieron y hoy solo se comprende con una expansión de derechos que abarca desde la diversidad, pluralidad, reconocimientos expresos a derechos de las minorías de todo tipo, a sectores postergados, y receptor a su vez de nuevos derechos, entre los que se encuentran estos – que aquí analizamos- como especie contenida por este sistema.

En la actualidad irrumpen como nuevos derechos tales como: a) derecho a existir digitalmente b) a la reputación digital c) a la estima digital d) libertad y responsabilidad digital e) privacidad e intimidad virtual; el derecho al olvido; el derecho al anonimato f) el derecho al

big-replay – tener una gran respuesta a las inquietudes- g) El derecho al domicilio digital h) El derecho a la técnica y sus modalidades, i) el derecho a la paz cibernética y a la seguridad informática, y hasta con más precisión se señala que se “ identifica el derecho a la identidad digital con “el derecho a existir en Internet, a poder tener un perfil en redes sociales y a no ser excluido de éstas, a recibir resultados en búsquedas y a poder ejercitar para su perfil online los mismos derechos que tiene para el offline”, que se sintetiza “como la expresión electrónica del conjunto de rasgos con los que una persona, física o jurídica, se individualiza frente a los demás”, como expresión de la singularidad ante el conglomerado universal⁶⁵.

Ello debe ser sumado a los derechos siempre vigentes y personalísimos a constituir la personalidad moral, al honor, a la imagen, proteger la intimidad, tutelar la privacidad, que hacen a la autonomía del desarrollo de la persona humana ya reconocida, pero que debe ser custodiada siempre. Por ello creemos que la 4ª generación de derechos comprende a los noveles derechos que pasamos revista someramente, pero que no se agota allí.

Las declaraciones de la ONU- nuevo siglo, nuevos derechos, del año 2000; la Carta Democrática que expresa el sistema interamericano dictada en el año 2001, nos permite inferir que estamos, por estas manifestaciones, ante una 4ª generación de derechos, pero que tiene a la democracia constitucional y convencional como la síntesis de diversos “archipiélagos” de derechos, pero todos insulares, que comprenden un género mayor sintetizado por el sistema que les da cabida y protección.⁶⁶

Tiempos relativos, distantes y diferentes; con espacios que no son físicos, alta exposición virtual y no real de los operadores del sistema, hacen que se genere un nuevo espacio en las ciencias jurídicas para abordar el problema, tutelar derechos, diseñar límites, establecer obligaciones, con las dificultades de la desaparición de fronteras, ya que el espacio es virtual, espacial y no real y físico; la disparidad de ordenamientos jurídicos en el mundo, el abordaje disímil de la problemática en determinados Estados-Nación, es el marco de una sociedad de la información, conectada sin fronteras, razas ni religiones.

La carta misiva como medio de comunicación, la máquina de escribir, etc. pasaron a ser costumbres y elementos de museo, pues la comunicación ha variado tanto que se advierte una

⁶⁵ Fernández Burgueño, Pedro. *Aspectos jurídicos de la identidad digital y la reputación online.* Ad Comunica. Revista de Estrategias, Tendencias e Innovación en Comunicación, 3. 2012

⁶⁶ Ver en Aquino Britos, Armando Rafael “4ª generación de derechos, democracia y corrupción” Ed Lerner Argentina 2019.

democracia horizontal y de casi instantánea e inmediata participación: la opinión a través del espacio virtual que cambio a la opinión pública que se expresaba a viva voz en plazas o espacios públicos o específicos; y en donde los medios audiovisuales expresaban una comunicación casi vertical, del dirigente, o el estadista, al ciudadano.

Desde la comodidad del hogar, en su trabajo, donde la noticia le alcance al ciudadano – en su rol de cibernauta- le permite participar, decidir, comprar, lo que le parezca oportuno y conveniente.

Los instrumentos de comunicación ahora son casi imprescindibles para desenvolverse en el mundo moderno. Realmente indispensables, si se quiere estar comunicado.

La computadora, el teléfono móvil y otros medios similares pasaron a ser indispensables para la vida cotidiana de las personas.

La especialidad del nuevo mundo merece explicación.

En informática, la noción de sistema no puede eludirse, pues, aunque en el proceso de tratamiento automatizado de la información confluyen elementos de naturaleza diferente, es precisamente su funcionamiento integrado lo que produce el resultado de la información.

