

marzo 2024

Luigi Ferrajoli

Sobre el uso alternativo del derecho. 50 años después

Piero Calamandrei

La Toga

Ian Duncan Burnett

La Justicia pública hoy día

Dossier. Las estrategias de Lawfare

Arantxa Tirado Sánchez

El lawfare en América Latina: lecciones para España

Joaquín Urías

Lawfare en los tribunales

Jordi Nieva Fenoll

Independencia judicial: ¿Cómo volver a su olvidada esencia?

Jorge Cagiao y Conde

Lawfare y nacionalismo jurídico

Miguel Pasquau Liaño

Garantías contra el lawfare

Aldara Cidrás

¿Lawfare en tiempos de warfare? La justicia bajo control sublevado en la guerra civil

Mariah Brochado y Lucas Magno Oliveira Porto

Brasil: lawfare como espectáculo mediático

Roberto Bueno

Brasil: lawfare y guerra híbrida

Alejandro Rodríguez Barillas

Guatemala: criminalización de operadores jurídicos

Adoración Guamán y Fidel Jaramillo Paz y Miño

Ecuador: violencia política de género y guerras jurídicas

Perfecto Andrés Ibáñez

Lawfare al revés: el Partido Popular [y el Consejo] contra el juez

JUECES *para la* **DEMOCRACIA**

INFORMACIÓN Y DEBATE

nº 109 marzo 2024

EDITA: **Juezas y Jueces** *para la* **Democracia**

En este número: Andrés Ibáñez, Perfecto. Magistrado emérito, Tribunal Supremo
 Brochado, Mariah. Catedrática Filosofía de la tecnología y del derecho, U. Federal de Minas Gerais (Brasil)
 Bueno, Roberto. Profesor Filosofía del Derecho, U. Federal de Uberlândia (Brasil)
 Burnett, Ian Duncan. Lord Burnett of Maldon, Lord Chief Justice de Inglaterra y Gales (jubilado)
 Calamandrei, Piero. Jurista insigne (1889-1956)
 Cagiao y Conde, Jorge. Profesor Civilización española contemporánea y Derecho Constitucional español, Universidad de Tours (Francia)
 Cidrás Fuentes, Aldara. Historia Contemporánea, U. Santiago de Compostela
 Ferrajoli, Luigi. Filósofo del Derecho
 Guamán, Adoración. Catedrática Derecho del Trabajo, U. de Valencia
 Jaramillo Paz y Miño, Fidel. Investigador, U. Autónoma de Madrid
 Nieva Fenoll, Jordi. Catedrático de Derecho Procesal, U. de Barcelona
 Oliveira Porto, Lucas Magno. Profesor Derecho Procesal, U. de Belo Horizonte, Minas Gerais (Brasil)
 Pasquau Liaño, Miguel. Magistrado TSJ Andalucía y Profesor Derecho Civil U. de Granada
 Rodríguez Barillas, Alejandro. Catedrático Política criminal y criminalista, U. Regional de Guatemala
 Tirado Sánchez, Arantxa. Profesora C. Políticas y Relaciones Internacionales. U. Autónoma de Barcelona
 Urías, Joaquín. Profesor Derecho Constitucional, U. de Sevilla

Jueces para la Democracia. Información y Debate

Publicación cuatrimestral de *Juezas y jueces para la Democracia*

Consejo de Redacción: Perfecto Andrés Ibáñez, Joaquim Bosch Grau, Esther Erice Martínez, José María Fernández Seijo, José Miguel García Moreno, Iñaki González Vega, Javier Hernández García, Carmelo Jiménez Segado, Marcos Marco Abato, Ascensión Martín Sánchez, Fátima Mateos Hernández (secretaria de redacción), Luis Carlos Nieto García (codirector), Amaya Olivas Díaz (codirectora), Ramón Sáez Valcárcel (codirector), Yolanda Rueda Soriano (codirectora), Belén Tomás Herruzo.

El dossier ha sido coordinado por Belén Tomás Herruzo y Carmelo Jiménez Segado.

Las imágenes de este número son ilustraciones de Gustave Doré para *Gargantúa y Pantagruel* (François Rabelais).

Consejo asesor: Manuel Atienza (U. Alicante), Antonio Baylos Grau (U. Castilla la Mancha), José Luis Díez Ripollés (U. Málaga), Cristina González Beilfuss (U. Barcelona), Juan Igartua Salaverría (U. País Vasco), Elena Larrauri Pijoan (U. Pompeu i Fabra), Javier Andrés González Vega (U. Oviedo).

Directrices para los autores: las normas de estilo se encuentran publicadas en nuestra página web juecesdemocracia.es

Boletín de suscripción en la página web.

Suscripciones y contacto: *Juezas y Jueces para la Democracia*, calle Núñez de Morgado, 3, 4.º B. 28036 Madrid
 Tel. 682 01 28 84

E mail: jpd@juecesdemocracia.es

Precio de este número: 15 € (IVA incluido)

Suscripción anual (nacional): 30 € (3 números) / Europa: 40 € / Resto: 50 €

Depósito legal: M. 15.960-1987. ISSN: 1133-0627. Impresión: Estudios Gráficos Europeos, S.A.



ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
Dossier. Las estrategias de Lawfare	
— <i>Introducción</i>	5
— <i>El lawfare en América Latina: lecciones para el Estado español.</i> Arantxa Tirado Sánchez	7
— <i>Lawfare en los tribunales españoles. Un concepto polémico pero necesario.</i> Joaquín Urías	19
— <i>Independencia judicial: ¿Cómo volver a su olvidada esencia?</i> Jordi Nieva Fenoll	31
— <i>Lawfare y nacionalismo jurídico. La importancia de una distinción.</i> Jorge Cagiao y Conde	47
— <i>Garantías contra el Lawfare.</i> Miguel Pasquau Liaño	57
— <i>¿Lawfare en tiempos de warfare? Unas reflexiones históricas sobre la administración de justicia bajo control sublevado en la guerra civil española.</i> Aldara Cidrás	67
— <i>Lawfare como espectáculo mediático en la lucha contra la corrupción en Brasil.</i> <i>Breve análisis del caso Lava Jato.</i> Mariah Brochado y Lucas Magno Oliveira Porto	81
— <i>Lawfare y guerra híbrida en Brasil.</i> Roberto Bueno	93
— <i>Lawfare en Guatemala: la persecución de los operadores de Justicia que combatieron la corrupción y la impunidad.</i> Alejandro Rodríguez Barillas	107
— <i>El nuevo libreto del lawfare en Ecuador: violencia política de género y guerras jurídicas interseccionadas en el caso Rebelión.</i> Adoración Guamán y Fidel Jaramillo Paz y Miño	121
— <i>Lawfare al revés: el Partido Popular [y el Consejo] contra el juez.</i> Perfecto Andrés Ibáñez	133
Teoría / Práctica de la jurisdicción	
— <i>Sobre el uso alternativo del derecho. 50 años después.</i> Luigi Ferrajoli	137
— <i>La Justicia pública hoy día.</i> Ian Duncan Burnett	151
Estudios	
— <i>La Toga.</i> Piero Calamandrei	163

DOSIER:

LAS ESTRATEGIAS DE *LAWFARE*

Introducción

La instrumentalización de la justicia para acabar con el enemigo político es muy antigua. La visión del fenómeno –sincera o fingida– suele ser negativa: una mínima intuición del sentido de la justicia rechaza que se utilice de forma tendenciosa. ¡No es posible!, y menos en una democracia; aunque no debe ignorarse que, desde la exclusiva lógica del poder, cualquier medio, incluida la judicatura, puede valer de instrumento para su adquisición, crecimiento y conservación.

En los sistemas democráticos, redefinidos desde hace décadas como poliarquías para prevenir idealizaciones o mitos atenienses (Dahl), el uso espurio de la justicia tiene que ser una preocupación. Las democracias se caracterizan, entre otras cosas, por la soberanía popular, el imperio de la ley y el reconocimiento de derechos y libertades, cuya tutela es atribuida por el soberano –libre y periódicamente elegido mediante sufragio universal– a un poder independiente de los poderes legislativo y ejecutivo, es decir, al poder judicial que está vinculado a la ley de la que obtiene su legitimación para resolver toda clase de controversias de manera imparcial y conforme a derecho.

Los tribunales se erigen así en piezas clave de toda democracia hasta el punto de que, como observó hace casi dos siglos

Tocqueville en su célebre estudio sobre la democracia americana, no hay cuestión política que no derive, tarde o temprano, en cuestión judicial. Esta judicialización de la vida política no tiene por qué adquirir connotaciones negativas si, desde fórmulas ligadas a la defensa del sistema democrático, lo que se pretende es delimitar, controlar o fiscalizar la actividad normativizada del poder en garantía de los derechos de la ciudadanía y solucionar conflictos para hacer posible la convivencia.

Pero cuando la justicia se instrumentaliza por cualquiera de los múltiples actores políticos (Estados, grupos o individuos) con la pretensión de lograr una posición ventajista fuera de los cauces democráticos, y algunos miembros de la judicatura o del resto de operadores jurídicos, consciente o inconscientemente, se ofrecen como herramienta de aquella pretensión, la judicialización desencadena una guerra judicial (*law+warfare*) en la que prima la derrota del enemigo político interior o exterior. La convivencia se resquebraja y el derrotado queda sometido a la facción o al Estado triunfante. ¿Puede el Estado democrático de derecho soportar esta tasa judicial?

La guerra judicial pertrechada con los medios de comunicación y las redes sociales continúa la política para alcanzar su objetivo, es más sutil que la guerra en los

campos de batalla, el poder desnudo se viste con un traje jurídico hecho a medida y se ahorran costes en vidas y recursos. El concepto, las características, la contextualización, los precedentes y los diversos supuestos y estrategias de *lawfare* —una de las manifestaciones más recientes de la instrumentalización de la justicia a escala global— se abordan en este número de la revista por especialistas de varias disciplinas que generosamente han contribuido a esclarecer un tema normalmente incómodo para el sector judicial.

La profesora y politóloga Arantxa Tiran-do, tras desarrollar una importante labor de conceptualización y repasar el laboratorio de *lawfare* latinoamericano, expone sus similitudes y diferencias con las prácticas de nuestro país. Los profesores de Filosofía del Derecho Roberto Bueno, Mariah Brochardo y Lucas Magno se detienen en el caso paradigmático de Brasil. El primero se centra en la guerra híbrida en la que el *lawfare* y los medios propiciaron el golpe de Estado cívico-militar durante el mandato de Dilma Rousseff mediante el encausamiento de los líderes de la izquierda, al igual que se hizo en Argentina, Ecuador, Paraguay y Honduras, con la consiguiente transformación del escenario geopolítico. Y los segundos profundizan en el espectáculo mediático del *lawfare* a través de un minucioso examen del caso *Lava Jato*. El profesor guatemalteco Rodríguez Barillas describe un desolador panorama de la actual persecución contra abogados, exfiscales y jueces comprometidos con la lucha contra la corrupción y la impunidad de los grandes crímenes internacionales, que supone un ejemplo de guerra jurídica que debemos denunciar. El panorama americano se complementa con el artículo de Ado-

ración Guamán y Fidel Jaramillo sobre un caso de guerra jurídica en Ecuador contra la prefecta de Pichincha, denominado caso Rebelión, que desvela los perfiles de violencia de género.

Regresando a nuestro país, el constitucionalista Joaquín Urías se fija en la tipología y casos de *lawfare* y apela a la toma de conciencia del asunto para asegurar la imparcialidad de los órganos judiciales. Miguel Pasquau, civilista y magistrado, en esta línea, sostiene que la cuestión esencial radica en si disponemos de medidas que sirvan para impedir el *lawfare* o reducir sus efectos al margen de que exista o no. El profesor y procesalista Jordi Nieva Fenoll sitúa también en un primer plano el deber de imparcialidad; después de relatar el origen y significación de la independencia judicial, advierte del peligro de que esta se traduzca en la creación de un poder autárquico incompatible con la verdadera división de poderes y la esencia misma de la democracia.

Jorge Cagiao, profesor especialista en teoría del federalismo y de la nación, con la mirada puesta en las reivindicaciones de los nacionalismos catalán y vasco, analiza la respuesta del Estado español y explica las diferencias entre el *lawfare*, que implica un abuso consciente del derecho y que considera incompatible con la democracia, y lo que denomina nacionalismo jurídico expresivo de la ideología dominante. La historiadora Aldara Cidrás se retrotrae a la Guerra Civil para mostrar cómo los sublevados instrumentalizaron la justicia como maquinaria de guerra.

Finalmente, Perfecto Andrés deja constancia de la persecución del magistrado José Ricardo de Prada y de la injustificada actuación del Consejo que considera un supuesto de *lawfare* al revés.

El *lawfare* en América Latina: lecciones para el Estado español

Arantxa TIRADO SÁNCHEZ*

Introducción

Después de años de centrar el debate político en América Latina, el término *lawfare* ha llegado al Estado español. No lo ha hecho sólo para describir lo que sucede en sociedades lejanas a las que algunos –no sin cierto prejuicio– ven como democracias imperfectas, con cuestionables Estados de derecho, carentes de separación de poderes, con débiles instituciones y bajos niveles de rendición de cuentas a la ciudadanía. El *lawfare* ha llegado para apuntar directamente al sistema político e institucional español, a sus poderes mediáticos y judiciales, es decir, a una democracia que presume de ser una democracia consolidada con instituciones fuertes, eficientes y transparentes.

Este hecho lleva a que debemos mirar a las experiencias de *lawfare* que se han dado en algunos países de la región latinoamericano-caribeña para, así, analizar cuáles han sido sus pautas, qué actores han sido sus protagonistas y ver en qué se parecen o diferencian de aquellos casos que en el Estado español están siendo catalogados como *lawfare*, singularmente los procesos contra los líderes del independentismo catalán y las causas abiertas a distintos miembros del partido Podemos.

El propósito de este artículo es doble: por un lado, coadyuvar a una mayor comprensión de los procesos de *lawfare* en América Latina que permita establecer paralelismos con los casos acaecidos en España, no obstante sus características diferenciadas, partiendo de la reconstrucción de un término que está sujeto a un intenso debate académico. Este ejercicio cobra especial importancia por cuanto la popularización del concepto *lawfare* ha implicado la profusión de su uso en el ámbito político y mediático español, en ocasiones sin la suficiente precisión o claridad analítica. Y, en segundo lugar, realizar algunas reflexiones sobre lo que implica el fenómeno del *lawfare* para la calidad de las democracias y el Estado de derecho, a partir de las lecciones que nos deja su aplicación en América Latina y lo que hemos observado hasta la fecha en España.

Lawfare, orígenes y evolución del término

El concepto *lawfare* (o guerra judicial) remite, sin duda, al ámbito jurídico pero tiene un origen que da pistas sobre su naturaleza: el ámbito militar. El mismo término está compuesto por una suerte de contracción de dos palabras en inglés *law* y *warfare*, ley y guerra¹. Y tanto en su sur-

* El presente artículo retoma algunos de los apartados elaborados por la autora para su libro *El lawfare. Golpes de Estado en nombre de la ley*, Ed. Akal, Madrid, 2021.

1 Otras explicaciones etimológicas del término *lawfare* consideran que se trata de la suma de las palabras *law*

gimiento como su desarrollo la guerra es un aspecto no menor. No obstante, este detalle suele eludirse en los análisis hasta el punto de difuminar la naturaleza eminentemente militar del *lawfare*.

Se suele considerar al general estadounidense Charles Dunlap como el creador del concepto por el impacto que tuvo su trabajo a la hora de asentarlos en la comunidad de los estudios militares y de seguridad, pero en realidad fue quien lo popularizó. En 2001 publicó un artículo en el que acuñó el vocablo *lawfare* como el uso de la ley para lograr objetivos políticos y militares. Aunque ya venía utilizando el término desde finales de los años noventa² e, incluso, existen registros con distintas aplicaciones de la palabra *lawfare* en el ámbito jurídico desde 1957³, no necesariamente vinculadas a lo militar o al ámbito del derecho internacional, Dunlap pretendía destacar cómo la ley estaba cambiando la guerra, así como la nueva relación existente entre ambas esferas. A partir de este momento, se fue popularizando cada vez más en la literatura militar hasta llegar a formar parte del vocabulario político y periodístico.

A la hora de abordar un debate sobre el tema, es importante destacar que no existe una definición unívoca sobre qué es el *lawfare*. Este hecho se traduce en la existencia de una multiplicidad de trabajos que analizan la guerra judicial desde pers-

pectivas distintas y, en ocasiones, con poco desarrollo teórico sobre el propio concepto del *lawfare*. Esta variedad de interpretaciones ha llevado a algunos analistas a afirmar que usar el término no es útil pues no tiene un significado fijo⁴. A la complejidad se suma que el que se considera creador del término le haya dado contenidos distintos en varias de sus publicaciones. En su artículo de 2001 el general Dunlap presentaba una noción del *lawfare* negativa, distinta a la que luego él mismo ayudará a popularizar. Consideraba que el *lawfare* planteaba problemas para los intereses de EE. UU. pues privaba a las fuerzas estadounidenses de ciertas armas y tácticas, además de minar el apoyo de la opinión pública acerca de los objetivos militares de EE. UU.⁵ Posteriormente, Dunlap fue cambiando su pensamiento al respecto.

De hecho, el término fue usado en sus inicios para designar las guerras por la vía judicial que EE.UU. estaba padeciendo por parte de enemigos mucho menos poderosos, en una suerte de guerra asimétrica. Quienes lo utilizaron, lo hicieron para denunciar cómo actores no estatales y vinculados con actividades de insurgencia o terrorismo en el sistema internacional podían poner contra las cuerdas a Estados como EE.UU. o Israel haciendo uso del derecho humanitario, una lectura presente en muchos de los artículos de la página «The Lawfare Project»⁶. Esta es la visión de los intereses vinculados al Estado de Israel, que consideran que el *lawfare* es un arma de militantes e ideólogos islámicos que usan como arma el Estado de derecho

(ley) y *fare*, que en inglés antiguo significa viaje o expedición. Por tanto, si en *warfare* el significado etimológico sería «yendo a la guerra» o «enrolándose en la guerra», en *lawfare* equivaldría a «viaje hacia la ley». Véase L. N. Sadat y J. Geng, «On Legal Subterfuge and the So-Called “Lawfare” Debate», *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 43, Issue 1, Cleveland, Ed. Case Western Reserve University, 2010, p. 156.

² Y, como él mismo reconoce, el término había sido usado previamente a mediados de los setenta, aunque en otro contexto, por John Carlson y Neville Yeomans. Véase Ch. Dunlap, «Lawfare Today: A Perspective», *Yale Journal of International Affairs*, winter 2008, p. 146.

³ L. N. Sadat y J. Geng, *op. cit.*, p. 157.

⁴ Por ejemplo, L. N. Sadat y J. Geng, *op. cit.*

⁵ J.P. Trachtman, «Integrating Lawfare and Warfare», *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 39, issue 3, article 3, Boston, Boston College Law School, 2016, p. 275.

⁶ Detrás de esta iniciativa está el lobby judío y su defensa del proyecto sionista del Estado de Israel: <https://www.thelawfareproject.org/>

creado por Occidente⁷. Estas lecturas trataban de un sentido peyorativo al *lawfare*⁸, visto desde la perspectiva de los intereses del *establishment* estadounidense o israelí, que posteriormente se amplió y cambió. Eran ejemplos de *lawfare* los intentos de determinados actores internacionales por juzgar a funcionarios estadounidenses que tenían responsabilidades en la vulneración a los derechos humanos. Por supuesto, en esta lógica, los culpables de las vulneraciones eran los grupos terroristas e insurgentes, que llevaban a ambos países a un terreno donde no les quedaba más remedio que violar las leyes.

Estas interpretaciones omiten otra acepción del *lawfare* que se puede añadir y que tiene que ver con el uso de cualesquiera medios legales para aniquilar a un adversario político, precisamente un *lawfare* ejercido por parte de los más fuertes en contra de otros más débiles. Se trataría del uso interesado de la ley que hacen los actores poderosos para combatir y desarmar, en el ámbito judicial, a un adversario político que, generalmente, supone un problema para los intereses del *establishment*. Esta concepción del uso de la ley y la violencia inherente a la ley para fines políticos por parte de los Estados y otros actores poderosos, es también expresada por los antropólogos John y Jean Comaroff, quienes reivindican ser los primeros en introducir el término en el ámbito universitario a través de su libro *Law and Disorder in the Postcolony*, publicado en 2006, tras otras reflexiones previas en forma de artículos⁹. A esta última interpretación del *lawfare* se suman

las aportaciones *a posteriori* de otros investigadores del tema, principalmente en América Latina, que han ido ampliando la perspectiva y sacando el término del ámbito estrictamente militar en el que surgió.

Debido a la polisemia y a las múltiples interpretaciones del concepto, el general Dunlap escribió un artículo en 2008¹⁰ para aclarar el término que había contribuido a popularizar, consciente de que su uso se había prestado a confusión. En él Dunlap define que el *lawfare* es «la estrategia de usar –o mal usar– la ley como sustituta de medios militares tradicionales para lograr un objetivo operacional» y, en ese contexto, considera que la ley es como «un arma» que «puede ser usada para buenos o malos propósitos»¹¹. En algunas conferencias, Dunlap llega a decir que el *lawfare* sirve para «detener un liderazgo»¹². En la lógica de Dunlap, lo positivo que aporta el *lawfare* es reducir los efectos destructivos que tiene la guerra abierta y por eso propondrá incorporarlo al sistema de defensa estadounidense. Además, reconoce que el peso de lo legal es cada vez mayor en la guerra. En artículos posteriores Dunlap llegará a decir que la guerra judicial o guerra jurídica es «ideológicamente neutral»¹³ y esto puede ser aprovechado por EE.UU. para utilizar medios legales que ayuden a aniquilar las capacidades militares del adversario, por ejemplo, estableciendo sanciones internacionales a terceros países para afectar no sólo su economía sino también la posibilidad de expansión de sus fuerzas militares¹⁴.

7 E. Samson, «Warfare through Misuse of International Law», *Viewpoint magazine*, winter 5770, Ed. National Council of Young Israel, EEUU, 2009, p. 63.

8 J. P. Trachtman, *op. cit.*, pp. 268-269.

9 «John Comaroff explica Lawfare», en *YouTube* [<https://www.youtube.com/watch?v=skCRotOT1Lg>], consultado el 20 de junio de 2020.

10 Ch. Dunlap, 2008, *op. cit.*

11 Ch. Dunlap, 2008, *op. cit.*, p. 146.

12 «La Guerra Judicial en Latinoamérica – Lawfare in the Backyard», en *YouTube* [<https://www.youtube.com/watch?v=Oi5fEkK77ok>], consultado el 12 de octubre de 2020.

13 Ch. Dunlap, «Introducción a la guerra jurídica. Manual básico», *Military Review*, agosto, 2017, Kansas, Army University Press, p. 2.

14 Ch. Dunlap, 2017, *op. cit.*, pp. 3-4.

Se trata de un enfoque pragmático que pretende seguir ayudando al dominio estadounidense por medios más inteligentes. En el fondo, está la necesidad de obtener el apoyo de la opinión pública para poder llevar adelante estas guerras por los recursos. El *lawfare* respondería, siguiendo esta lógica, a la necesidad política de justificar las intervenciones militares ante la opinión pública¹⁵ a través de métodos de intervención más sutiles y sofisticados, que pudieran ser presentados al mundo, desde los medios hegemónicos, bajo una fachada de defensa de la legalidad. En este sentido, el *lawfare* sería uno de los componentes de una nueva tipología de guerra debatida en los estudios militares y denominada guerra híbrida.

Poco a poco la idea de *lawfare* que se ha ido asentando es la de herramienta legal para la guerra, que la sustituye con métodos como el uso de la ley porque tiene menores costos que la guerra cinética y puede ser, incluso, más efectiva¹⁶. El campo de batalla legal entra a operar como un área simbólica, funcional a los objetivos propuestos, integrando la actividad legal o *lawfare* como parte de la estrategia militar¹⁷. En síntesis, como lo han definido algunos autores, una «innovación moderna de la contención internacional»¹⁸, esto es, el uso de la ley para propósitos de aniquilación política, con métodos militares, aplicados en el ámbito de las Relaciones Internacionales. Además, es un arma que se puede revestir de legitimidad al hacer uso de la ley. Como afirma Carol Proner, el *lawfare* es «una nueva forma de los po-

deres fácticos del capitalismo mundial de utilizar sectores de la legitimidad jurídica también para sus fines»¹⁹. Para la jurista brasileña, el *lawfare* sería un proceso no neutral porque se enfoca contra los gobiernos que trabajan por la justicia social y la defensa de la soberanía a través de «un sistema jurídico articulado, capaz de potenciar los objetivos estratégicos de desestabilizar, inviabilizar o sustituir un gobierno hostil (...) [como] una forma eficiente de concretar las llamadas guerras indirectas o híbridas»²⁰.

Siguiendo esta lógica, el *lawfare* es una táctica de guerra, inserta en una estrategia bélica multifactorial y de amplio espectro, como es la guerra híbrida, que utiliza la ley para neutralizar o eliminar al enemigo político en aras de una reconfiguración geopolítica. En ese uso de la ley puede acudir tanto a tribunales y legislaciones nacionales, algunas con pretensión extraterritorial, como a legislación internacional y a las instituciones de impartición de justicia que operan en un marco global. Una táctica que ha sido muy útil para ayudar a reconfigurar el mapa geopolítico de América Latina y el Caribe, inoculando de paso la suspicacia respecto de las buenas intenciones de los gobiernos de la izquierda y la probidad de sus líderes, sentando las bases para el descrédito de lo público, la desconfianza y la desafección política.

Si se hace un uso laxo del término *lawfare*, se podría llegar a aceptar otras variantes del *lawfare* como, por ejemplo, aquella que defiende que un Estado pueda

15 A. Férey, «Droit de la guerre ou guerre du droit? Réflexion française sur le *lawfare*», *Revue Défense Nationale*, 2018/1 n° 806, París, Ed. Comité d'études de Défense Nationale, 2018, p. 52.

16 J. P. Trachtman, *op. cit.*, p. 267.

17 J. P. Trachtman, *op. cit.*, p. 268.

18 J. P. Trachtman, *op. cit.*, p. 281.

19 P. Brieger, «Carol Proner, abogada brasileña: "La judicialización de la política está coartando la democracia" – Grupo de Puebla», *NODAL*, 23 de diciembre de 2019 [www.nodal.com].

20 C. Proner, «Operação Lava Jato e relações externas» en F. Augusto Jr., J.S. Gabrielli y A. Alonso Jr. (organizadores), *Operação Lava Jato: crime, devastação econômica e perseguição política*, São Paulo, Expressão Popular, 2021, p. 176.

utilizar las leyes comerciales y de inversión existentes para defenderse contra un rival en el ámbito económico. Sería una suerte de *lawfare* económico. También se ha hablado del *lawfare* corporativo que aplican las grandes empresas para evitar la justicia en litigios medioambientales²¹. Siguiendo estas interpretaciones, allí donde haya un uso torticero de la ley o una aplicación selectiva en su uso con propósitos ilegítimos, sean destituyentes, deslegitimadores del orden existente o con intención de vulnerar la legalidad, podríamos aventurarnos a afirmar que existiría un caso de *lawfare*. Estas acepciones permitirían usar el *lawfare* ateniéndose solamente a la existencia de litigios entre partes. Sin embargo, este uso no siempre recoge el carácter político y bélico del *lawfare*, por lo cual nos parecería más correcto utilizar el término judicialización para esos casos. La simple judicialización serviría para describir el uso y abuso de los tribunales para solventar conflictos que pudieran ser resueltos por otras vías previas, como la mediación, por ejemplo.

Lo relevante del *lawfare*, tal y como se ha desplegado en América Latina, es su dimensión política y geopolítica, como parte de una estrategia bélica más amplia de reconfiguración geopolítica del continente, y su aplicación para el aniquilamiento del adversario en aras de propiciar un cambio de régimen. Y en esta voluntad de usar la ley para aniquilar o neutralizar a un adversario político radica una de las esencias del *lawfare*: la existencia de una intencionalidad política en la que la ley deviene un arma instrumental en la disputa política aplicada por actores que, en teoría, debe-

rían mantenerse al margen de este terreno de juego. De este modo, para que se pueda hablar de *lawfare* es imprescindible que jueces, fiscales y, por extensión, el poder judicial, excedan sus competencias constitucionales y pasen a convertirse en actores políticos. Pero, como veremos, jueces, magistrados o fiscales no son los únicos actores, aunque aparezcan como protagonistas, en los casos de *lawfare*.

El *lawfare* en América Latina

El *lawfare*, como parte de la guerra híbrida, es una más de las maneras en que el capitalismo apuntala su dominio a escala planetaria en este siglo XXI, impidiendo el desarrollo de alternativas reformistas o revolucionarias, que supongan un desafío a su hegemonía, y no es casual que se haya ensayado allá donde percibe que hay mayor debilidad institucional, pero también mayor resistencia social, América Latina y el Caribe. De hecho, desde finales del siglo XX se inició en esta zona geográfica un nuevo momento político que marcó un punto de inflexión respecto a las convulsas décadas precedentes de gobiernos neoliberales, dictaduras o luchas guerrilleras. Una sucesión de victorias electorales de las fuerzas de izquierda y el progresismo cambió la correlación de fuerzas en la región. A pesar de sus diferencias, los gobiernos resultantes tenían en común la defensa de la soberanía nacional y el establecimiento de nuevas alianzas geopolíticas –concretadas en acuerdos bilaterales con actores extrarregionales o en acuerdos de concertación política regional multilateral– que EE.UU. interpretó como un escollo para la expansión de su influencia y de sus intereses económicos en el área. Varios de los presidentes que protagonizaron este nuevo momento serán las principales víctimas de la persecución judicial con fines políticos

21 F. Casado Gutiérrez y R. Sánchez Figuera, «*Lawfare* en Ecuador: las acciones del Estado desacreditadas por organismos internacionales», *Nullius: Revista de pensamiento crítico en el ámbito del Derecho*, vol. 1, n° 1, enero-junio, Portoviejo, Ed. Facultad de Ciencias Humanísticas y Sociales, Universidad Técnica del Manabí, 2020, p. 3.

en sus países. Destacan tres casos emblemáticos: Lula da Silva, Cristina Fernández y Rafael Correa. El *lawfare* en América Latina no puede entenderse, por tanto, sin estas coordenadas geopolíticas. Y tampoco sin la combinación de varios elementos presentes en todos estos casos: la multiplicación de causas, la existencia de jueces activistas, su articulación con otros poderes económicos y mediáticos, una supuesta lucha contra la corrupción de fondo y las irregularidades procesales que se tradujeron, de hecho, en la presunción de culpabilidad de los acusados ante la opinión pública, verdadero objetivo de estas operaciones.

La lucha contra la corrupción como excusa del *lawfare*

La mayoría de causas de *lawfare* se iniciaron por denuncias de presuntos casos de corrupción protagonizados por estos mandatarios. Como se sabe, la corrupción es un problema endémico en las sociedades de América Latina y el Caribe, a distintos niveles, además de un problema consustancial al funcionamiento mismo del capitalismo, también en los países del centro del sistema. En este sentido, se trataba de una lucha que concitaba consensos y era vista de manera positiva, provocando que pudiera ser utilizada para manchar la imagen de los líderes que se pretendía neutralizar.

EE. UU. lleva años tratando de presentar la corrupción en terceros países como una amenaza que afecta a su propia seguridad. Según los análisis de sus *think tanks*, la corrupción sería un problema generalizado de los gobiernos de América Latina y el Caribe que supondría un desafío con implicaciones geopolíticas²² que

incide en los intereses estadounidenses. Por ejemplo, altos cargos militares estadounidenses, como el entonces comandante del Comando Sur, el almirante Kurt Tidd, llegaron a declarar que la corrupción política es uno de los problemas de gobernabilidad que enfrentan los países de América Latina y el Caribe pues, junto a la criminalidad, «crean un entorno permisivo para las actividades ilícitas y otras actividades preocupantes»²³. Esta idea fue reforzada por el jefe de la Sección Corrupción Pública/ Derechos Civiles del FBI que vinculó corrupción a ingobernabilidad y terrorismo según la siguiente lógica: «La corrupción conduce a la falta de confianza en el gobierno. La falta de confianza en el gobierno conduce a Estados fallidos. Y los Estados fallidos conducen al terrorismo y a problemas de seguridad nacional»²⁴. Incluso trataron de introducir la idea de que la financiación electoral en algunas campañas fue de naturaleza ilegal, hasta criminal²⁵. La vinculación corrupción-criminalidad tenía el fin de introducir la idea de que ambos elementos son de igual naturaleza, aunque no necesariamente estuvieran vinculados siempre, y constituían una amenaza a la seguridad estadounidense. Por tanto, debían ser combatidos por este país, aunque fuera de manera extraterritorial, como demuestra la existencia de la

23 K. Tidd, «Posture Statement of Almiral Kurt W. Tidd, Commander, United States Southern Command Before the 115th Congress», Senate Armed Services Committee, 15 de febrero de 2018, p. 3.

24 FBI, «FBI Establishes International Corruption Squads», *News*, 30 de marzo de 2015 [<https://www.fbi.gov/news/stories/fbi-establishes-international-corruption-squads>].

25 En algunos casos, como el artículo de L. Fleischman que se cita arriba, se afirma incluso la vinculación de la recepción de fondos para las campañas electorales de, por ejemplo, la expresidenta Cristina Fernández, de parte, presuntamente, de compañías farmacéuticas argentinas, también presuntamente vinculadas con cárteles de la droga mexicanos, insinuando una relación indirecta o una triangulación.

22 L. Fleischman, «Corruption in Latin America is a Geo-Political Challenge», *Interamerican Institute for Democracy*, 16 de junio de 2017 [www.intdemocratic.org].

Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA) que data de 1977. La idea de fondo es que la corrupción, cuando se produce en los países de la periferia, supone una amenaza a la seguridad estadounidense porque se presume que está vinculada a la criminalidad y abre la puerta al terrorismo que acaba llegando a EE. UU.²⁶ (o no, pero en la elaboración estadounidense, así se presenta). Esto, por supuesto, sirvió y sirve para justificar, desde la perspectiva estadounidense, su intervención en la lucha contra la corrupción en América Latina, así como sus llamadas a restaurar la supuesta falta de gobernanza y Estado de derecho a través de la cooperación judicial o de la persecución extraterritorial unilateral, cuyo caso más emblemático fue su participación en la operación *Lava Jato* brasileña. De hecho, personal del Departamento de Justicia de EE. UU. hizo indagaciones en Brasil sobre la trama de corrupción de Odebrecht, enviando a agentes del FBI a investigar *in situ* gracias a la existencia de la extraterritorial FCPA y de acuerdos bilaterales entre la justicia brasileña y estadounidense.

Jueces activistas

El papel de unos jueces de parte, que dejan entrever su parcialidad e, incluso, una arbitrariedad y un sesgo político poco compatibles con la que debería ser su función profesional será una característica presente en los casos de *lawfare* en América Latina. El caso más evidente es el del brasileño Sérgio Moro, juez detrás de la persecución a Lula da Silva, que posteriormente fue ministro de Justicia y de Seguridad Pública del gobierno de Jair Bolsonaro y acabó siendo declarado, en 2021, como «parcial» en su juicio a Da Silva por la Sala

Segunda del Tribunal Supremo Federal de Brasil, además de ser acusado de diversas irregularidades en la operación *Lava Jato*.

Tanto el juez Moro como la fiscal general del Estado del Ecuador fueron becarios de la USAID, la agencia de cooperación estadounidense. En el caso del juez Moro, fue alumno del Proyecto Puentes que el Departamento de Justicia de EE. UU. desplegó en 2009 para capacitar en la lucha contra la corrupción, el lavado de dinero y el terrorismo.

Articulación del poder judicial con otros poderes

Para llevar a cabo esta política de aniquilamiento de liderazgos políticos, algunos medios de comunicación hicieron acuerdos estratégicos con servicios de inteligencia²⁷ para obtener información privilegiada que fue usada con propósitos políticos. Muchos de estos medios estaban enfrentados a los líderes de la izquierda en el gobierno porque habían impulsado diversas reformas a las leyes de medios que pretendían democratizar, en algún sentido, el acceso a la información o a los espacios radioeléctricos tocando, entonces, sus intereses económicos y corporativos. Tal fue el caso de Cristina Fernández y Rafael Correa. Cristina Fernández, de hecho, reflexionaba sobre esta imbricación entre el poder mediático y el judicial en su aplicación del *lawfare*: «Lo novedoso es que actualmente no es el Poder Judicial el que condena, el Poder Judicial valida a través de una sentencia un proceso que se inicia e incentiva en los medios de comunicación. Los medios instalan e inventan de-

26 L. Fleischman, *op. cit.*

27 «La Guerra Judicial en Latinoamérica – Lawfare in the Backyard», en *YouTube* [<https://www.youtube.com/watch?v=Oi5fEkK77ok>], consultado el 12 de octubre de 2020.

nuncias y luego la justicia valida ese relato mediático»²⁸.

A finales de 2022 se filtró en Argentina el contenido de las conversaciones de un grupo de Telegram en el que participaban jueces, entre ellos Julián Ercolini –uno de los jueces detrás de algunas de las causas contra la expresidenta Fernández–, empresarios, exagentes de inteligencia y otros funcionarios vinculados al partido del expresidente Mauricio Macri. De las conversaciones se desprendían prácticas irregulares e instigación a la falsificación de pruebas para condicionar ciertas causas, incluidas algunas de la expresidenta. Se consideraron un ejemplo de la articulación judicial, política y empresarial para la guerra sucia política.