Cuando nos referimos a un “sistema informático” podemos distinguir cuatro elementos básicos que lo integran: un soporte físico ("*hardware* "); un soporte lógico ("*software* "); la “información” y el o los “usuarios” son las nociones básicas y elementales para comprender la situación y la especialidad del tema⁶⁷

La ciencia y la tecnología motivan al derecho; la informática y la cibernética como medios para el hombre, reclaman que los mecanismos que el progreso y el avance provocado por la civilización se efectuó en un marco de justicia, pero también rindiendo tributo a los valores que, de manera permanente, siempre deben presidir los comportamientos sociales.

Se aboga por la más amplia libertad, apelando a la autorregulación, y se busca eximir de responsabilidad a los proveedores de contenido ya que offician de meros intermediarios, quienes expresan sus ideas, valoraciones, trabajos etc., por este medio y ello tiene la protección legal que la propia Constitución Nacional otorga a la libertad de expresión en sus arts. 14, 32, 43 y 75 (incs. 19 y 22). A partir del año 2005 nuestro ordenamiento legal cuenta con una Ley sancionada por el Congreso Nacional que expresamente consagra que la libertad de expresión tiene tutela en Internet.

⁶⁷ Altmark, Daniel Ricardo, Molina Quiroga Eduardo “*Tratado de derecho informático*” T I La Ley Bs As. 2012

En efecto, la ley N° 26.032, en su art. 1º, dispone que *"La búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión"*.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶⁸ (CIDH), por su parte, ha señalado concretamente que la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende, además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. Cuando la Convención Interamericana de Derechos Humanos proclama que la libertad de pensamiento y expresión comprende el derecho de difundir informaciones e ideas "por cualquier procedimiento" (art. 13, inc. 1º), está subrayando que la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente"

En abono de ello se efectuó la "Declaración conjunta sobre la libertad de expresión e Internet" de la ONU efectuada por El Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) el 1 de junio del 2011.

En la época de la "posverdad" y del uso de noticias falsas "fake news" puede dar lugar a generar un marco propicio para el "Lawfare", pero también para la impunidad.

3.4.1 Las redes sociales y posibilidad de Lawfare

La interacción social, las formas de relacionarse y vincularse entre las personas, también tuvo cambios drásticos por el avance de la informática, y ello lo confirman las llamadas redes sociales, que conforman una estructura compuesta por un conjunto de actores sociales, sean individuos u organizaciones de todo tipo, y que están relacionados de acuerdo a algún criterio tan amplio que va desde la relación profesional, amistad, parentesco, etc., hasta incluso personas que

⁶⁸ Corte IDH Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 31.

jamás se verían personalmente, pero sin embargo se comunican fluidamente por este mecanismo de relación o vinculación social.

Normalmente se representan simbolizando los actores como nodos y las relaciones como líneas que los unen. En su forma más simple una red social es un mapa de todos los lazos relevantes entre todos los nodos estudiados.

Las plataformas en Internet que facilitan la comunicación entre personas de una misma estructura social se denominan servicios de red social o redes sociales virtuales.

En ese marco, las personas interactúan a través de los llamados perfiles, síntesis de su personalidad, creados por ellos mismos, donde comparten sus fotos, historias, eventos o pensamientos, sin otra limitación que la autorregulación y el límite que le impone la plataforma que los vincula.

Es de suma utilidad pues es una interacción virtual que vincula a personas en cualquier lugar del mundo, que pueden tener diversos intereses en común.

En apretadas síntesis se puede decir que las redes sociales son sitios de Internet (plataformas informáticas) que permiten a los usuarios mostrar su perfil, subir fotos, contar experiencias personales, chatear con sus amigos y, en general, compartir e intercambiar contenidos de todo tipo (información, opiniones, comentarios, fotos y videos).

La idea fundamental es intercambiar contenidos entre personas que se relacionan libremente en el espacio virtual⁶⁹.

La utilidad y utilización estos sitios creció rápidamente. Los participantes envían mensajes a miembros de su propia red social invitándoles a unirse al sitio y así, el entramado social del espacio virtual, crece significativamente.

Los sitios promueven la actualización automática y permanente de la libreta de direcciones, perfiles visibles, tienen la capacidad de crear nuevos enlaces mediante *servicios de presentación* y otras maneras de conexión social en línea.