En el caso de Brasil, gracias a la filtración de conversaciones privadas que mantuvo el juez Moro entre octubre de 2015 y septiembre de 2017 con Deltan Dallagnol²⁹, abogado formado en Harvard y coordinador de la operación *Lava Jato* por parte del Ministerio Público o Fiscalía, algo que teóricamente estaría prohibido, se supo que ambos se coordinaban para medir los tiempos en los que anunciar investigaciones o invertir las fases de la investigación, a efectos de conducirlas hacia un mayor impacto en la opinión pública. Moro llegó, incluso, a filtrar información, en teoría sujeta a secreto de sumario, a través de su cuenta de *Twitter*³⁰. Esta articulación del poder judicial con el poder mediático tiene otros efectos colaterales, no exclusivos de

los casos de *lawfare*, como son la espectacularización de las causas y, en ocasiones, el fomento de una visión punitivista en la sociedad. Como apunta Rubens Casara³¹, el resultado es que «el poder judicial pasa a regir/dirigir procesos judiciales que seguirán la lógica propia de los espectáculos, enfocados en la satisfacción de los espectadores (también consumidores) del sistema de justicia» donde la «buena justicia» se asocia «con la represión y el uso de la fuerza en detrimento de los conocimientos y de las prácticas restaurativas» mientras las prácticas autoritarias son atractivas, gracias al papel de los medios de comunicación que han hecho su juicio paralelo apelando a los más bajos instintos.

Irregularidades procesales

Las irregularidades presentes en las diversas causas abiertas contra estos exmandatarios y, en algunos casos, extensivas a otros funcionarios parte de su gobierno³², han sido múltiples y variadas. Sin embargo, algunas de ellas se encuentran en varios de los casos permitiendo establecer un *modus operandi* compartido. Por ejemplo, la elaboración de pruebas incriminatorias *a posteriori*, como fue la redacción de cuadernos de notas donde colaboradores de dichos gobiernos supuestamente anotaban las cantidades de dinero recibido en forma de mordidas. Estos cuadernos aparecieron tanto para incriminar a Rafael Correa como a Cristina Fernández.

28 C. Fernández de Kirchner, *Sinceramente*, Barcelona, Penguin Random House Grupo Editorial, 2019, pp. 558-559.

29 The Intercept Brasil, «Leia os diálogos de Sergio Moro e Deltan Dallagnol que embasaram a reportagem do Intercept», *The Intercept Brasil*, 13 de junio de 2019 [www.theintercept.com].

30 A. Martins, «Hybrid War: Why is Sérgio Moro Still Free?», *Brasil Wire*, 30 de julio de 2019 [https://www.brasilwire.com/hybrid-war-why-is-sergio-moro-still-free/].

31 R. R. Casara, *Estado posdemocrático. Neoliberalismo y gestión de los indeseables*, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 2018, pp. 19-20.

32 Es importante destacar que el *lawfare* no se ha aplicado solamente contra líderes políticos en su calidad de mandatarios sino también contra otros funcionarios de distintos niveles. En el caso de Ecuador, algunos autores como Casado y Sánchez, *op. cit.*, hablan de persecución, de hecho, a todo un movimiento político, el correísmo. En otros casos, se ha producido la aplicación de la asociación ilícita extendida a todos los miembros de un gobierno.

Más allá de vulneraciones al debido proceso, la inversión de la carga de prueba o el abuso de la prisión preventiva sin condena firme, sobre todo en el caso de Lula da Silva y de otros funcionarios argentinos, también se ha apuntado a la discrecionalidad de las acusaciones y al uso de teorías penales que suscitan un gran debate en el mundo de la justicia. Cristina Fernández, por ejemplo, ha llegado a ser imputada por acciones que estaban dentro de su función ejecutiva, como parte de competencias administrativas, como fue, por ejemplo, la venta de divisas del Banco Central de la República Argentina. El juez Claudio Bonadio la acusó de haber facilitado el enriquecimiento privado y pérdidas onerosas al Estado de manera deliberada, en la causa conocida como dólar futuro. Por su posición jerárquica, la presidenta debía estar al tanto e, incluso, haber autorizado la operación del Banco Central. Jurídicamente se aplicó la doctrina de Roxin que también se le había aplicado a Lula. Como establecen algunos juristas, esta «es una herramienta jurídica muy sensible y que puede ser peligrosa porque extiende el poder punitivo y lo desliga de la comisión del hecho (“derecho penal de acto”))»³³.

Lawfare en el Estado español: similitudes y diferencias

¿Qué sucede cuando el término *lawfare* se utiliza para describir la persecución política por la vía judicial de determinados liderazgos, ideas o partidos en contextos donde no existe un actor geopolítico en la sombra y con los niveles de injerencia, directa e indirecta, como los que EE. UU. tie-

ne en América Latina y el Caribe? ¿Se puede seguir hablando de *lawfare* y aplicarlo a lo sucedido en el Estado español aun cuando no encontremos elementos evidentes para pensar en la variable geopolítica o aun cuando la conceptualización militar nos resulte lejana? Mi respuesta es sí y la argumentaré en los siguientes párrafos.

En tanto uso o abuso de la ley como instrumento para la neutralización del enemigo político con participación de actores mediáticos y de distintos poderes del Estado, el *lawfare* es una práctica que encaja a la perfección en los casos de persecución al independentismo catalán y a los miembros del partido Podemos. Ambos son actores políticos del sistema político español que han sido conceptualizados en la práctica como enemigos del orden constitucional por otros actores del ámbito político, judicial y mediático. Estos han maniobrado de manera coordinada, como numerosas filtraciones y hechos han puesto de manifiesto³⁴, para perjudicar a unas fuerzas políticas legales y legítimas pero que han sido consideradas por estos poderes como una amenaza en tanto pretenden subvertir, de distintas maneras, el actual régimen existente. La defensa de la razón de Estado ha sido asumida por algunos jueces que han hecho un uso estratégico del derecho aplicando una lógica penal del enemigo, sea contra el independentismo catalán o contra los líderes de Podemos, en una suerte de «fanatismo judicial», en palabras

33 E. R. Zaffaroni, C. Caamaño y V. Vegh Weis, *¡Bienvenidos al lawfare! Manual de derechos básicos para demoler el derecho penal*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Capital Intelectual, 2020, p. 150.

34 No dispongo de espacio para detallar el cúmulo de informaciones que ha aparecido en la prensa española en los últimos años sobre la Operación Catalunya; las denuncias archivadas sobre la supuesta financiación ilegal de Podemos; los casos niñera o Dina; la sentencia al juez Salvador Alba por su persecución a la jueza y miembro de dicho partido, Victoria Rosell; el juicio contra el diputado Alberto Rodríguez; o el reciente cuestionamiento de la Justicia suiza a la investigación del juez Manuel García Castellón en la causa que vincula a Carles Puigdemont y Marta Rovira con el movimiento *tsunami democràtic* y con presuntas acciones terroristas realizadas por éste.

del jurista catalán Joan Ridao. Además de la motivación ideológica de alguna de las causas, se ha observado un activismo judicial que, junto a otros problemas que se arrastran en el poder judicial español, ha puesto al ámbito judicial en el centro del escrutinio público.

Sin duda, uno de los principales elementos diferenciales entre las prácticas de *lawfare* en América Latina y la persecución judicial a los líderes de Podemos o al independentismo catalán es el carácter menos internacionalizado de estas estrategias y la aparente ausencia de un componente bélico. Si en América Latina el factor de reconfiguración geopolítica es clave, no sucede lo mismo o, cuando menos, no de manera tan evidente y directa como en la politizada persecución judicial española. La variable internacional, por tanto, sea con presencia de actores de terceros países, sea con una influencia directa o indirecta a través de actores interpuestos, o sea a través de la colaboración con servicios de inteligencia extranjeros, no está presente en un primer plano. Ello responde a la distinta naturaleza de los procesos y también a la realidad geopolítica diferenciada. Mientras América Latina y el Caribe es una región cuyos países han padecido a lo largo de su historia la intervención de distintas potencias imperiales con la pretensión de dominio económico y político, España es un país miembro de la Unión Europea (UE), cuya inserción en el sistema internacional ya viene determinada por este hecho. Esto significa que el margen de maniobra de cualquier gobierno de España está constreñido por su pertenencia a la UE, por tanto, una alternancia gubernamental o la presencia de fuerzas independentistas en otros niveles institucionales no tiene, *a priori*, los impactos geopolíticos que puede tener en otras latitudes.

En trabajos recientes, autores como Jaume Castan y Mark Friis han establecido tres dimensiones del *lawfare*: la geopolítica, la doméstica y la estatal, esta última como subapartado de la doméstica³⁵. El caso de los conflictos territoriales internos, con presencia de movimientos secesionistas, como es el conflicto entre el independentismo catalán y el Estado español, correspondería a esta última categoría. Por la propia naturaleza de estos conflictos, donde dos concepciones del ordenamiento territorial y legal entran en pugna, sería prácticamente inevitable que no se diera una confrontación en el ámbito legal susceptible de ser tildada como *lawfare*. Se trata de luchas políticas llevadas al ámbito jurídico en las que el Estado central desafiado tendría la hegemonía y, en su respuesta, puede socavar algunos principios del Estado de derecho, «entendido como el cumplimiento de las normas institucionales que definen un sistema político», al no dejar espacio al pluralismo político que trata de cambiar el orden existente³⁶.

Por tanto, pese a sus manifestaciones diferenciadas, el *lawfare* español comparte con el *lawfare* latinoamericano la idea de usar los mecanismos legales y paralegales del Estado para detener ciertos liderazgos y movimientos políticos, el papel de determinados jueces activistas, el impacto mediático de unas causas que se difunden con la finalidad de condicionar a la opinión pública, singularmente en momentos preelectorales, por parte de unos poderes mediáticos que son parte activa en esta estrategia. En última instancia, se trata de procesos de instrumentalización de la ley y de los tribunales para dirimir conflictos políticos pero que van más allá de la judicia-

35 J. Castan Pinos y M. Friis Hau, *Lawfare. New Trajectories in Law*, Nueva York, Routledge, 2023, p. 3.

36 J. Castan Pinos y M. Friis Hau, *op. cit.*, pp. 49-51.

lización de la política, de la politización de la justicia o de la existencia de jueces prevaricadores. El *lawfare*, para ser tal, debe involucrar a diversos actores del poder político, judicial, económico y mediático que se articulan para el mantenimiento del *status quo* o la subversión de este, cuando no responde a sus intereses. En este sentido, el *lawfare* es profundamente antidemocrático pues supone ignorar el mandato soberano y el imprescindible respeto a la soberanía popular.

Lecciones para el Estado español

El *lawfare* ha sido concebido de manera metafórica como un asesinato «moral, de imagen pública»³⁷ de los líderes políticos. Parece evidente que, con él, se perpetra también el asesinato de la voluntad ciudadana que está detrás del respaldo a estos liderazgos y a las ideas políticas que representan. Este ejercicio de limitación de la pluralidad en democracia, que tiene un sesgo claramente conservador pues suele apartar del camino a fuerzas que plantean un cambio en lógica progresista o, cuando menos, en el caso del independentismo, si bien no necesariamente progresista, sí al menos de transformación de la distribución del poder territorial, merma la calidad de cualquier democracia que se precie. No sólo cuestiona los elementos procedimentales de la democracia, desnudando la posibilidad de su impugnación o reconducción de manera antidemocrática –incluso por actores que pertenecen a poderes emanados de ella cuando se extralimitan de sus funciones–, sino que, además, plantea debates sobre qué elementos deberían considerarse para la evaluación de la calidad democrática de cualquier país que aspire a tener una democracia sustantiva.

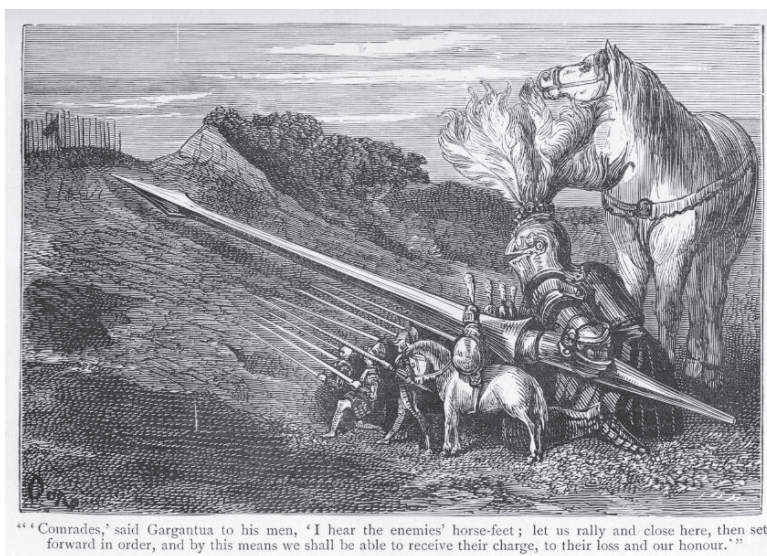
Además, con el descrédito y criminalización de determinados líderes e ideas políticas se está atacando a un elemento fundamental como es la credibilidad y la honorabilidad de quienes acaban siendo víctimas del *lawfare*. Estas son características imprescindibles para dedicarse a la gestión de los intereses colectivos, como es el ejercicio de la política, pero también de la judicatura, que se ve salpicada en el momento en que es señalada como actor protagonista o connivente de prácticas cuestionables contra la esfera política. Minar esos elementos supone aniquilar las posibilidades de que una persona pueda dedicarse a la política e, indirectamente, pone en cuestión la legitimidad sus posicionamientos ideológicos, cuya pluralidad está consagrada en la Constitución. Pero tiene asimismo el efecto de socavar la credibilidad del sistema democrático cuando se ponen al descubierto prácticas de aplicación desigual y asimétrica del derecho, con intencionalidad política, discrecionalidad o mala fe por parte de quienes deberían limitarse a impartir justicia y a aplicar las leyes emanadas del poder legislativo, ciñéndose a sus potestades jurisdiccionales y rigiéndose por los principios de independencia e imparcialidad.

En última instancia, y realizando una reflexión más profunda, el *lawfare* es un arma que muestra las costuras del funcionamiento del capitalismo y su utilitarismo de la ley para mantener un orden económico y político determinado, funcional siempre a los intereses de los grandes grupos de poder con mayor capacidad de influencia e incidencia en el ámbito político. En la medida en que el *lawfare* implica una articulación de poderes que podría ser tildada de alianza de clase para evitar un cambio en el orden establecido, su existencia pondría en entredicho la credibilidad de las instituciones, organismos y funcionarios encargados

37 F. Casado Gutiérrez y R. Sánchez Figuera, *op. cit.*, p. 4.

de la impartición de justicia como representativos de los intereses de toda la sociedad. Se podría afirmar, entonces, que el *lawfare* es una disfuncionalidad de la democracia liberal que socava su legitimación, a la vez que entra dentro de la lógica de funcionamiento de las democracias liberales capitalistas que anteponen los intereses económicos, sacrificando para ello aspectos formales y sustanciales de las democracias si hace falta. Esto puede ser difícil de reconocer para mucha gente en el caso de España, pero se muestra de manera descar-

nada en América Latina, donde el *lawfare* se ha convertido en un instrumento para el cambio de régimen, junto a la persistencia de otras modalidades de golpe de Estado que llegan hasta nuestros días. En esencia, el *lawfare* desnuda el carácter de clase de la ley y de la justicia, así como de todo el sistema y sus estructuras de poder, que siempre ha estado ahí pero que pocas veces se visualiza con tanta nitidez debido a los velos interesados en quitar este elemento a la hora del análisis crítico de nuestras democracias e instituciones.



Gustave Doré, *Gargantúa y Pantagruel*

Lawfare en los tribunales españoles. Un concepto polémico pero necesario

Joaquín URÍAS

1. El origen y la generalización del concepto de *lawfare*

La palabra *lawfare* es una creación reciente producto de la contracción en inglés de las palabras guerra (*warfare*) y derecho (*law*). Puede traducirse por algo así como “guerra judicial”, pero el éxito de la expresión radica precisamente en que no necesita ser traducido. El término se crea para aludir a un auténtico mecanismo bélico entre países. Después se extiende a la guerra sucia judicial contra sistemas políticos contrarios e incluso a la pelea política interna de un país que se materializa a través de la justicia¹.

La idea de *lawfare* nace precisamente en el ámbito de las organizaciones y colectivos de derechos humanos que recurren al derecho internacional para debilitar las intervenciones militares internacionales de grandes potencias como los EE.UU.

Se trata de una palabra nueva² para aludir a algo antiguo pero que se ha generalizado. Efectivamente, el término parece ser que sólo se populariza a partir de los análisis estratégicos elaborados por el entonces coronel estadounidense Charles Dunlap en 2001³. Este jurista y militar,

que había sido el número dos del servicio jurídico militar de su país, se preguntaba entonces si el derecho internacional estaba recortando la capacidad de Estados Unidos de llevar a cabo intervenciones militares eficaces⁴. Citaba el ejemplo de la guerra de Kosovo, cuando en la intervención militar contra Serbia tuvieron casi más importancia los abogados que los estrategas. Pensaba que ello limitaba la capacidad de intervención militar de su país, concluyendo que el ejército norteamericano estaba sufriendo un auténtico ataque judicial. Desde su perspectiva, el constante recurso a las normas de derecho internacional de la guerra beneficiaba a grupos armados con menor estructura –como los talibanes– que podían aprovecharlas en su beneficio recurriendo a tácticas como esconderse entre la población que no puede ser bombardeada. También se refiere en

tions: Preserving Humanitarian Values in 21st Century Conflicts”, Carr Center for Human Rights, John F. Kennedy School of Government, Harvard University, Working Paper, 2001. El propio Dunlap cita como creadores del término a John Carlson y Neville Yeomans en “Whither Goeth the Law – Humanity or Barbarity, in The Way Out – Radical Alternatives in Australia”. Se trata de un texto sociológico en el que se trata cómo en las sociedades modernas las discusiones se realizan a través del derecho y no de la violencia.

4 “¿Está el derecho internacional socavando la capacidad de Estados Unidos para realizar intervenciones militares efectivas? ¿Se está convirtiendo en un vehículo para explotar los valores estadounidenses de manera que realmente aumenten los riesgos para los civiles? En resumen, ¿se está convirtiendo la ley en un problema en la guerra moderna en lugar de ser parte de la solución? cfr. Dunlap, 2001.

1 Vid. Orde F. Kittrie, *Lawfare: Law as a Weapon of War*, Oxford University Press, 2016.

2 Sobre su sentido, vid. Tawia Ansah, “Lawfare: A Rhetorical Analysis, Case Western Reserve Journal of International Law”, núm. 43 (2010), pp. 87-119.

3 Charles J. Dunlap, Jr., “Law and Military Interven-

el impacto que tiene entre la población el que se califique una guerra de ilegal, disminuyendo su apoyo social. Posteriormente, el mismo Dunlap parece apropiarse del término y dándole una vuelta a la idea de recurrir a la ley, le encuentra una nueva aplicación mucho más favorable a los intereses expansionistas de su país⁵. Es entonces cuando teoriza sobre la posibilidad de usar la ley como sustituto de los medios militares tradicionales para lograr objetivos operativos expandiendo y legitimando los fines bélicos frente a gobiernos considerados como peligrosos para los intereses estadounidenses.

Se llega así a la posibilidad de provocar cambios de gobierno sin los costes sociales de las intervenciones armadas, recurriendo a operaciones judiciales. Si se consigue que un juez dictamine que un presidente o un dirigente ha cometido un delito es posible apartarlo del cargo y dañar su popularidad de modo eficaz y silencioso. El *lawfare* como mecanismo ofensivo permite alterar la composición de los gobiernos contrarios sin recurrir al ejército. El objetivo, pues, pasa a ser que los tribunales del país en cuestión se adapten a los intereses norteamericanos antes que a la aplicación aséptica de la ley.

En este sentido, en el contexto latinoamericano, el *lawfare* se ha utilizado⁶ como estrategia de guerra híbrida inspirada por potencias colonialistas para desestabilizar o incluso derribar gobiernos considerados como demasiado progresistas o simplemente perjudiciales para sus intereses. La acción jurídica ilegítima ante los tribunales suele acompañarse de campañas de prensa que magnifican las sospechas sobre los

dirigentes atacados contribuyendo a su descrédito. El paso previo, en estos países, consistió en extender la influencia estadounidense sobre los sistemas jurídicos nacionales. Los jueces latinoamericanos –especialmente en Brasil, pero también en el cono sur y un poco en todas partes– están adoptando cada vez más los usos del *common law*. Eso implica dar más fuerza al precedente y a la creación judicial del derecho que a las leyes escritas aprobadas por el parlamento democrático. En ese caldo de cultivo resulta más fácil que recurran a interpretaciones creativas o manipulativas de las normas con el supuesto objetivo de “ser justos” incluso a pesar de las leyes.

Resulta difícil valorar la intervención real de los EE.UU. en los procesos democráticos latinos a través del *lawfare* sin caer en teorías conspirativas indemostrables y sin renunciar tampoco a la realidad de las cosas. Lo que sí es cierto es que en los últimos años los presidentes Dilma Rousseff, Fernando Lugo, Lula da Silva, Cristina Kirchner, Rafael Correa o Evo Morales fueron apartados del poder –con mayor o menor base– gracias a estrategias jurídicas sustanciadas ante los tribunales de sus países. En muchos de esos casos, fueron condenados y hasta encarcelados bajo rebuscadas acusaciones de corrupción que posteriormente se demostraron falsas. Es imposible saber si detrás de estos juicios está o no la mano de alguna potencia exterior. De lo que no hay duda es de que la influencia norteamericana ha separado a los jueces de la estricta sujeción a la ley⁷. Tampoco la hay de que al menos las oligarquías locales sí han estado detrás de esos movimientos, falseando pruebas y comprando a jueces con total impunidad. En definitiva, hoy

5 Charles J. Dunlap, Jr, “Lawfare: A Decisive Element of 21st-Century Conflicts?”, *Joint Force Quarterly*, núm. 54, 2009, p. 34-9.

6 Cfr. Arantxa Tirado Sánchez, *El lawfare. Golpes de Estado en nombre de la ley*. Akal. Madrid, 2021.

7 Vid. el voto particular del juez Eugenio Raúl Zaffaroni a la sentencia de 8 de julio de 2020 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Petro vs. Colombia*.

día en el contexto latinoamericano, nadie duda de que el *lawfare* existe y de que sus víctimas principales son los gobiernos progresistas y de izquierda.

2. Activismo judicial, judicialización de la política y *lawfare*

Aunque la noción nace referida a conflictos entre países, el *lawfare* tiene una dimensión interna relacionada con el creciente papel político de los tribunales de justicia. La intervención del poder judicial en la dirección política de la sociedad no es algo nuevo. Por más que Montesquieu le dedicara gran parte de su obra a la necesaria prevención frente a que los jueces interfirieran en otros poderes, lo cierto es que es algo que ha estado siempre presente en nuestros sistemas políticos; mucho más acentuado en el modelo norteamericano de juez creador del derecho. Los estudios sobre este fenómeno hablaban inicialmente de “activismo judicial”. Más recientemente, en la ciencia política y la teoría del derecho se ha generalizado la idea de “judicialización de la política” como nueva dimensión de nuestras democracias, en el seno de la cual se habla de guerra judicial para denominar de modo gráfico algunas campañas.

La noción de activismo judicial es la que tiene más raigambre en nuestros sistemas. Apareció en los años cuarenta, en los EE.UU., para aludir peyorativamente a los casos en los que los jueces del Tribunal Supremo van más allá de la contención (*self-restraint*) que se espera de ellos. Se da cuando los jueces de ese Tribunal aprovechan el poder que les da su condición de última instancia para actuar jurisdiccionalmente en beneficio de una agenda política determinada. Con el paso del tiempo hay sectores que han pasado a reivindicar ese

activismo, entendido como una forma de desarrollar plenamente los derechos sociales⁸. Así, hoy se habla de jueces activistas esencialmente para aludir a magistrados capaces de ver más allá de la ley escrita que usan sus decisiones para desarrollar los mandatos sociales constitucionales.

La expresión judicialización de la política es a la que más se recurre en el ámbito académico sobre todo a partir de mediados de los años noventa del siglo pasado para señalar el nuevo papel político de la judicatura. Alude a la expansión del poder judicial hacia temas que solían ser zanjados en el ámbito parlamentario, a través del voto mayoritario, y no mediante decisiones del ámbito judicial⁹. Es un fenómeno global perfectamente estudiado¹⁰ y aceptado casi unánimemente ya sea como un mero cambio de paradigma¹¹, ya como una amenaza a la democracia¹². Torbjörn Vallinder, en

8 Se dice que el activismo aspira a implantar por la vía jurisdiccional una interpretación que haga entender la obra del legislador de manera distinta a la ratio político-jurídica que la inspira, pero sin llegar a convertir al juez en actor político. Cfr. Ángel M. López y López, “Lección para la investidura como Doctor Honoris Causa en la Universidad Pablo de Olavide”, *Teoría & Derecho*, núm. 21 (2017), p. 229-238.

9 Vid. John Ferejohn, “Judicializing Politics, Politicizing Law”, en *Law and Contemporary Problems*, núm. 65, 2002, p. 41-68.

10 La obra más importante sobre el tema, seguramente, sea el completísimo libro editado por C. Neal Tate y Torbjörn Vallinder, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, 1995, con referencias a distintos países. Especialmente interesante es el capítulo de C. Neal Tate, “The Global Expansion of Judicial Power”, p. 27 y ss. Ahí se explican las condiciones que llevan al nacimiento del fenómeno, incluyen entre otros: el uso de los tribunales por la oposición política y por grupos de interés, la ineficacia de instituciones mayoritarias o la renuncia de las instituciones democráticas a soportar el peso de determinadas decisiones.

11 Es la posición de Ferrajoli, que acepta con entusiasmo la expansión de la función jurisdiccional de garantía de la esfera de lo no decidable, por ser inválido o ilícito. Cfr. Luigi Ferrajoli (1999). “Jueces y política”, *Derechos y Libertades*, núm. 4, p. 63-80.

12 Sobre el tema puede verse incluso el estudio dirigido por José Juan Toharia, “La imagen de la justicia en la sociedad española”, Séptimo Barómetro de Opinión, Demoscopia, noviembre de 2000, encargado y publicado por el propio Consejo General del Poder Judicial.

la obra canónica sobre el tema, la define como el proceso mediante el cual los tribunales y jueces pasan a elaborar o controlar la elaboración de políticas públicas que hasta entonces habían sido elaboradas (o, que se cree ampliamente, deberían elaborarse) por otras instancias gubernamentales, especialmente las legislativas y ejecutivas. Va en paralelo a un proceso mediante el cual los foros no judiciales de negociación y toma de decisiones pasan a estar dominados por normas y procedimientos legalistas y cuasijudiciales.

Es, en realidad, el resultado de la tendencia a resolver las disputas políticas sometiéndolas ante un juez que declare la ilegitimidad de alguna de las posibles soluciones. En ocasiones, se trata de que los jueces controlen la legalidad de las alternativas posibles frente a un problema político. En otras de que den una respuesta penal a los mismos. Formalmente, son en principio estrategias de los actores políticos, convencidos de que lo ellos consideran políticamente erróneo es generalmente inaceptables y debe estar prohibido. Se acude, entonces a los jueces ya sea para que determinen tal ilegalidad, ya para que la sancionen. Desde esa perspectiva la magistratura colabora en el proceso, sustituyendo la valoración de oportunidad de las decisiones que corresponde a los poderes políticos democráticos por la suya propia, pero lo hace cuando los asuntos le son deferidos por estos. La consecuencia, en todo caso, es un vaciamiento de poder de las instituciones democráticas representativas que puede llevar a que nuestras democracias se conviertan en lo que el profesor Ran Hirschl denomina “juristocracia”¹³.

La judicialización de la política es un fenómeno social que determina la estructura misma del sistema político y el papel que en él tiene el poder judicial. Dentro de esta nueva estructura, se llama *lawfare* a las campañas específicas que instrumentalizan la justicia para la consecución de objetivos políticos. Lo uno es una tendencia global, lo otro, iniciativas que se aprovechan de ella.

3. Los actos de *lawfare*

Así, hablar de *lawfare* sólo tiene sentido para aludir a actos concretos de guerra judicial destinados a interferir en la política mediante decisiones judiciales. Este tipo de actos o campañas pueden ser, en esencia, de dos tipos:

De una parte, actos de *lawfare* en sentido estricto son las acciones jurídicas contra actores políticos que no buscan la realización de la justicia sino alterar las relaciones y situaciones políticas. En estos casos el poder judicial normalmente no es partícipe de los efectos de sus decisiones, que son obligadas, de modo que los Tribunales son solo el instrumento que aprovechan algunas personas para atacar a sus oponentes. Un ejemplo de esto es la continua presentación de demandas infundadas contra alguien para crear dudas sobre su honorabilidad aprovechando el tiempo necesario de tramitación hasta que se desestimen. Ahí, el mayor reproche que cabe atribuir a los órganos judiciales implicados es que no atajen estos abusos o incluso que, a veces, se conviertan en colaboradores necesarios de los mismos. No obstante, los casos más problemáticos son aquellos en los que las demandas se acompañan de la fabricación de pruebas o su tergiversación. Así, cuando “las cloacas del Estado” recurren a montajes elaborados con grabaciones, fotografías o similares que llevan a pensar

13 El término, que ha triunfado en el mundo de la ciencia política, lo introduce en su libro de derecho comparado, muy crítico con los excesos del *judicial review*: Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, ch., Harvard University Press, 2004.

que un político ha cometido determinado delito. En tales ocasiones los jueces y fiscales que participan son en cierto modo víctimas del engaño y a menudo se limitan a cumplir con su función.

De otra parte, también se habla de *lawfare* mediante activismo judicial: mediante decisiones judiciales que en última instancia responden a posicionamientos políticos y no a la aplicación imparcial y neutral de las leyes. En estos supuestos son los propios órganos del poder judicial los que abusan de su función de árbitros para incidir en la acción política del país. En principio lo hacen siempre mediante lo que en la jerga judicial llaman “vestir el santo”. Es decir, decidiendo primero el sentido y alcance de su decisión y buscando después la justificación jurídica más adecuada para darle apariencia de ser una decisión fundada en derecho.

En definitiva, lo que caracteriza a las acciones de *lawfare* es que de dictan actuaciones judiciales con la intención de intervenir sobre la situación política, alterándola conforme a determinados intereses. Parece evidente que, de una forma u otra, es algo que ha llegado a la justicia española. El discurso político y mediático lo ha aceptado sin complejos e incluso en el mundo académico¹⁴ se empieza a entender que efectivamente hay casos de instrumentalización política de la justicia. Aun así, si es difícil cuantificarlos y medir su alcance, más complicado resulta llegar a un acuerdo acerca de qué actuaciones concretas pueden calificarse de guerra judicial. Seguramente, la calificación de *lawfare* en

sí misma tiene siempre algo de apreciación política. De cualquier forma, es importante señalar que la existencia de guerra judicial no implica necesariamente que se esté ante casos de prevaricación, por más que pueda efectivamente suceder. La prevaricación es una figura delictiva bien definida tanto en el código penal como, por lo que hace a la prevaricación judicial, por la jurisprudencia. Exige actuar a sabiendas o con un desprecio incuestionable por la lógica jurídica. El *lawfare*, en cambio, engloba los casos en los que los tribunales usan su poder jurisdiccional para incidir sobre la política; de manera consciente o no; tanto deliberadamente como seguros de hacer lo que la ley exige. Conecta decididamente con la pérdida de imparcialidad, pero ésta puede deberse tanto a el desconocimiento del contexto, como a un sesgo cognitivo inadvertido o, efectivamente, a la mala fe.

Tampoco puede caerse en el maniqueísmo de considerar *lawfare* cualquier investigación por corrupción contra los partidos a los que uno apoya y considerar razonables las que se centran en partidos del lado contrario. Por desgracia, en España la corrupción es transversal a la política y afecta a personas de toda ideología y adscripción. Los tribunales de justicia son la salvaguarda esencial de la ciudadanía frente a la corrupción y el enriquecimiento injusto de los elegidos y representantes populares. Por ello es de justicia reconocer el esfuerzo y –en ocasiones– la valentía de los magistrados que se enfrentan al poder político para investigar y eventualmente castigar sus excesos. Sin embargo, la idea esencial es que esta valiosa competencia de la judicatura no puede pervertirse y utilizarse como un arma política. La lucha contra la corrupción solo puede hacerse de modo eficaz desde la más estricta neutralidad e imparcialidad. De lo contrario, se convierte en un instrumento de intro-

14 Gemma Urbasant no duda en hablar de *lawfare* en el contexto español actual y atribuye su nacimiento, parcialmente, al partidismo en los nombramientos del CGPJ, la forma de progresar en la carrera y el alto corporativismo en las altas instancias judiciales. Vid., por ejemplo, Gemma Urbasant, “El ‘lawfare’ y Mónica Oltra”, *Diari Ara*, 25/06/2022.

misión en el poder democrático y deja de ser una garantía para convertirse en una amenaza al Estado de derecho.

4. Tipología y casos de *lawfare* español

Tratándose de una categoría proclive al uso político, lo mejor para entender la situación española es atender a la tipología de asuntos en los que los implicados invocan esta etiqueta. Pueden clasificarse en razón del grado de participación del poder judicial en la interferencia política. Es posible identificar hasta cuatro tipos diferentes de campañas socialmente entendibles como *lawfare*. Se exponen a continuación, acompañadas de ejemplos en los que en cada uno de ellos se ha invocado la figura.

Acumulación de acciones infundadas contra un cargo público

La versión más clásica de la guerra judicial, y en la que la participación de los órganos del poder judicial es menos intensa, consiste en la acumulación de acciones judiciales infundadas contra un político al que se quiere impedir que desarrolle las políticas públicas para las que fue elegido. Es lo que le ha venido sucediendo a Ada Colau durante su etapa como alcaldesa de Barcelona. A lo largo de su mandato la alcaldesa sufrió personalmente hasta quince acciones penales, cinco de las cuales seguían abiertas al final de del mismo. Esta situación contrasta con la de alcaldes anteriores que no recibieron ninguna querella mientras ejercían.

En noviembre de 2022, la Audiencia Provincial de Barcelona rectificó la decisión de un juez de instrucción de archivar una causa seguida contra ella por un presunto delito de prevaricación. El asunto había comenzado a raíz de una querella inter-

puesta por una asociación fantasma denominada Asociación para la Transparencia y la Calidad Democrática. La asociación querellante, sin fuentes de financiación ni actividades conocidas, invirtió considerables sumas de dinero en sus querellas, pagando a abogados de alto nivel. Todo lleva a pensar que tras ella se escondían grandes empresas relacionadas con la gestión del agua, descontentas con la gestión del Ayuntamiento de Colau como Agbar, que ya había presentado y perdido cuatro querellas anteriores contra ella. Por tres veces el instructor decretó el archivo de las actuaciones al no encontrar ningún indicio de delito. Sin embargo, en dos ocasiones la Audiencia le exigió realizar pruebas adicionales. Todo eso sucedió a seis meses de las elecciones municipales y provocó que, aunque nunca hubo juicio, la acusación llegara viva al momento de iniciar la campaña electoral.

Algo parecido sucedió con la querella presentada por un fondo de inversión contra la alcaldesa en relación con las multas que les había impuesto el Ayuntamiento por intentar desalojar a los habitantes de un edificio que había adquirido, sin ofrecerles una alternativa habitacional vulnerando la llamada ley antidesahucios de Cataluña. La juez instructora consideró que se habían atribuido “sin rigor ni precisión” y archivó la querella en 2020. Sin embargo, dos años después fue readmitida por la misma Audiencia Provincial, que ordenó investigar adicionalmente presuntas coacciones y prevaricación. En diciembre de 2023, al archivar definitivamente la querella, la instructora constataba que lo que movió a Vauras a iniciar acciones judiciales contra la exalcaldesa es que sus políticas de vivienda “no le eran favorables”. O sea, un intento de evitar que desarrollara sus medidas políticas.

Esta guerra judicial se extendió a gran parte de las medidas políticas del ayunta-

miento que en estos años tuvo que afrontar hasta 1800 procedimientos contencioso-administrativos al año, lo que dobla lo habitual en mandatos anteriores. Muchos de estos recursos estaban promovidos por fondos de inversión, grandes compañías y lobbies económicos. Es decir, no se trató tanto de demandas presentadas por ciudadanos o colectivos vecinales como de auténticos intentos de boicotear las principales medidas políticas. Entre otras, las acciones judiciales se dirigieron contra medidas relacionadas con la protección de los inquilinos vulnerables, la salud pública, la salud bucodental, los establecimientos turísticos, la participación ciudadana o la ruptura de relaciones con la ciudad de Tel Aviv. Como explica Josep María Montaner, parece que hubo una estrategia de desgaste planificada para impedir los cambios propuestos¹⁵. Si los órganos judiciales no colaboraron en esta estrategia, víctimas de un sesgo cognitivo político. al menos no fueron capaces de evitarlo, convirtiéndose en colaboradores necesarios.

Investigaciones infundadas sobre políticos que se alargan en el tiempo

Una variante del tipo anterior son los asuntos en los que la instrucción de los asuntos se prolonga e implica la consideración como investigados de algunos cargos políticos que ven afectada su carrera. Aquí la intervención judicial en la guerra judicial es más intensa.

Uno de los asuntos más antiguos en los que se ha hablado de *lawfare* en nuestro país es el conocido como *caso Mercasevilla* contra el alcalde y el teniente de alcalde de Sevilla, del PSOE e Izquierda Unida,

respectivamente. Se inició por una denuncia de un juez recién entrado en política, Juan Ignacio Zoido, y fue instruido por una compañera suya. La imputación de los políticos se filtró en plena campaña electoral aunque se sustanció después. Fueron absueltos en sucesivas instancias hasta que el caso fue cerrado definitivamente por el Tribunal Supremo al cabo de trece años con su libre absolución. No se trata, ni mucho menos, de un caso de prevaricación judicial pero sí de prácticas que demuestran falta de imparcialidad y animadversión hacia determinados grupos políticos. Los afectados consideran que fue decisivo a la hora de que el citado juez en excedencia lograra alcanzar la alcaldía de Sevilla, por la vía de crear sospechas sobre sus competidores más cercanos hasta llegar a apartarlos de la contienda electoral. Han denunciado públicamente que la dilación de la investigación, manteniéndolos décadas como imputados, y el manejo artero de los tiempos en la instrucción permiten apuntar algunas de las características de lo que actualmente se conoce como guerra judicial.