Las redes sociales también pueden crearse en torno a las relaciones comerciales y de todo tipo alcanzando todos los aspectos de la inquietud social de la persona, donde fluye la comunicación e intercambio de conocimiento en el marco de dicha comunidad. Obliga a una cooperación entre los miembros, a fin de preservar la finalidad y propósito que motivo la creación, funcionamiento y manteniendo del grupo.

⁶⁹ Tomeo, Fernando “*Las redes sociales y su régimen de responsabilidad civil* “ LA LEY LA LEY 2010-C , 1025

El usuario que comparte contenidos de todo tipo con amigos virtuales, mediante distintas aplicaciones diseñadas por cada red, actúa y opera en el marco de las condiciones jurídicas estandarizadas en contratos de adhesión que acepta al momento de ingresar.

Al intercambiar contenidos entre personas que se relacionan libremente en el espacio virtual, se comprueba que se puede influir de manera directa en las preferencias y opiniones de consumidores y usuarios.

Su poder en materia de comunicación, *marketing* y tendencias, es incontrolable. La gravitación en cuestiones institucionales es inevitable, y el uso en cuestiones de poder, procesos electorales imposible de controlar.

Empero, la autorregulación y disposiciones previamente dispuestas en el grupo, permiten la sanción, separación o eliminación del miembro que transgreda las pautas de comportamiento del referido ámbito social, lo que no está exento de engaños, fabulaciones, hasta delitos, lo que desnaturaliza la utilidad y la finalidad con la que fue creado este espacio de comunicación e interacción.

Las redes sociales más utilizadas son Facebook, Instagram, Twitter, Snapchat, Tumblr, entre otras.

Las redes sociales que expresan una democracia horizontal y participativa, pueden ser materia de “fake news”, pero se revierten por herramientas que aplica el Poder Judicial, para garantizar la verdad como derecho colectivo que integra el derecho a la información.

La pos verdad como mal endémico: este mecanismo perverso de difundir hechos segmentados, parciales, y con la información tendenciosa, conspira contra la verdad (derecho colectivo de toda la sociedad) y que trasladada a un proceso puede ser algo verosímil (un poco cierto) pero no la correspondencia irrefutable con un acontecimiento histórico que deleve la culpabilidad de una persona y su responsabilidad en el ámbito judicial.

La irrupción de conglomerados de medios oficialistas, más una militancia en las redes sociales (trolls) claro que conspiran contra la verdad, del mismo modo que lo puede hacer la manipulación de los medios de comunicaciones que tienen un perfil crítico.

De ultima hay “igualdad de armas” (art. 14 PIDCYP y 8 CADH) en este ámbito

En apretadas síntesis cuando se dice que los “medios monopólicos” hacen alianza con el “neoliberalismo para provocar una condena a una persona por la “presión mediática”, no se pondera a) el marco constitucional y legal donde se desenvuelven, b) la pluralidad de medios, c)

la gravitación estatal con la pauta de publicidad que es discrecional – rayana en lo arbitraria-, d) nadie controla el uso de las redes sociales que gozan de una libertad propia de la llamada democracia horizontal, e) desde que se adoptara la CADH (ley 23054 año 1984) nunca se reguló la garantía del derecho de réplica, y fue la justicia (CSJN) la que le dio operatividad, lo mismo que mediante el uso de las medidas autosatisfactivas se protege el honor y la dignidad, cuando no la verdad como bien colectivo, cuando existen abusos por la mala utilización de las redes sociales. Es también la justicia quien materializa estas garantías.

La tacha de complicidad del Lawfare entre medios de comunicación- Poder Judicial- neoliberalismo, como ideología, es cuanto menos, desproporcionada.

Por último cabe analizar el supuesto gran tema sobre el cual los pensadores que apelan al “Lawfare” creen que se manifiesta la persecución sin causa a los líderes políticos afectados por una investigación judicial.

4 LAWFARE Y CORRUPCION

4.1 DELITOS DE CORRUPCIÓN Y LAWFARE

Quienes acusan la actuación judicial sobre delitos contra la administración pública perpetrados por muchos funcionarios, bajo la consigna del Lawfare, juzgan como una sobreactuación de la justicia en la investigación de delitos de esta naturaleza.