Algo parecido, pero con matices y consecuencias diferentes le sucedió a Mónica Oltra, vicepresidenta de la Generalitat valenciana. En diciembre de 2019 su pareja fue condenado a cinco años de prisión por un delito de abusos cometidos sobre una menor de 13 años internada en un centro dependiente de la Generalitat. Tras la condena, la víctima presentó una denuncia pidiendo que se determinara si se había cometido un delito en la elaboración del informe interno que desacreditaba su versión sobre lo sucedido. En estos trámites estuvo representada legalmente por un dirigente de una formación ultraderechista y otra se personó como acusación popular.

Inicialmente la querella fue archivada por el instructor, pero la Audiencia de Valencia ordenó que se ampliara la investiga-

¹⁵ Vid. Josep María Montaner, *Lawfare urbano. Ofensiva judicial contra la Barcelona de Ada Colau*, Ikaria. Barcelona, 2023.

ción por entender que se habría producido una sospechosa instrucción parajudicial sobre la denuncia inicial de la menor que lejos de ser protegida fue objeto de una injustificada persecución. Como consecuencia de ello, el Juzgado de Instrucción pidió mediante auto razonado al Tribunal Superior de Justicia que citara como investigada a la Consejera. En junio de 2022 fue imputada tomando en cuenta una serie de indicios plurales que hacían sospechar la posible existencia de un concierto entre la aforada y diversos funcionarios para proteger a su entonces pareja. Pocos días después, Mónica Oltra dimitió como vicepresidenta de la Generalitat valenciana y diputada. La dimisión se produjo en medio de una enorme polémica nacional en la que en medios cercanos a la ultraderecha daban por hecha su participación en los hechos, acusándola prácticamente de colaborar en los abusos a una menor.

En agosto de 2023, sin embargo, en una entrevista en el periódico Levante-EMV, la víctima de los abusos declaró que “sentía que la habían utilizado y luego dejado tirada”, tras conseguir, su objetivo de obligar a dimitir a Mónica Oltra. Se quejaba de que dos dirigentes de la ultraderecha le habían prometido una casa y un trabajo, lo que luego no cumplieron. En redes sociales éstos le contestaron asegurando haberle pagado “miles de euros” y “noches de hotel” y señalando que fue ella la que rechazó una oferta de trabajo en Madrid en un hospital. Al mismo tiempo, la amenazaban con una denuncia por estafa y la acusaban de chantajista. De todo ello parece deducirse que la acusación contra la consejera –tuviera o no base fáctica suficiente– fue organizada políticamente con el objeto de conseguir su dimisión. Públicamente se ha acusado a la instrucción de ser prospectiva y de buscar insistentemente cualquier indicio de culpabilidad. Cuando el instructor

levantó parcialmente el secreto de sumario salió a la luz que el análisis de decenas de miles de correos electrónicos por parte de la policía desmentía que el centro de acogida tuviera conocimiento de que el educador denunciado por abusos fuera marido de la entonces vicepresidenta de la Generalitat Valenciana. Más allá, el estudio de todas las comunicaciones de la Consejería no prueba que la vicepresidenta ordenara elaborar un informe interno para desacreditar la versión de la menor.

Independientemente de cómo termine la cuestión, y de la culpabilidad o no de la imputada, lo cierto y real es que cuando se está ante una batalla judicial con intenciones claramente políticas, orientada específicamente a apartar de sus funciones a un cargo público contrario los tribunales de justicia deben extremar sus precauciones para aparecer como un árbitro objetivo que no deja de investigar ningún posible delito, pero tampoco colabora en estos fines espurios. De sus declaraciones se deduce que los perjudicados se sientan maltratados por un poder judicial que, en su opinión, no ha guardado la exquisita neutralidad que le es exigible al convertirse en facilitador, más que en mero instrumento, de *lawfare*.

Condenas judiciales poco motivadas

Un tipo diferente de actos de *lawfare* son aquellos en los que los órganos judiciales se convierten en protagonistas dictando decisiones de fondo con consecuencias políticas y que crean dudas sobre la capacidad de los juzgadores de librarse de su sesgo político.

El 25 de enero de 2014, diversos colectivos sociales organizaron una protesta de rechazo a la nueva ley educativa con ocasión de la visita del entonces ministro de educación, José Ignacio Wert, a La La-

guna (Tenerife) para inaugurar la catedral. En el curso de la protesta, a la que acudieron unas 700 personas, hubo algunos enfrentamientos con la policía. Como resultado de ello, según el atestado policial, algunos agentes resultaron heridos por grupos antisistema o violentos. Según el relato policial, uno de los agresores era un individuo conocido de otras ocasiones que no pudo ser detenido en ese momento, pero “es reconocido sin ningún género de dudas, toda vez que el mismo es habitual en todo tipo de manifestaciones, altercados y agresiones a las fuerzas públicas”. En el informe policial se le acusaba de haber propinado una patada a uno de los agentes. Se trataba de Alberto Rodríguez, que al año siguiente sería elegido diputado en la lista de Podemos. Como consecuencia de los hechos se abrieron diligencias penales y tras diversas vicisitudes, dado el aforamiento del implicado el asunto acabó ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo que en octubre de 2021 dictó sentencia condenatoria con dos votos discrepantes.

La sentencia consideraba probado que Rodríguez propinó una patada en la rodilla izquierda a un agente de policía, que, debidamente uniformado, estaba cumpliendo las funciones propias de su cargo y lo condenaba por un delito de atentado contra agente de la autoridad a “la pena de 1 mes y 15 días de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena”. La misma sentencia establecía que la pena de prisión se sustituiría por la de multa de 90 días con cuota diaria de 6 euros, es decir de 540 euros en total.

La condena, como señalan los votos particulares, se basaba en una única prueba de cargo consistente en el testimonio del agente afectado. Este, además, sólo hizo una, más que sucinta, descripción de los hechos. Ello obligaría a ser cautos al va-

lorar dicho testimonio, más aún visto que en ninguna de las imágenes aportadas se veía al Diputado en actitud agresiva contra ningún agente. El agente no fue capaz de narrar cómo se le había propinado la patada o desde dónde, de modo que en aplicación de la doctrina habitual del propio Tribunal Supremo quizás no habría debido bastar como única prueba condenatoria.

Una vez recibida la sentencia en el Congreso de los Diputados, la Mesa de la Cámara, conforme al informe emitido al respecto por sus letrados, declara que de ella no se deriva ninguna consecuencia que pudiera afectar a la condición de diputado del condenado. Eso es así, argumenta, porque no se estaba ante ninguna de las causas de ineligibilidad de la ley electoral: ser condenado por delitos entre los que no se incluye el atentado contra la autoridad o ser condenado a pena privativa de libertad. Ciertamente, cabían otras posibilidades. Lo más inteligente hubiera sido aplicar una suspensión temporal de la condición de diputado durante el tiempo de inhabilitación (prevista en el reglamento), pues el propio Tribunal Constitucional ha reconocido que es posible interrumpir la función parlamentaria y después volver a recuperarla. Sin embargo, la Mesa se inclinó por entender que no procedía ningún acto de ejecución. El Tribunal Supremo parece mostrar entonces cierto empeño en que la consecuencia de su liviana sentencia sea la expulsión definitiva del diputado de su cargo. Así, envía un inusual requerimiento al Congreso para que remita “el informe sobre la fecha de inicio de cumplimiento de la pena de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo”, “con la finalidad de llevar a efecto la práctica de la correspondiente liquidación de condena impuesta”. Al mismo tiempo, se recuerda informalmente a la presidenta del Congreso que puede incurrir en un delito

de desobediencia e incluso ser encarcelada como la del parlamento catalán durante los sucesos del *procés*. Ante ello, la presidenta accede y le quita definitivamente al Diputado de Podemos la condición de parlamentario.

El afectado y sus compañeros atribuyen al Tribunal Supremo el objetivo de amenazar a un grupo parlamentario que le es hostil. Efectivamente es difícil de explicar, sin recurrir al sesgo político, ni la orfandad de pruebas de la sentencia condenatoria¹⁶, ni la insistencia ante el Congreso¹⁷. Las dudas entre la ciudadanía son, pues, perfectamente razonables.

Jueces prevaricadores

Los poquísimos asuntos en los que se puede hablar sin ambages de *lawfare* como una operación ilegítima de los órganos judiciales son aquellos en los que ha salido a la luz una prueba externa que demuestra la intención política y prevaricadora del magistrado implicado. No pasa casi nunca y al sistema judicial no le supone ningún esfuerzo juzgar estos casos y sancionar a los jueces responsables. En diciembre de 2015, la magistrada Victoria Rosell encabezó la lista de ese partido por Las Palmas y resultó elegida diputada. Al saltar a la política y pasar a la situación de excedencia, un compañero, el juez Salvador Alba, la sustituyó en el Juzgado de Ins-

trucción número 8 de Las Palmas de Gran Canaria. Una vez en el juzgado, asume la instrucción de las causas que llevaba su antecesora, entre ellas una contra el empresario y presidente de un club de fútbol Miguel Ángel Ramírez por presuntos delitos contra la Hacienda Pública.

Pronto, el juez solicita a los investigados documentación antigua y sin relación con la causa, con objeto de aclarar si en la misma estaba involucrado la pareja de la jueza Rosell. A los pocos días la fiscalía recibe una documentación anónima (después se descubrirá que fue enviada por el juez Alba) con un contrato que involucraría a Sosa en la trama. Tras las acciones pertinentes, la fiscalía abre una investigación preprocesal contra la magistrada, que automáticamente se filtra a la prensa. La jueza denuncia que detrás de esta operación está un ministro del Partido Popular y logra que el Tribunal Superior de Justicia paralice la investigación por afectarle a su derecho a presentarse como candidata a las elecciones. Pero la conspiración no se detiene.

En marzo de 2016 el juez Alba se reúne con el empresario investigado, que acude a la reunión con un micrófono oculto y graba toda la conversación. En ella, a cambio de inmunidad el juez le pide al empresario conseguir testimonios que sirvan para acusar a Rosell de parcialidad y lo instruye sobre cómo debe responder las preguntas en un próximo interrogatorio. Conseguidas esas declaraciones, el citado ministro Soria se querella contra la magistrada imputándole cohecho y prevaricación. El Tribunal Supremo —en contra la opinión de la fiscalía que no veía delito alguno— admite la querella, señalando que hay que investigar si las decisiones de la jueza buscaban enriquecer a su pareja. El escándalo político es mayúsculo, Rosell aparece públicamente como una corrupta y cuando poco

16 Vid. el capítulo 2 de José Antonio Martín Pallín, *La guerra de los jueces. El proceso judicial como arma política*. Ed. catarata, Madrid, 2022.

17 En enero y febrero de 2024 el Tribunal Constitucional estimó sendos recursos de amparo del diputado afectado. La STC 8/2024, de 16 de enero, no cree que haya habido indefensión, pero sí reprocha al Tribunal Supremo que mantuviera en su fallo la pena de prisión una vez que la había sustituido por multa. De este modo, es posible entender que se buscaba deliberadamente mantener —de manera injusta— la pena de inhabilitación para provocar la pérdida de la condición de diputado y alterar la composición de la Cámara.

después se convocan nuevas elecciones generales ella ya no repite en las listas. Han conseguido expulsarla de la política. Cuando Santiago Alba cesa en el juzgado de instrucción su sustituta recibe parte de la grabación de su conversación con el empresario investigado. El Tribunal Superior de Justicia abre diligencias penales contra el magistrado mientras el CGPJ instruye un expediente que se salda con propuesta de expulsión. Finalmente es condenado a seis años y medio de cárcel. Queda demostrado que inició una maquinación dirigida a acabar con la carrera política de Victoria Rosell. Sin embargo, de no existir la grabación, la situación bien podría ser justo la contraria. Sin esa prueba no solo quedarían dudas sobre la integridad de la magistrada, sino que su perseguidor seguiría amparándose en que actuó simplemente como lo haría cualquier juez imparcial.

La persecución contra Victoria Rosell puso en evidencia la posibilidad de los jueces de vestir como jurídicas decisiones puramente arbitrarias. La sospecha de que eso se repita en ocasiones en las que no hay una grabación que pueda demostrar la intención expresa de los tribunales es inevitable. Es el *lawfare* entendido como auténtica prevaricación.

Esta tipología –en la que pueden incluirse muchos más casos de los aquí usados como ejemplo– demuestran una gradación de la relación entre el poder judicial y las acciones de *lawfare* en nuestro país: en ocasiones los órganos jurisdiccionales se limitan a su tarea instructora. Se trata de una función irrenunciable en el Estado de derecho y necesaria, especialmente, en la lucha contra la corrupción y el abuso de poder. Ante la multiplicación de querellas poco pueden hacer nuestros tribunales, más allá de agilizar su tramitación. Sin embargo, las instrucciones excesivamente prolongadas o aparentemente prospecti-

vas pueden ser entendidas por los perjudicados, cuando estos ostentan un cargo público, como actos de guerra judicial. Eso se pone de manifiesto de modo especial cuando los asuntos terminan con la libre absolución de los investigados.

En los casos en los que las condenas a políticos se sustentan en debilidad probatoria y tienen el efecto de incidir sobre la composición de los órganos políticos representativos, sería deseable dar más peso a los derechos fundamentales en juego, esencialmente la presunción de inocencia y el de participación política. Sólo cuando las pruebas resultan evidentes puede hablarse de *lawfare* como auténtica prevaricación judicial. Sin embargo, la dificultad de conseguir evidencias en este tipo de delitos hace que la percepción social sobre su incidencia sea necesariamente mayor de lo que demuestran las condenas efectivas.

5. La difícil solución de los casos de *lawfare*: el ejemplo de las SLAPP

El *lawfare*, en cualquiera de sus múltiples expresiones, resulta hoy en día un problema prácticamente irresoluble en el Estado democrático de derecho. Incluso obviando los casos en los que los jueces son instrumento más o menos colaborativo para intervenciones políticas promovidas por otros actores, y excluyendo también los casos de mera falta de imparcialidad, resulta que los casos más cercanos a la prevaricación deliberada son prácticamente imposibles de demostrar, de modo que las acciones penales no son una solución.

La dificultad de frenar los casos de guerra judicial queda también en evidencia a la vista de las medidas propuestas por la Unión Europea para mitigar los efectos de las demandas estratégicas infundadas contra periodistas y activistas de derechos

humanos (SLAPP). En efecto, en la Unión hay preocupación por la proliferación de demandas infundadas destinadas a frenar la acción de periodistas y activistas (lo cual supone, por otra parte, un reconocimiento explícito de la existencia del *lawfare* en Europa). En la propuesta de directiva se parte de que las demandas estratégicas contra la participación pública no se interponen con el fin primordial de acceder a la justicia, sino para silenciar el debate público. Suelen implicar un desequilibrio de poder entre las partes, ya que el demandante dispone de un mayor poder financiero o político que el demandado. Sus casos judiciales están diseñados para intimidar y agotar los recursos económicos del destinatario. Además, pueden incidir negativamente en la credibilidad y la reputación de los periodistas y los defensores de los derechos humanos. Su número está aumentando progresivamente en Europa. Sin embargo, de los textos legales sobre el tema se desprende que en realidad no es posible tomar medidas que limiten el derecho de acceso a la justicia que tienen todos los ciudadanos ni que eviten la necesaria investigación judicial ante una denuncia o querella. Básicamente la propuesta de directiva impone que en estos casos los estados en sus leyes procesales garanticen la existencia de un mecanismo acelerado de “desestimación temprana” en el que el querellante debe demostrar que su demanda no es infundada y de la posibilidad de condenar en costas y otras penalizaciones al litigante abusivo. En definitiva, nada que no exista ya ni que pueda realmente acabar con el problema.

6. Conclusiones

La judicialización de la política no es un problema nuevo. Sin embargo, a medida que los poderosos son más conscientes de

sus posibilidades recurren más a campañas de guerra judicial. Al mismo tiempo, situaciones específicas como la española, donde se da una combinación de poder judicial muy politizado desde su cúpula con la excesiva polarización de la sociedad empujan para sacar al poder judicial del estricto sometimiento a la ley y convertirlo progresivamente en un actor político capaz no sólo de imponer su visión ideológica del mundo, sino también de neutralizar las políticas contrarias a ella.

En este contexto, hablar de *lawfare* no es una novedad, ni una extravagancia. Hace décadas que los estudiosos de las nuevas tendencias del constitucionalismo alertan sobre el aumento del papel político de la judicatura y los fenómenos que se le asocian.

Al mismo tiempo, el *lawfare* no implica actos de prevaricación judicial; en ocasiones ni siquiera implica una actitud activa de los órganos judiciales. Hay casos de *lawfare* en los que un magistrado abusa de sus poder pero lo más usual es que lo que se denuncie sea un mero sesgo ideológico difícil de evitar, especialmente cuando son terceros los que recurren a la vía judicial para interferir en el equilibrio político.

Sin embargo, la categoría es útil y necesaria. Sirve para tomar conciencia de un nuevo paradigma constitucional y político en el que el *self-restraint* de los órganos judiciales resulta más importante que nunca. Sólo desde la conciencia de que existen auténticas campañas políticas cuya arma principal son las decisiones judiciales pueden ponerse los medios necesarios para que jueces y tribunales aseguren su total imparcialidad en estos asuntos y eviten usar el poder de aplicar las leyes que tienen asignado de un modo que pueda alterar la integridad de la democracia representativa.

Independencia judicial: ¿cómo volver a su olvidada esencia?

Jordi NIEVA FENOLL

1. Introducción

Hace un tiempo, en un país maravilloso de cuyo nombre no quiero acordarme, tuve la desgraciada fortuna de hablar con un juez del lugar. No nos conocíamos. Tras algunos comentarios míos sobre la corrupción sistémica en el país, me dijo así, sincerándose:

“Mire, yo soy un juez corrupto. Me gustaría no serlo, pero si me resisto a algunos de los que vienen a mi juzgado a ofrecerme dinero para que un fallo les beneficie, no sólo no me enriqueceré, sino que conseguirán mi destitución, o directamente me asesinarán. Corromperme es el único modo de sobrevivir en esta sociedad mía”.

El testimonio de este juzgador me impresionó tanto que ahora mismo, aunque me dijo su nombre, sería incapaz de recordarlo e incluso de dar algún detalle de su descripción física, más allá de que era un hombre que frisaba los sesenta y tenía leves problemas de sobrepeso, así como otros aparentes achaques derivados probablemente de una dieta demasiado rica en grasas y alcohol. Pero no recuerdo, y esto me resulta sorprendente, ni siquiera su tono de voz. La potencia del mensaje impactó en mí de tal manera que sólo podía concentrarme en lo que acababa de decir aquella persona que, tras hacer esas declaraciones en privado, vio que ya habían venido a buscarle, se despidió muy

cortésmente y se marchó entre escéptico por su futuro y apesadumbrado por su presente. Nunca sabré si aquel hombre estaba pidiendo ayuda a un profesor extranjero para que yo denunciara lo que estaba ocurriendo en su país, o simplemente intentaba ser paternalista, aunque no me pareció esto último, y en realidad tampoco lo primero. No hablaba orgulloso ni se ufanaba, sino que su voz sonaba más bien como el lamento sordo del que se percató que su vida laboral está próxima a su fin y que, durante la misma, no ha podido transformar absolutamente nada de lo que tal vez anheló mejorar de joven. Al contrario, me contó también que las condiciones de trabajo en su país habían empeorado notablemente con el tiempo.

Llevo ya aproximadamente tres décadas explicando en diversos foros lo que significa la independencia judicial, pero jamás pensé que viviría tan directamente un ejemplo tan diáfano de su vulneración como una confesión desinteresada. Siempre evoqué los ataques a la independencia desde la influencia de poderes políticos y económicos que el juez, si quería, podía resistir, y eso era precisamente lo que la mayoría de la ciudadanía esperábamos de un juzgador. Sin embargo, ahí tenía ante mis ojos a un juez dependiente de esos poderes, que además en su país controlan tanto la política como la economía en una situación de extrema violencia. Quien aspira a ser juez, sabe perfectamente a lo que va,

y aunque llega de vez en cuando algún o alguna valiente que tiene que trasladarse constantemente de sede para eludir un homicidio que a veces acaba por suceder, la mayoría llegan al cargo de juez para enriquecerse ilegítimamente. Saben lo que hay, creen que no hay manera humana de cambiarlo y, por tanto, se dedican a ir cobrando ilegalmente aproximadamente entre un 10 y un 30% de la cuantía del asunto para dictar la sentencia comprometida, tomándose el soborno como un sobresueldo que, de hecho, ya esperan. Esas “tarifas”, pagadas a veces con pluses lúdicos –prostitución y estupefacientes–, ni siquiera son exclusivas de ese país. Las he escuchado antes en otros Estados de la misma área geográfica, y aún algo más lejos. De hecho, curiosamente son también los porcentajes que se rumorean en países en los que aparentemente no existe ese nivel de corrupción sistémica, aunque sí que está presente en un grado inferior pero, pese a ello, de un modo que resultaría alarmante para la ciudadanía si supiera de esas trapacerías. Todo sería tan sencillo como investigar el tren de vida habitual de algunos de esos jueces, comprobando su patrimonio y descubriendo, incluso con cierta facilidad, que esa situación acomodada no es coherente con el sueldo que han cobrado durante años, y ni siquiera con una desconocida herencia o una “afortunada” lotería. Tal vez algún día se pondrán los medios para que todo esto se sepa y, por tanto, se evite.

La desastrosa situación que acabo de relatar permite, no obstante, introducir una serie de reflexiones sobre la independencia judicial que son pertinentes justo en este momento. Originariamente no existió esa independencia sino como simple imparcialidad, que es uno de sus más esenciales fundamentos, tan básico que la doctrina¹

tradicionalmente ha separado su estudio del de la independencia, lo que intentaré demostrar en estas líneas que es erróneo. Pero al margen de ello, se ha descrito la independencia como una suerte de blindaje de los jueces frente a cualquier influencia externa, habiendo derivado esta asepsia a la que tantos –yo también– hemos contribuido, en una suerte de autocracia judicial que es absolutamente impropia, porque una cosa es proteger a los jueces de los ataques a su independencia, y otra muy distinta que puedan ignorar absolutamente los mandatos del único poder originario, el poder legislativo, al que no solamente deben obediencia, sino que es el poder ante el que debieran rendir cuentas, como ocurre, de un modo u otro, en una de las democracias modernas más antiguas, una de esas en las que nos hemos inspirado todos los demás: EE.UU.

2. Independencia e imparcialidad: algunos errores

Hace ya tiempo que el estudio de la independencia y de la imparcialidad se ha separado por completo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, si bien existen algunos intentos relativamente recientes de volver a aproximar ambas nociones². En realidad, es sorprendente que alguna vez se haya separado su análisis, toda vez que ambas pretenden exactamente lo mismo: la neutralidad del juez. En realidad, ni siquiera se trata de algo difícil de entender.

Sin embargo, aunque existe algún precedente antiguo de una cierta separación de ambas ideas, lo cierto es que lo que pa-

cial y libertad de expresión de jueces y magistrados, Cizur Menor 2008, p. 37 y ss.

2 Taruffo, M., “La cultura de la imparcialidad en los países del Common Law y del Derecho continental”, en AA. VV., *La imparcialidad judicial*, Estudios de Derecho Judicial, n. 151, Madrid 2009, p. 98.

1 Por todos, Bachmaier Winter, L., *Imparcialidad judi-*

rece haber ocurrido es que en un principio los juristas concebían que la neutralidad de un juez sólo debía depender de su falta de relación con las partes o, en cierta medida, con el objeto del proceso, como se evidencia en el Decreto de Horemheb³ del antiguo Egipto, en el que hacia el año 1300 a. C. se ordenaba a los jueces no dejarse influir por otros ciudadanos, tampoco aceptando dinero de ellos⁴. La propia presunción de inocencia, que también es muy antigua al hallarse precedentes, no ya en el Derecho romano⁵, sino en el Código de Hammurabi⁶ –1750 a.C.– y en el antiguo Derecho chino del Shujing –siglo IV a.C.⁷–, es una forma de garantizar la imparcialidad judicial, haciendo que el juez ya de entrada no esté predispuesto contra el reo. En la Edad Media no cambió este modo de ver las cosas⁸.

La idea de la independencia de los otros poderes del Estado es algo bastante más moderno, dado que en el pasado era ontológicamente imposible la separación de los jueces con respecto a su soberano, del que todo el poder provenía, también y, por cierto, especialmente el poder judicial. Por eso la independencia judicial sólo es concebible en democracia. Es decir, a partir de ese momento feliz en que se empezaron a limitar los poderes de reyes y emperadores, como acaeció por primera vez en

Inglaterra con la *Bill of Rights* de 1689, y doctrinalmente con la decidida apuesta de Locke en ese sentido, al publicar sus dos Tratados de Gobierno justamente en ese mismo año⁹.

Ilustra el cambio que acaeció en esta materia en aquella época, la archiconocida anécdota legendaria de Federico II el Grande de Prusia y el molinero de Potsdam. “*Wenn wir nicht das Kammergericht in Berlin hätten*”¹⁰, habría dicho el molinero, siempre en la leyenda. La frase puede ser simplemente parte de una fabulación que, no obstante, por la época en la que se originó el relato¹¹, estaba tratando de impulsar una independencia judicial, entonces inexistente, de la que ni siquiera un soberano absoluto, el Rey, pudiera escapar, incluso, y esto es curioso, siendo

9 Locke, J., *Two treatises on government*, London 1821, “§.241. But farther, this question (*Who shall be judge?*) cannot mean, that there is no judge at all: for where there is no judicature on earth, to decide controversies amongst men, God in heaven is judge. He alone, it is true, is judge of the right. But every man is judge for himself, as in all other cases, so in this whether another hath put himself into a state of war with him, and whether he should appeal to the Supreme Judge, as Jephtha did. §. 242. If a controversy arise betwixt a prince and some of the people, in a matter where the law is silent, or doubtful, and the thing be of great consequence, I should think the proper umpire, in such a case, should be the body of the people: for in cases where the prince hath a trust reposed in him, and is dispensed from the common ordinary rules of the law; there, if any men find themselves aggrieved, and think the prince acts contrary to, or beyond that trust, who so proper to judge as the body of the people, (who, at first, lodged that trust in him) how far they meant it should extend? But if the prince, or whoever they be in the administration, decline that way of determination, the appeal then lies no where but to heaven; force between either persons, who have no known superior on earth, or which permits no appeal to a judge on earth, being properly a state of war, wherein the appeal lies only to heaven; and in that state the injured party must judge for himself, when he will think fit to make use of that appeal, and put himself upon it”.

10 “*Sais-tu bien*, continua le Roi, que je puis le prendre, sans te donner un denier ? Oui, répondit le meunier, *n’était la chambre de justice de Berlin*”. Thiébault de Laveaux, J. C., *Vie de Frederic II, Roi de Prusse*, Estrasburgo 1787, p. 308.

11 Thiébault de Laveaux, *Vie de Frederic II, Roi de Prusse*, cit. p. 308.

3 The Great Edict of Horemheb: https://web.archive.org/web/20180817035720/http://www.reshafim.org.il/ad/egypt/texts/edict_of_horemheb.htm

4 Neudorf, L. *Judicial independence: the judge as a third party to the dispute*, Montreal 2009, p. 16 y ss.

5 Dig. L. 48, tit. 19, 5. Ulpiano: “*sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari divus traianus adsidio severo rescriptis: satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari*”.

6 Ley 1.

7 Gelatt, T.A., “The People’s Republic of China and the Presumption of Innocence”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 73, 1, primavera 1982, p. 263. Karlgren, B. “The Book of Documents”, en *The Museum of Far Eastern Antiquities*. Stockholm, Bull. n. 22, p. 84, inciso 17.

8 NR, Libro XII, Título XXXII, Ley X.

inviolable. Desde Bracton –siglo XIII– se decía en Inglaterra aquello de que *the King can do no wrong*¹², en el sentido de que habiendo sido designado el monarca por la gracia de la divinidad, era imposible que sus designios fueran malos. A pesar de ello, la Ilustración y su liberalismo introducen de repente la idea de que incluso el soberano, si llegase a hacer ese mal, podría acabar siendo juzgado de forma desfavorable a esos designios suyos nada menos que por el pueblo¹³, como veremos después que sucedió en Inglaterra 1649 y acabó sucediendo en Francia entre 1792 y 1793. Y esa es justamente la nueva realidad que ilustra la leyenda del molinero de Potsdam, que puede situarse en esa misma época, hacia 1744-1745, momento en que se planifica la construcción del palacio de Sanssouci¹⁴. Toda una revolución jurídica y política que alumbraba esa noción moderna de la independencia en la teoría de la separación de poderes y que, además, como se ha visto, hace depender esa independencia, y esto es muy importante, del poder del pueblo. En el siguiente epígrafe se abordará esta interesante historia con más detalle.

Pero volviendo a la cuestión de la independencia y la imparcialidad, debe repetirse que ambas buscan la ya aludida neutralidad, lo que no es sino la autonomía psicológica del juez en la toma de sus decisiones, de manera que no sienta emocio-

nes¹⁵ que le influyan a la hora de juzgar de una manera tan sumamente intensa, que le aparten de una objetiva valoración de la prueba y de una correcta aplicación del ordenamiento jurídico a los hechos averiguados. Es irreal pensar que un ser humano no experimenta emociones en cualquier momento. La importante es que no sean tan poderosas como para quebrar su juicio en el sentido indicado.

Esas emociones perturbadoras, desde luego, pueden venir de varios orígenes. Sucede que estudiándolas se llega a la conclusión de que lo que se intenta evitar es que el juez juzgue siendo víctima de estas. Pueden provenir de su fuero interno, como las que se originan cuando está implicado en el proceso alguien con quien tiene buena o mala relación, o un asunto que le importa o hasta perturba, incluso ideológicamente. Esas alteraciones del ánimo judicial son las que habían constituido el estudio clásico de la imparcialidad, es decir, el simple afecto u odio por lo juzgado o por las partes. Pero añadiéndose a esa descripción el contenido designado como “independencia”, lo que sucede es que se pretende –de entrada– evitar que el juez juzgue siendo presa de los poderes que en el pasado le habían gobernado, fundamentalmente el poder ejecutivo, poder que siempre había estado directamente en manos de los reyes y que incluso se les reservaba en los primeros compases del liberalismo¹⁶. La justicia, aunque era algo que podían ejercer por sí mismos, como originariamente había sido en el mundo egipcio¹⁷, era habitualmente

12 Frase popular recogida, entre otros, por Blackstone, W. *Commentaries on the Laws of England*, Lib. I, Londres 1783 p. 246, y que se remonta, como ha quedado dicho, al siglo XIII de Bracton: “Nihil enim aliud potest rex in terris, cum sit Dei minister & vicarius, nisi id solu q de iure potest, nec obstat q dicitur, q principi placet”. Bracton, H., *De legibus et consuetudinibus Angliae*, vol. 2, Longman 1879, p. 172.

13 Nuevamente, Locke, J., *Two treatises on government*, cit. §.241.

14 AA. VV. (Otto. R. ed.), *Schloss Sanssouci*, Berlín 1996, p. 14.

15 González Lagier, D., *Emociones sin sentimentalismo*, Lima 2020, p. 57 y ss.

16 Montesquieu, Barón de (Charles-Louis de Secondat), *De l'esprit des lois*, reed. de la ed. de París 1748, París 1979, Lib. XI, cap. VI, p. 299.

17 Lichtheim, M., *Maat in Egyptian Autobiographies and Related Studies*, Freiburg (Suiza) 1992, p. 17.

delegada en jueces al ser imposible que el soberano se encargara de resolver todos los conflictos¹⁸.

Esa influencia del poder ejecutivo puede provocar afecto u odio en el juzgador, pero también miedo, igual que los poderes económicos o políticos más variados, que hasta pueden ser parte en el proceso, momento en que independencia e imparcialidad son evidentemente idénticas. De ese modo, la independencia acaba consistiendo intrínsecamente también una cuestión de emociones que en su esencia no se distinguen de las concernidas al abordar la imparcialidad, lo que hace que el contenido del estudio sea exactamente el mismo, aunque se haya solido estudiar, como ya se ha dicho, de modo diferenciado.

Incluso situando el estudio desde la perspectiva de los heurísticos del pensamiento, el resultado es exactamente el mismo. Un juez se deja influir por el parecer de sus colegas, no ya a través de la jurisprudencia, que es la única vía legítima reconocida por el ordenamiento, sino tratando de evitar enfrentamientos con sus colegas de trabajo, que ni siquiera siempre son jueces. Se intenta constantemente evitar desencuentros con los compañeros de tribunal, con los fiscales y hasta con los policías, dejándose llevar por la corriente mayoritaria, como cualquier otra persona en cualquier otro colectivo diferente, haciendo así un uso intenso del llamado heurístico de representatividad¹⁹, que supone creer correcto aquello que se recuerda como estadísticamente más plausible. Sucede también con el heurístico de accesibi-

lidad²⁰, cuando un juez decide recordando aquella experiencia que le impactó más en el pasado, tratando de que no se vuelva a producir un resultado desgraciado que provocó una decisión suya que, por demás, podía ser correcta, ignorando además que eso no hace correctas las sentencias futuras. Ocurre constantemente con las resoluciones sobre medidas cautelares en las que el riesgo que se intentaba conjurar, finalmente se materializó.

También sucede lo mismo cuando el juez se forma una opinión en un primer examen superficial de un litigio, lo cual hace que *a posteriori* le cueste horrores cambiar de opinión, porque le supone un esfuerzo cognitivo superior. Es el heurístico de anclaje y ajuste²¹, que desde luego también quiebra la neutralidad que se espera del juzgador en todo momento del proceso, no sólo en sus inicios. Y, por último, también influye en el juez su entorno personal, el de su vida privada, con el que puede comentar casos, haciendo así que ese círculo de íntimos le traslade todos sus prejuicios desinformados. Es el heurístico de afección²².

Por supuesto, no hace falta ni hablar de las emociones que provocan en el juez las expectativas de ascenso que tenga y que dependen de personas que pueden influirle activamente en sus juicios. Qué decir de la opinión publicada en los medios de comunicación²³, en las

20 Tversky, A.; Kahneman, D., "Availability: A heuristic for judging frequency and probability", cit. p. 163 y ss.

21 Furnham, A.; Chu Boo, H., "A literature review of the anchoring effect", *The Journal of Socio-Economics*, vol 40, 1, Feb. 2011, p. 35 y ss.

22 Finucane, M. L.; Alhakami, A.; Slovic, P.; Johnson, S.M., "The Affect Heuristic in Judgment of Risks and Benefits", *Journal of Behavioral Decision Making* 13 (1), Enero 2000, p. 1 y ss. Slovic, P.; Finucane, M.; Peters, E.; Macgregor, D., "Risk as Analysis and Risk as Feelings: Some Thoughts about Affect, Reason, Risk, and Rationality", *Risk Analysis* 24 (2), 13-4-2004, p. 311 y ss.

23 Shepherd, J.; Kang, M. S., *Skewed Justice: Citizens United, "Television Advertising and State Supreme Court Justices' Decisions in Criminal Cases"*, <http://>

18 Wallis Budge, E. A., *The Book of the Dead. The Papyrus of Ani in the British Museum*, Londres 1895, p. 194. Vid. la influencia de este texto egipcio sobre la cultura hebrea en Éxodo, 18, 13-27.

19 Kahneman, D.; Tversky, A., "Subjective probability: A judgment of representativeness", en Kahneman; Slovic; Tversky (ed.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*. Cambridge 1982, p. 33 y ss.

redes sociales –y sus posibles campañas de desinformación²⁴– en las que decida participar sin la debida prudencia, o bien que, como ya se mencionó, sus opiniones políticas²⁵ le hagan quebrar, de nuevo, su neutralidad.

Con todo ello se evidencia, no sólo que el estudio de la independencia y de la imparcialidad son idénticos, sino que su análisis profundo, hasta sus últimas consecuencias, todavía es demasiado fragmentario y puede que esté pendiente abordarlo con visión de conjunto. Tal vez en el futuro sea mejor incluso prescindir de la tradicional categoría del juez independiente e imparcial en beneficio del “derecho al juez neutral”, por ser esta noción, al menos terminológicamente, más omnicompreensiva. Y desde luego mucho más expresiva de lo que quiere significar.

3. De la dependencia originaria a la moderna independencia del siglo XVIII

Como ya se ha comentado, los jueces históricamente jamás fueron independientes, simplemente porque no existía la división de poderes y esa independencia constituía un imposible político²⁶. Así

se evidencia en uno de los más antiguos textos medievales al respecto, que además posee un valor fundacional porque es el mismo que inauguró el actual proceso del principio dispositivo, también llamado *adversarial system* en los modelos del *Common Law*, y que es la principal guía del proceso civil europeo continental, e incluso en parte del penal bajo el disfraz del “sistema acusatorio”.

Ese texto es la Glosa de Azón²⁷ al *Corpus Iuris Civilis* que se remonta al siglo XIII, con algún antecedente romano muy controvertido²⁸. El autor advierte al juez superior de que no se entrometa en la jurisdicción del inferior, lo que es ya una evidente alusión a la independencia judicial, aunque todavía lejos de la noción más moderna del concepto. Justo después de ese pasaje viene el mucho más conocido en el que Azón expresó la idea de que el juez debía juzgar *secundum allegata et probata* (*partium*)²⁹, que es el brocardo fundamental –condensado por Durante ya más adelantado el siglo XIII³⁰– en el que

Fenoll; Oteiza (eds.), *La independencia judicial: un constante asedio*, Madrid 2018, p. 101 y ss.

27 Azzone (o Azo o Azón), *Brocardica (aurea): sive generalia iuris*, Basilea 1567, rúbrica XX, p. 235-6: “*Maiores iudex de his quae ad sui subditi iurisdictionem spectant, se intromittere non debet: nisi negligens fuerit, vel aliqui ante eum appellati*”.

28 Vid. Aliste Santos, “La facultad de iniciativa probatoria ex officio iudicis en nuestro derecho procesal”, *Actualidad civil*, n. 9, 2012, p. 940-1.