Dijimos en otro lugar que “la corrupción es el gran flagelo que azota a las democracias modernas y que se traduce en teorema social que se puede sintetizar “a mayor nivel de corrupción, menor satisfacción de los derechos fundamentales, menor calidad institucional...La corrupción es directamente proporcional a la falta de seguridad, justicia, educación, cultura y empleo, produce necesidades básicas insatisfechas...”⁷⁰

La definición clásica seguida por el Banco Mundial y por la organización Transparencia Internacional, considera a la corrupción “como el uso de la posición pública de un individuo para provechos personales ilegítimos”

⁷⁰ Aquino Britos Armando R “ La corrupción como fenómeno y la afectación al sistema político “ en AAVV “ Combate a la corrupción: reflexiones y experiencias multilaterales” Adriana de Santiago Alvarez Jesús Rodrigo Guadalupe Nájera Trujillo coordinadores Universidad de Guanajuato, Guanajuato., México, 2020 pag.30

Todas las constituciones de América Latina son tributarias al modelo inspirado en las corrientes del constitucionalismo, que predica la división de poderes y reconoce la independencia del poder judicial como eje fundamental del sistema, Argentina también y es precisamente este poder, quien tiene el control de legalidad en el funcionamiento estatal, como lo dijéramos antes.

El catalogo punitivo argentino (libro 2° título XI Arts 237 a 281 bis CP) donde se sancionan delitos que pueden ser, en su gran mayoría, delitos cometidos por funcionarios públicos, y sobresale el art. 268(2) delito de enriquecimiento ilícito incorporado por ley 16.648 en 1968.

La reforma constitucional de 1994 en el art. 36 de la Constitución consagró como derecho y garantía colectiva, la defensa del orden constitucional y el sistema democrático y en la parte pertinente dispuso “...Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos.”

Para ilícitos constitucionales de esta naturaleza dispuso “...Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el Artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas”.

En 1996 se sanciona la Ley N° 24.759 que aprueba la Convención Interamericana contra la Corrupción. En el año 2006 se sanciona la ley N° 26.097 que aprueba Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Sendos compromisos internacionales nos obligan ante el mundo y ante cada ciudadano argentino, sabiendo que la corrupción se puede sintetizar como “corrupción es igual a Monopolio, mas discrecionalidad, menos transparencia (C= M +D-T)⁷¹ y en nuestro país se señaló con acierto, que esa fórmula puede traducirse en que poder hegemónico conlleva a la corrupción pues la “experiencia indica que la concesión de poderes absolutos es solo un caldo de cultivo propicio para la corrupción... (Toda vez) que el efecto del poder hegemónico en el sistema político, es semejante al poder monopólico en el sistema económico...la concesión de poderes extraordinarios que supuestamente benefician a la “eficacia” permiten la venta de la autoridad” dice Moreno Ocampo⁷²

⁷¹ Klitgaard, Robert “Controlando la corrupción” Ed Sudamericana Bs As.1994

⁷² Moreno Ocampo, Luis “En defensa propia. Como salir de la corrupción” Ed Sudamericana Bs As. 1993 Pag.183 y sig.

Por la magnitud del hecho criminal, sus efectos y la trascendencia de estos actos, creemos que se debe “investigar seriamente con los medios [que el Estado tenga] a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción, a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”⁷³

Existe una obligación estatal de investigar las violaciones de derechos humanos, derivada del deber de garantía y otros derechos fundamentales, aunque la lesión a los derechos humanos tenga como víctima a toda la sociedad, pues como dice Agustín Gordillo el nuevo diseño institucional y legal definen al derecho a la “no corrupción” como un derecho humano. “De ese modo quizás indirecto e instrumental, la corrupción en sus diversas manifestaciones va así en camino de constituir el casi seguro hilo conductor de los delitos que asolan a la humanidad entera” precisa⁷⁴

Va de suyo entonces que, siendo delitos claramente tipificados, existiendo el compromiso internacional y la obligación estatal, se debe investigar con eficacia respetando a rajatabla las garantías constitucionales y la defensa en juicio, haciendo prevalecer el principio de inocencia siempre.

Lo que no se puede aceptar es que “so pretexto” de la legitimidad de origen – y hasta de ejercicio- el poder judicial no cumpla su misión y función constitucional de control de legalidad. La legitimidad no es eximente de la punibilidad.