29 Azzone, *Brocardica (aurea)*, cit. rúbrica XX, p. 237: *iudex debet ex conscientia iudicare, & econtra. Secundum allegata iudicare debet. Cum quaeritur, an iudex debeat iudicare secundum conscientiam suam, in causa civili vel criminali, distingue: utrum notum sit ei tamquam iudici, id est, ratione officii sui: an ut privato. In primo casu fertur sententia secundum conscientiam suam; quae etiam potest dici allegatio. ut ff. de ser. l.2.&ff. Si fer. vend. l. surreptionem. & de minor. 25. anno. l. minor. Quid miri? nonne sert sententiam, secundum testimonios & confessiones, quas novit ut iudex? & et ita potest intellegi hoc generale. Si vero novit ut privatus, non debet ferre sententiam secundum conscientiam suam, sed secundum allegata. & ita intelligitur contraria Rubrica.*

30 Durandus, *Speculum iuris*, cit. Parte II, *De Sententia*, § 5, 1. pp. 784-785: “*Qualiter aut sententia sit pro-*

skewedjustice.org. Ortego Pérez, F., “De los delitos, de ciertas «penas»... y de algunas instrucciones (La justicia penal en los medios de comunicación)”, *Diario La Ley*, n. 7346, 19-2-2010. Nieva Fenoll, “Los “juicios paralelos”: su complejo encaje constitucional”, en AA. VV. (dir. Mir Puig; Corcoy Bidasolo), *Protección penal de la libertad de expresión e información*, Valencia 2012, p. 219 y ss.

24 Baños, P., *Así se domina el mundo*, Barcelona 2017, p. 266 y ss.

25 Epstein, L. et al., “The Supreme Court During Crisis: How War Affects Only Non-War Cases”, 80 *N.Y.U. L. Rev.* 1, 109-10, 2005. Staudt, N., *The Judicial Power Of The Purse: How Courts Fund National Defense In Times Of Crisis*, 2011. Vid. Sobre el tema Howell, W. G.; Ahmed, Faisal Z., “Voting for the President: The Supreme Court During War”, 30 *J.L. Econ. & Org.* 39, 68, 2014.

26 Un eficaz resumen de la evolución histórica puede encontrarse en Molina Galicia, R., “Gobierno judicial y áreas de tensión con otros poderes del Estado”, en Nieva

se basa el principio dispositivo, y que de ese modo concibe a un juez inactivo, al margen de los litigantes, árbitro silente de la batalla procesal entre las partes, que se convierten así en las dueñas del pleito. Ese es el juez que desearon los juristas de la Edad Media, fundamentalmente porque pertenecían a una incipiente burguesía que llevaba sus conflictos comerciales a los tribunales, y que era evidentemente ajena y recelosa a la nobleza de la que procedían los nombramientos de los jueces. Simplemente querían un juez atado de pies y manos como mecanismo para cortocircuitar la dependencia del poder político de los soberanos, que lógicamente podía influir en su actividad comercial³¹.

El sistema funcionó a trancas y barrancas en realidad, pero se impuso por la fuerza de la tradición con el devenir de los siglos, llegando hasta nuestros días en una situación socioeconómica completamente diferente a la del siglo XIII, cosa que debería suscitar una profunda reflexión en el procesalismo, por cierto, de la que ya están habiendo destellos desde finales del siglo XIX³², aunque no acaban de cristalizar.

mulganda, clarius explicemus. Et quidem iudex ante omnia debet diligenter cuncta, quae fuerint in iudicio acta discutere, et cum peritis deliberare, ut s. de requis. cos. in prin. et in si. postmodum partes citandae sunt ad sententiam audiendam, ut extr. de testi. cum olim. in si. aliter non valeat sententia, ut s. de citat. §. viso ver. aliter autem. Deinde est ferenda sententia, iudice sedente pro tribunali in loco consueto, vel alias honesto, utraque parte praesente, vel altera contumaciter absente: (quia contumacia tunc eam pro praesente haberi) sententia prius in scriptis redacta, et correcta, sacris et coram se positis, sciatur iudex, quia non minus iudicabit, quam iudicet hoc probatur per ordinem 2. q. 3. §. notandum versi abolitio et 3. q. 3. §. spacium ver. a procedente. C. de iudi. properandum et l. rem non novam. C. quomodo et quando iud. ea quae exc. de dolo et contu. veritatis ext. de iur. venientes. Et j. eo. ti. §. iuxta. veritem non valet et per totum. 1. Item debet ferri secundum allegata et probata, et non secundum conscientiam, ut 3. q. 7. iudicet ff. de offi. iud. or. si sacerdos 2 et de off. de leg. pastoralis...

31 Lo explico en Nieva Fenoll, J., "La actuación de oficio del juez nacional europeo", *Diario La Ley*, n. 9.000, 2017.

32 Vid. Endemann, W., *Die Folgen freier Beweisprüfung im Zivilprozeß*, AcP n.º 41, 1858, p. 324 y ss. Wach,

Pero, como digo, ese sistema dispositivo del siglo XIII, aunque perseguía convertir al juez en un auténtico convidado de piedra, no funcionó sin contratiempos. Los siglos XVI y sobre todo XVII ingleses son un ejemplo frecuente de las luchas de poder del rey y su entorno de gobierno más cercano, utilizando a los jueces en trifulcas políticas y económicas, aprovechando la dependencia de los juzgadores, claro está. Esa dependencia de los jueces con respecto al poder político era idéntica en todas partes, al no existir, insisto, la división de poderes, pero tal vez en Inglaterra se produjo de una manera peculiar que excitó más las conciencias jurídicas que en otros lugares. La razón puede ser que ancestralmente, parece que los ingleses poseían una especie de justicia comunal, probablemente mezcla de las costumbres romanas y de los pueblos germánicos invasores³³, pero que se habría asentado en las conciencias y que, de hecho, convertía a la justicia en virtualmente independiente de los soberanos al tener una base popular que se confirma poco después, en la *Carta Magna Libertatum* de 1215, con la institución del jurado como lo conocemos hoy en día, y que en aquella época pudo significar la lucha por volver a algo más cercano a esa ancestral justicia popular inglesa. Y es que había sucedido que sólo después de la conquista del rey Guillermo I en 1066 y

A., *Der Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung*, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft vol. 14 1872, p. 331 y ss. Von Canstein, R. F., *Die Grundlagen des Beweisrechts*, ZZP n.º 2, 1880, p. 351.

33 Vid. Macnair, M., "Vicinage and the Antecedents of the Jury", *Law and History Review*, 17, 1999, p. 537. Brunner, H., *Die Entstehung der Schwurgerichte*, Berlin 1872, Van Caenegem, *Royal Writs in England from the Conquest to Glanvill*, Selden Society, vol. 77, 1959, pp. 57 y ss. Turner, "The origins of the medieval English Jury: Frankish, English or Scandinavian?", *Journal of British Studies*, 7, n. 2, 1968, p. 1 y ss. Dawson, J. P., *A History of Lay Judges*, Cambridge 1960. Taruffo, M., *La semplice verità*, cit. p. 19 y ss.

el consiguiente cambio de dinastía, habría ido el rey poco a poco ocupando espacios de poder, también el judicial³⁴ y no sin esfuerzo. De hecho, está demostrado que la creación de la *Court of Chancery*³⁵, actuando como tribunal de equidad, respondía precisamente a esa finalidad regia de poder crear Derecho –disfrazado, según el ejemplo griego³⁶, bajo la categoría de equidad– a través del nuevo tribunal, escapando así del antiguo Derecho tradicional, origen –controvertido– del *Common Law*.

Pese a ello, la convicción de lo evidente, es decir, que el rey ostentaba el poder sobre los jueces, no cambió hasta que varios casos escandalosos fueron persuadiendo a las mentes de la época de la necesidad de privar definitivamente al monarca de ese poder de juzgar. Dicho de otro modo, se determinaron a alejar al poder judicial del poder ejecutivo ostentado por el rey, reclamando así la independencia de los jueces con respecto al soberano. Esa realidad de la época, muy concreta, además, es posible que fuera la primera expresión moderna de la independencia judicial. Luego se ha ido completando de la manera algo fragmentaria y en parte mítica que la conocemos hoy en día.

Puede que uno de los casos más antiguos en que se manifestó esa necesidad de aislar a los jueces del poder político fuera el Richard Strode, diputado de la *House of Commons* que en 1512 fue hecho preso para evitar que pudiera votar una ley que mejoraba las condiciones de trabajo de los mineros. Ese caso de auténtico *lawfare* fue

el que propició precisamente la *Privilege of Parliament Act* del mismo año citado, que es el origen de la actual inmunidad parlamentaria.

Sin embargo, los casos más graves, y que fueron probablemente los que inspiraron a John Locke³⁷ –y partiendo de su obra, a Montesquieu³⁸ y a Rousseau³⁹–, llegaron durante el reinado de Charles I (1625-1649) y también de James II (1685-1688). Se enumerarán sólo algunos de ellos.

Uno de los más sonados acaeció con la prisión de John Eliot –miembro del parlamento–, ordenada por el rey repetidamente de 1624 a 1629, no sólo por razones de religión, sino también por oponerse a la creación de nuevos impuestos, así como por denunciar la corrupción de los ministros del rey. Esa prisión arbitraria en la Torre de Londres era dictada por los jueces, naturalmente, que hasta le llegaron a negar la inmunidad parlamentaria de manera ilegítima, alegando que el precedente del asunto Strode de 1512, antes citado, era sólo un caso particular⁴⁰... En realidad, el litigio se enmarcaba en una guerra abierta del rey contra su parlamento que, aunque no era inédita, cobró tintes dramáticos durante este reinado.

37 Locke, *Two treatises on government*, cit. §§.241 y 242.

38 Montesquieu, Barón de, (Charles-Louis de Secondat), *De l'esprit des lois*, reed. de la ed. de Paris 1748, Paris 1979, Lib. XI, cap. VI, p. 299.

39 Rousseau, J.-J., *El contrato social* (Trad. de Azcoaga), Madrid 1985, al respecto (cap. V, libro IV), p. 199. “*El tribunado (...) no debe tener participación alguna en el poder legislativo ni en el ejecutivo, pues en ello estriba en que el suyo sea el mayor, ya que, no pudiendo hacer nada, puede impedirlo todo*”... “*por poca fuerza que tenga de más, puede trastornarlo todo*”... “*Degenera en tiranía cuando usurpa el poder ejecutivo, del cual es sólo moderador, y quiere disponer de las leyes que debe proteger*”... “*El tribunado, como el gobierno, se debilita por la proliferación de sus miembros*”... “*El mejor medio para evitar las usurpaciones de tan temible cuerpo, medio que ningún gobierno ha descubierto todavía, sería el de no hacerlo permanente, regulando los intervalos durante los cuales se le debe suprimir*”, etc.

40 R. v. Eliot, *Hollis and Valentine* (1629).

34 Baker, J.H., *An Introduction to English Legal History*, Nueva York 2007, p. 9.

35 Basset, W.W., “Canon Law and the Common Law”, *Hastings Law Journal*, vol. 29, 6, 1-1978, p. 1406. Marsh, A. H., *History of the Court of Chancery and of the rise and development of the doctrines of equity*, Toronto 1890, p. 16.

36 Aristóteles, *Retórica*, Alianza, Madrid 2004, cap. XIII, 1374b, p. 126.

El siguiente caso tristemente célebre, contemporáneo al anterior, fue el *Five Knights' Case* (1627)⁴¹, también llamado *Darnell's Case*⁴², en el que otro tribunal, el *Court of King's Bench*, reconoció la prerrogativa real de ordenar la prisión sin previo enjuiciamiento y hasta sin cargos, afirmando que algunos delitos eran demasiado graves como para ser debatidos públicamente... Sobran los comentarios. El escándalo, entre otras razones, acabó forzando al rey a aceptar en 1628 la llamada *Petition of Right*, que fue una ley votada por ambas cámaras bajo esa original forma parlamentaria –*petition*– que eludía las trabas del monarca, y que dispuso la obligatoriedad de que los impuestos vinieran precedidos por una ley del parlamento, la prohibición de la prisión sin cargos y la inviolabilidad del domicilio, reclamada por el histórico jurista que tuvo la idea de formular la *petition*: Edward Coke⁴³. La *Petition of Right* es actualmente uno de los principales textos constitucionales del sistema británico⁴⁴.

Pero no quedaron ahí las cosas. Ya en 1641 tuvo lugar el proceso contra Thomas Wentworth, el primer Conde de Strafford⁴⁵. Aunque el origen del caso era una lucha parlamentaria contra un impuesto real, lo cierto es que el rey, pese a estar agradecido por otros servicios del reo, no evitó su condena a muerte dictada por el propio parlamento, que acababa de ganar una mayoría –efímeramente– favorable al monarca. Se entiende que el rey decidió al final intentar lograr la supervivencia po-

lítica de la monarquía, en vano, como se vería años después.

Y esa fue la dinámica que marcó todo su reinado en este sentido: un intento continuado del monarca de utilizar políticamente la justicia en su favor para salvarse a sí mismo, lo que debilitó la confianza de la gente, no ya en la justicia, sino en las instituciones en general⁴⁶. Ya en el marco de la primera guerra civil, en 1642 Charles I intentó cerrar el parlamento ordenando a su fiscal general imputar por traición a cinco miembros de la *House of Commons*, lo que fue en vano, dado que perdió la primera guerra civil en 1646, la segunda en 1648 y ya su propia cabeza en 1649. Durante el proceso que acabó condenando a Charles I, el rey se negó a reconocer la jurisdicción del tribunal –constituido en el parlamento⁴⁷–, puesto que, alegaba, un monarca no podía ser juzgado, a lo que se le respondió con un curioso y truculento pasaje bíblico de los Números⁴⁸. De hecho, lo que subyacía en esa soberbia afirmación del rey es que la justicia le pertenecía, es decir, que la justicia era él mismo. Toda una provocación para las mentes científicas –pronto empiristas– de la época que, precisamente para salir de ese modelo ancestral⁴⁹, acabaron desarrollando décadas después el concepto de independencia judicial.

46 Vid. Jones, D. L., "The Judicial Role of the House of Lords before 1870", en AA. VV. (Blom-Cooper, Dickson y Drewry eds.), *The Judicial House of Lords, 1876-2009*, Oxford 2009, p. 5 y ss.

47 6. January 1649: An Act of the Commons of England Assembled in Parliament, for Erecting of a High Court of Justice, for the Trying and Judging of Charles Stuart, King of England <https://www.british-history.ac.uk/no-series/acts-ordinances-interregnum/pp1253-1255>.

48 Números, 35, 33: "...la tierra no será expiada de la sangre que fue derramada en ella, sino por la sangre del que la derramó".

49 Vid. Nieva Fenoll, *El origen de la justicia*, Valencia 2023, p. 218 y ss.

41 *Five Knights' case* (1627) 3 How St Tr 1.

42 Hart, J. S., *The Rule of Law, 1603-1660. Crowns, Courts and Judges*, Londres 2014, p. 122 y ss.

43 Coke, E., *The Institutes of the Laws of England*, 1628, Third Part, cap. 73.

44 Su texto es fácilmente localizable: <https://teachin-gamericanhistory.org/document/petition-of-right/>

45 Cooper, E., *The Life of Thomas Wentworth, Earl of Strafford*, London 1874, p. 318 y ss.

Años más tarde, discurrió por un camino parecido el breve reinado de James II (1685-1688), último monarca de la dinastía Estuardo. En 1686 (asunto *Godden v. Hales*⁵⁰) consiguió el soberano un pronunciamiento a favor de su poder de prescindir de las leyes del parlamento, sustituyendo nada menos que a seis de los doce jueces del *Court of King's Bench*, el tribunal que debía juzgar esa prerrogativa⁵¹.

El último caso de esta sucesión de despropósitos utilizando a los jueces sobrevino cuando en 1688, con ocasión del enésimo conflicto religioso, el monarca ordenó el inicio de un proceso por sedición contra los siete obispos de la Iglesia de Inglaterra⁵², siendo detenidos días antes del proceso y juzgados en la misma *Court of King's Bench*. El tribunal, inesperadamente —estaba integrado por jueces leales al rey—, les absolvió el 30 de junio del citado año. El caso fue clave para que James II fuera despojado de la corona pocos meses después, y constituye el antecedente de otro de los textos constitucionales más importantes del Reino Unido: la *Bill of Rights* de 1689, que sin duda intentó reforzar la independencia judicial o, más precisamente, la independencia de los jueces con respecto al rey, así como algo esencial para reafirmar dicha independencia: la obediencia incondicional de los jueces⁵³ y del propio

rey a las leyes del parlamento⁵⁴. De hecho, posteriormente siguió habiendo tensiones entre el rey y el parlamento, como la acacia en 1831 con William IV⁵⁵, pero ya con otro cariz.

4. La actual noción de independencia judicial en Reino Unido y EE.UU.: sus rasgos fundamentales

Con estos antecedentes, no es de extrañar que la Constitución de EE. UU. (1787) diseñara un Estado basado en la división de poderes, y que en su art. III dispusiera un poder judicial independiente que cumpliera las leyes y que fuera culminado por un Tribunal Supremo cuyos miembros fueran elegidos por el presidente, cargo temporal de elección directa, con el consentimiento del Senado, es decir, de la cámara alta⁵⁶, pudiendo ser esos jueces procesados por el mismo Senado⁵⁷. De hecho, la propia Declaración de Independencia de 1776 se refirió al tema de la independencia judicial de manera particularmente directa, acusando al rey de haberla quebrantado⁵⁸. El resultado final, que hace depender a los jueces, en última instancia, del parlamento, tal vez no sea del todo satisfactorio, porque acaba favoreciendo su evidente politización que, de hecho, no se escon-

50 *Godden v Hales* (1686) 11 St Tr 1166.

51 Sobre el caso, Rose, J., *Godly Kingship in Restoration England: The Politics of The Royal Supremacy, 1660–1688*. Cambridge 2011, p. 89 y ss. Dixon, D., "Godden v Hales revisited – James II and the dispensing power", *The Journal of Legal History* 27(2), August 2006, p. 129 y ss.

52 Gibson, W., *James II and the Trial of the Seven Bishops*, Springer 2009. Glassey, L.K.J., "In Search of the Mot Juste: Characterizations of the Revolution of 1688-9", en Harris, Tim; Taylor, Stephen, eds. *The Final Crisis of the Stuart Monarchy*, Woodbridge 2015, pp. 1 y ss. Strickland, A., *The Lives of the Seven Bishops Committed to the Tower in 1688*, Londres, 1866.

53 Insiste en ella Andrés Ibáñez, P., *El tercero en discordia*, Madrid 2015, p. 158.

54 Entre otros pasajes de la *Bill of Rights* particularmente evidentes: "That the pretended power of suspending the laws or the execution of laws by regal authority without consent of Parliament is illegal; That the pretended power of dispensing with laws or the execution of laws by regal authority, as it hath been assumed and exercised of late, is illegal".