La dificultad de concebir la democracia institucional fue advertida por O’Donnell⁷⁵ cuando apunta que “ la democracia delegativa es el producto de regímenes formalmente democráticos, con elecciones periódicas, más o menos limpias o más o menos irregulares, con el denominador común de un ejercicio arbitrario, personalizado y discrecional del ejecutivo, y que anula en la práctica la separación de poderes, excluye a la sociedad civil de las decisiones políticas, afecta los derechos humanos y sustituye la ley por una voluntad de poder omnímoda”, pues tienen regla de comportamiento que : quien gane las elecciones presidenciales tiene permitido gobernar el país como quiere y le parece, extenderse en las posibilidades que este

⁷³ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 174.

⁷⁴ Gordillo Agustín, “La corrupción como delito de lesa humanidad”. *Revista Jurídica de San Luis Número 1 - Mayo 2017*

⁷⁵ O’ Donnell, Guillermo *Delegative democracy? Notre Dame: The Helen Kellogg Institute for International Studies University of Notre Dame, 1992.*

poder le permite, por el término de tiempo elegido, pero la cuestión en la actualidad es más grave.

Todos los argumentos que se esgrimen sobre esta cuestión, lejos de ser vetustos, son pre-constitucionales, donde se pretende que el “neo absolutismo” consagre la impunidad, pues se apela al concepto de Lawfare como una muletilla para la defensa genérica de todos los casos donde se investiga, se juzgan y hasta se condenan actos de indudable y probada corrupción.

Da la sensación que es utilizado como un grito de guerra para evadir el control social, institucional, y judicial de una persona que está obligada a rendir cuentas.

Precisamente es, que salvaguardando la garantía sistémica de la independencia del poder judicial, el art.109 de la C.N le impide al Ejecutivo, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.

No obstante, opina y pretende erigirse en tutor del Poder Judicial diciéndoles lo que tienen que hacer.

Si estos casos fueran de una notoria injusticia se remediaría con un decreto de indulto (99 inc.5 CN) pero no lo hace. Creemos entender dos motivos a) el informe previo del tribunal, b) la falta de justicia intrínseca que tendrá tal decisión.

Cuando un partido político (art.38 C.N) avala esta tesitura, con este argumento desnaturalizan su razón de ser : “ instituciones fundamentales del sistema democrático” pues impiden el normal funcionamiento del poder judicial, pues si este tiene anomalías en su funcionamiento, el camino es el jurado de enjuiciamiento (art. 115 CN) o el juicio político a la Corte Suprema (art. 53 CN), de lo contrario desvirtúa su naturaleza y pasa a ser una expresión de complicidad con el delincuente, comprobado por sentencia firme que debe cumplirse.

Es dable señalar también, que los institutos de gracia o de perdón estatal como el indulto, la conmutación de penas, que puede emitir el Ejecutivo, como las amnistías generales que dispone el Congreso, siguen vigentes, pero acotados por las “circunstancias del caso” las primeras, o la necesidad de un perdón genérico que borre la acción y la pena (amnesia) y el perdón sea genérico y comprensivo a todas las personas que estén comprendidas en la norma de perdón y olvido que borra el delito.

Va de suyo que por imperio de los principios y normas que emergen de la C.N y los instrumentos internacionales, por un lado (art.31 y 75 inc. 22 C.N); como también por los compromisos internacionales asumidos en forma concreta que bien podrían encuadrarse en el art.

75 inc.24 de la C.N, tanto el Ejecutivo como el Congreso de la Nación, tienen limitada su esfera de acción.

La mejor doctrina del derecho constitucional señala que los llamados delitos constitucionales (arts. 15, 29, 36 entre otros de la C.N) no pueden ser objetos de perdón o gracia por los representantes del pueblo, ejerciendo el poder delegado por este, pues lo impide lisa y llanamente el texto constitucional y el principio que surge del art. 33 de la carta magna.

También limita ello el plexo de declaraciones, principios, derechos y garantías que integran la parte dogmática de la constitución - 1ª parte de la misma- y condiciona el ejercicio del poder a los representantes, cuya forma y modo de ejercer se describe y detalla en la 2ª parte de nuestro máximo texto legal.

Existe una garantía sistémica, que se erige a favor de toda la sociedad – y de cada uno de los ciudadanos- como parte alícuota de la soberanía popular.

De admitir las pretensiones de las voces que se erigen reclamando esta aplicación para ex funcionarios condenados o procesados, estaríamos sepultando el Estado de derecho y la igualdad ante la ley, dejando al código penal como un catálogo de ilusiones que solo se aplicará para el hombre común, inaugurando un modelo neo absolutista que terminó en el siglo XVIII.