55 Vid. el panfleto anónimo *The King Can Do No Wrong*, London 1832, accessible en Google Books.

56 Art. II, Sección 2.

57 Art. I, Sección 3, art. II, Sección 4.

58 "He has obstructed the Administration of Justice, by refusing his Assent to Laws for establishing Judiciary powers". "He has made Judges dependent on his Will alone, for the tenure of their offices, and the amount and payment of their salaries".

de en EE. UU., al margen de que cada juzgador sea más o menos entusiasta en la defensa del partido que le promovió para alcanzar la judicatura a través de sistemas más o menos indirectos de nominación, basados tendencialmente en la meritocracia, pero no sin contratiempos⁵⁹. Esa imagen pública, sin duda, es relevante para la percepción de la independencia, y ahora mismo no pasa por su mejor momento en EE. UU.⁶⁰ Se vuelve a ver a los jueces –al menos a algunos–, no como órganos independientes, sino –igual que en el siglo XVII inglés– como herramientas de la política, a lo que en no pocas ocasiones se prestan ellos mismos. Este resultado es, evidentemente, un desastre, y sobran ejemplos muy recientes de su realidad. No hay más que pensar en *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022)⁶¹ o en *Trump v. Anderson* (2024)⁶².

También en el Reino Unido se fue desarrollando esta idea de la independencia judicial, aunque tal vez con más éxito al final del día, siendo considerada desde antiguo una característica clave del sistema, y expresamente desde la *Constitutional Reform Act* de 2005⁶³. Todo empezó con la *Bill of Rights* de 1689, que empezando por recordar los crímenes del rey utilizando políticamente a los jueces⁶⁴, comenzó

a suprimir su poder de crear tribunales sin el consentimiento del parlamento⁶⁵, idea que se confirmó ya mucho más directamente en la *Act of Settlement* de 1701 –otro de los textos fundamentales de la nunca codificada Constitución británica–, que añadió la incapacidad del rey de cesarlos sin el consentimiento de ambas cámaras del parlamento⁶⁶. Ese fue el modelo copiado en parte, como se acaba de ver, en EE. UU., y constituye el primer precedente de uno de los derechos que principalmente garantizan la independencia judicial: el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

Sin embargo, al haber separado a la justicia, no ya del poder del rey, sino del resto de poderes, posteriormente se fue más allá de estas bases, en el sentido de hacer que los jueces fueran los deposita-

employed by him, did endeavour to subvert and extirpate the Protestant religion and the laws and liberties of this kingdom".

65 "That the commission for erecting the late Court of Commissioners for Ecclesiastical Causes, and all other commissions and courts of like nature, are illegal and pernicious;" "...according to the resolution and desire of the said Lords and Commons contained in the said declaration. And thereupon their Majesties were pleased that the said Lords Spiritual and Temporal and Commons, being the two Houses of Parliament, should continue to sit, and with their Majesties' royal concurrence make effectual provision for the settlement of the religion, laws and liberties of this kingdom, so that the same for the future might not be in danger again of being subverted, to which the said Lords Spiritual and Temporal and Commons did agree, and proceed to act accordingly".

66 "And whereas it is requisite and necessary that some further provision be made for securing our religion, laws and liberties, from after the death of his Majesty and the princess Anne of Denmark, and in default of issue of the body of the said princess, and of his Majesty respectively; be enacted by the King's most excellent majesty, by and with the advice and consent of the lords spiritual and temporal, and commons, in parliament assembled, and by the authority of the same." "That no person who has an office or place of profit under the King, or receives a person from the crown, shall be capable of serving as a member of the house of commons. That after the said limitation take effect as aforesaid, judges commissions be made *quandiu se bene gesserint*, and their salaries ascertained and established; but upon the address of both bodies of parliament it may be lawful to remove them".

59 Wilets, J.; García, T.; Rodríguez, S., "A Critique of the Judicial Appointment Process and the Rule of Law in the United States: A Comparative Perspective", *Nova Law Review*, vol. 46, 2022, p. 213-4.

60 Strong, S. I., "Judging Judicial Appointment Procedures", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 53, n. 2, marzo 2020, p. 615 y ss. Wilets, J.; García, T.; Rodríguez, S., cit. p. 204 y ss. Rakove, J. N., "The Original Justifications for Judicial Independence", *Georgetown Law Journal*, vol. 95, n. 4, April 2007, p. 1061 y ss.

61 N. 19-1392, 597 U.S. 215 (2022).

62 N. 23-719, 601 U.S. (2024).

63 Woodhouse, D., "The Constitutional Reform Act 2005—defending judicial independence in the English way", *Journal of Constitutional Law*, 5, no. 1, enero 2007, p. 153.

64 "Whereas the late King James the Second, by the assistance of divers evil counsellors, judges and ministers

rios del poder de establecer las fronteras entre los actos del poder ejecutivo y del poder legislativo, con el fin de que no las ultrapasen, lo que evidentemente constituía una idea novedosa. Para posibilitar esa nueva función resulta fundamental, como se dijo más arriba, la neutralidad de los jueces, puesto que mal puede actuar de manera independiente quien se deja influir por las circunstancias indicadas en el segundo epígrafe de este estudio.

Sin embargo, con ello se situó a los jueces en el centro del sistema jurídico. La cuestión se planteó, tal vez por primera vez, en el *Dr. Bonham's Case* de 1610⁶⁷ declarando los jueces –a iniciativa de Edward Coke– la incompatibilidad de una ley del parlamento con el *Common Law*⁶⁸. Sin embargo, aproximadamente un siglo y medio más tarde, en sentido frontalmente contrario Blackstone afirmó el poder soberano del parlamento por encima de cualquier otro en la Tierra⁶⁹, lo que evidentemente suprimía el control del poder judicial sobre los actos del parlamento, debiendo los jueces simplemente cumplir con su voluntad. Pero el debate se acabó desbordando poco después en EE. UU., ya en el siglo XIX, en *Marbury v. Madison* (1803), asumiéndose que el Tribunal Supremo –es decir, el poder judicial– podía anular las leyes contrarias a la Constitución. Es decir, volviendo a la conclusión –tal vez algo

oportunista analizando ambos casos– de Edward Coke de 1610.

En el Reino Unido, se trató de garantizar la independencia a través del histórico *Lord Chancellor*, figura que estuvo a medio camino entre lo ejecutivo, lo judicial y hasta lo legislativo. Actualmente se trata de un ministro del gobierno⁷⁰ de designación real a propuesta del primer ministro, que antes de la *Constitutional Reform Act 2005* presidía la *House of Lords*, y que hoy cumple funciones de ministro de justicia, denominación que adoptó en 2007. Se encarga de los nombramientos de jueces, hoy a propuesta de la *Judicial Appointments Commission*, de composición muy plural⁷¹, precisamente con la finalidad de garantizar su neutralidad, aunque no sin acusaciones de influencia gubernamental⁷².

Situar al poder judicial como árbitro del poder ejecutivo y legislativo posee evidentes riesgos⁷³. Como se verá en el último epígrafe, amenaza con otorgar al cuerpo de jueces una excesiva autonomía que le haga caer en la autocracia, lo que le arrastra al conservadurismo y a la endogamia para mantener ese poder en manos de los mismos que ya lo integran, así como a responder solamente ante sí mismo, lo que acaba deviniendo un contrasentido al generar una autocracia contraria a la propia base teórica de los *checks and balances*, sólo prevenible a través de la regularidad

67 *Thomas Bonham v College of Physicians*.

68 Coke, E., *Selected Writings of Sir Edward Coke*, Indianápolis 2003, vol. I, p. 838: "...one cannot be Judge and Attorney for any of the parties, Dyer 3 E. 6. 65. 38 E. 3. 15. 8 H. 6. 19b. 20a. 21 E. 4. 47a. &c. And it appeareth in our Books, that in many Cases, the Common Law doth controll Acts of Parliament, and somtimes shall adjudge them to be void: for when an Act of Parliament is against Common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the Common Law will controll it, and adjudge such Act to be void".

69 "An act of parliament, thus made, is the exercise of the highest authority that this kingdom acknowledges upon earth.". Blackstone, W., *Commentaries on the Laws of England*, L. I, Oxford 1765, p. 178.

70 Woodhouse, "The Constitutional Reform Act 2005", cit. p. 154.

71 Vid. The Judicial Appointments Commission Regulations 2013, <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2013/2191/made>, así como la *Crime and Courts Act 2013*, 20.

72 Cfr. Delaney, E., "Searching for constitutional meaning in institutional design: The debate over judicial appointments in the United Kingdom", *International Journal of Constitutional Law*, 2016, Vol. 14, n. 3, p. 752 y ss.

73 Vid. Hyre, J., "The United Kingdom's Declaration of Judicial Independence: Creating a Supreme Court to Secure Individual Rights under the Human Rights Act of 1998", *Fordham Law Review*, vol. 73, n. 1, October 2004, pp. 423 y ss.

de los procedimientos de nombramiento de los jueces y del seguimiento de la adecuación jurídica de sus resoluciones, lo que en absoluto es sencillo.

Es lógico, en consecuencia, que se haya detectado en el Reino Unido un creciente papel político de su poder judicial⁷⁴, básicamente porque al poder participar en materias propias del debate político es fuerte la tentación del juez de convertir su ideología personal en la interpretación suprema de la ley, o al menos dejarse influir por esa ideología, lo que provoca un desastre para la división de poderes. Que un juez tape la boca a un legislador no es sólo alterar la conocidísima frase original de Montesquieu. Significa que, al final, los países no se rigen por lo que dispone su parlamento y el gobierno que ese mismo parlamento elige, sino por lo que opina un juez que, además, a diferencia del modelo estadounidense original, ya no responde ante el parlamento, sino ante el propio poder judicial, y a veces incluso incomprensiblemente ante sus colegas más próximos, lo que le garantiza una perfecta impunidad siempre que consiga no crear enemigos entre sus propios compañeros. No es, ni mucho menos, una situación ideal, que reclama una reforma, en evitación de esa referida autocracia.

5. Contra la autocracia judicial y la manipulación política de los jueces

Expuesto brevemente el origen y desarrollo del concepto de la independencia allí donde primero se suscitó el debate, cabe sacar una conclusión obvia, aunque esencial: la solución al problema no es fácil, aunque tampoco lo es la identificación del

mismísimo problema. Dejando de lado el tema de los nombramientos y siguiendo la estela histórica, la discusión se ha planteado en términos de respeto por la división de poderes, en evitación de un retorno a las primitivas dictaduras absolutistas de los soberanos, auténtico totalitarismo puesto en práctica durante siglos o hasta milenios. Sin embargo, partiendo de esa base, que es esencialmente correcta por ser fiel a la realidad histórica, se ha acabado derivando hacia una especie de búsqueda mítica, no ya de la división de poderes, sino de una independencia judicial tan aséptica que puede que humanamente sea incluso imposible, por más buena voluntad que le pongan los juzgadores.

Tal vez haya que salir de este último marco mental. En nuestras democracias, no es que los parlamentos no legislen o que los gobiernos estén atados de pies y manos porque se lo impida una irresistible fuerza superior, como fue antaño. Lo que sucede es que, en algunas ocasiones puntuales, pero muy polémicas, o hasta escandalosas o disparatadas, los jueces revocan la obra de un parlamento o entorpecen la acción política de un gobierno. En los casos más graves, los jueces acaban persiguiendo penalmente, de manera injustificada, a miembros de ambos poderes, en una actitud de evidente *lawfare* que recuerda muy poderosamente a aquellas antiguas maniobras de Charles I en el siglo XVII, y que le costaron, no ya la corona, sino la vida. Al final, el móvil de esos déspotas siempre es el mismo: ejercer el poder sin limitaciones con finalidades económicas o ideológicas que pueden ser tan espurias como aquellos antiguos intentos de aquel monarca por crear nuevos impuestos o perseguir a ciudadanos por razón de su religión.

A estas alturas de nuestra evolución histórica, ya sabemos que el parlamento, por mucho que represente a la ciudadanía y lo

⁷⁴ Woodhouse, "The Constitutional Reform Act 2005", cit., p. 154.

Gustave Doré, *Gargantúa y Pantagruel*

dijera nada menos que Blackstone⁷⁵, no puede tener un poder absoluto. Que Hitler consiguiera aprobar en el *Reichstag* su *Ermächtigungsgesetz* de 24 de marzo de 1933, logrando así el suicidio del propio parlamento, es un poderoso aviso a navegantes de que no todo puede ser posible a través de una asamblea legislativa. De ahí –y de reflexiones anteriores– surgió la *Reine Rechtslehre* de Hans Kelsen justo un año después⁷⁶, reivindicando el papel protagonista de la normal fundamental como freno a semejantes actuaciones. Justo por eso disponemos en varios países europeos de Tribunales Constitucionales, particularmente en los que padecemos una dictadura.

Pero una vez dicho y reconocido lo anterior, no podemos permitir tampoco que

los jueces decidan sobre cuestiones esencialmente ideológicas y que, desde luego, no alteran la arquitectura fundamental de un Estado amenazando, no ya con su destrucción, lo que es sumamente difícil y, de hecho, irreal, salvo que exista una posibilidad de invasión inminente. El peligro principal a evitar, y puede que el único peligro en realidad es que el sistema político democrático no se transforme en una dictadura. Es decir, que deje de existir lo que en el ámbito del *Common Law* se llama *Rule of Law*. Eso es probablemente lo único que el poder judicial debería impedir que ocurriera. Pero sin desbordar jamás ese marco, que es sumamente estrecho porque excepcionales, por fortuna, son también las situaciones en que algo así sucede.

Habría que darse cuenta de que el Tribunal Supremo de EE. UU. ha entrado en política reiteradamente demasiadas veces desde el desgraciado precedente antes cita-

⁷⁵ Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, cit. p. 178.

⁷⁶ 1934, p. 67.

do de *Marbury v. Madison* (1803) que, por cierto, resolvía el nombramiento de unos jueces por el presidente cesante... Que se haya pronunciado sobre cuestiones raciales, sobre el aborto o sobre el matrimonio homosexual, entre muchos otros temas, es algo que, por mucho que hayan podido gustar —a veces— sus pronunciamientos, no es propio de la función judicial, porque se trata de cuestiones profundamente ideológicas, o casi exclusivamente ideológicas, como lo demuestra el hecho de que la mayoría de ellas tienen un curioso trasfondo religioso, cuya detección debería servir para activar alertas en este sentido.

Para justificar la labor en este terreno de los tribunales se ha puesto reiteradamente como excusa la defensa de los derechos fundamentales, y ciertamente el argumento es potentísimo. Pero por esa rendija se ha abierto un enorme boquete que ha permitido a los tribunales empezar a hacer política pura, revocando los actos de los parlamentos, no cuando intentan acercar el sistema político a una dictadura, sino simplemente cuando discrepaban ideológicamente de esas leyes, poniendo como excusa la vulneración de un derecho fundamental. Los jueces, en esos casos, alejándose de todo método científico y basando, por tanto, sus conclusiones en pura y simple argumentación o, más bien, retórica, no persuaden a la comunidad a la que sirven, sino que sólo convencen a quien eventualmente comparte la ideología de los juzgadores que firmaron la sentencia, que se convierten así en una suerte de “legisladores” claramente aristocráticos, persuadidos de que su —a veces— autoatribuida excelencia jurídica les legitima para realizar este tipo de actuaciones que son, estas sí, peligrosísimas para la división de poderes.

Y es que con ello hacen política, con frecuencia defendiendo directamente los intereses personales de algunos sujetos in-

fluyentes, lo que ya es el colmo. Ya que, por razones psicológicas, es muy difícil, y volátil, que el poder judicial decida autolimitarse en su jurisprudencia; es posible que no hiciera ningún daño que se introdujera una norma en la Constitución que expresamente dispusiera lo siguiente: que los tribunales solamente pueden anular una ley en caso de vulneración frontal de la división de poderes, atribuyendo a un gobierno facultades legislativas, al propio parlamento facultades judiciales, o incluso a un tribunal posibilidades de creación de derecho equivalentes a una ley, que también son impropias cuando no solamente integran inevitables lagunas de un acto normativo, sino que crean *ex novo* una norma que hubiera debido provenir, no de los jueces, sino del parlamento, o de la acción política del poder ejecutivo en cumplimiento de las leyes. En la historia existen sobrados ejemplos funestos de todas estas situaciones.

En todo lo demás, los parlamentos debieran ser libres, puesto que el desarrollo de los derechos fundamentales, al final, depende de lo que los propios ciudadanos, que son sus titulares, decidan por sí mismos hacer con ellos, al menos en una democracia. Una cosa es que los tribunales corrijan esas vulneraciones cuando provengan de jueces inferiores, lo que es legítimo y debido, y otra muy diferente pensar que una ciudadanía democráticamente formada, no se defenderá en las siguientes elecciones de una ley que menoscaba esos derechos, dejando de votar a quien la impulsó.

Por supuesto, se puede desconfiar de la ciudadanía con el manido argumento de hacerla víctima —responsable también— del populismo de los políticos, que les impide detectar sus trampas. Sin embargo, a pesar de todos los pesares, es un riesgo que hay que correr. Lo contrario sería volver a las democracias aristocráticas al estilo aris-

totélico, o incluso al sufragio censitario, o pensar que los jueces, por el solo hecho de serlo, poseen el mejor criterio sobre lo que es adecuado en una sociedad, lo que es expresivo de un elitismo inaceptable que, además, en no pocas ocasiones ni siquiera

está respaldado por la realidad de esa supuesta sapiencia infinita. En el pasado fue el recelo de las élites hacia el pueblo lo que obstaculizó la democracia. No deberíamos caer, de nuevo y por otras vías, en el mismo error.



Gustave Doré, *Gargantúa y Pantagruel*

***Lawfare* y nacionalismo jurídico.**

La importancia de una distinción

Jorge CAGIAO Y CONDE

El *lawfare*, o guerra jurídica, se ha convertido en los últimos tiempos en un concepto de uso frecuente, al que se ha recurrido para visibilizar y también denunciar los usos irregulares que se hacen del derecho con el objetivo de derribar o perjudicar a un adversario político. En el contexto español, ha sido ese concepto el que, desde el nacionalismo catalán o vasco (aunque también en un sector minoritario de la izquierda española), se ha utilizado para dar cuenta de la gestión realizada del proceso independentista catalán. Todavía hoy.

En un estudio reciente, he tratado de explicar lo que ha ocurrido en ese conflicto utilizando el concepto de «nacionalismo jurídico»¹. Aunque indudablemente el *lawfare* y el nacionalismo jurídico tengan bastante en común, la tesis que me gustaría exponer brevemente aquí es que se trata de dos versiones diferentes de lo que genéricamente podemos enmarcar en los usos interesados del derecho. En lo que sigue, trato de explicar primero que lo que diferencia ambos conceptos es principalmente la conciencia que se tiene o no de estar haciendo un uso espurio del derecho (1). Si esa primera distinción está en lo cierto, entonces podremos derivar de ella algunas consecuencias importantes que permiten definir el nacionalismo jurídico como algo

que, en los usos e interpretaciones que se hacen del derecho, se encuentra a distancia razonable del *lawfare* (2).

1. *Lawfare* y nacionalismo jurídico no son exactamente lo mismo

1.1. *El lawfare: un abuso consciente del derecho*

Como se ha dicho, el *lawfare* es un concepto por medio del cual se han podido denunciar los abusos de derecho cometidos por jueces en el ejercicio de sus funciones y la judicialización abusiva de la política por parte de los gobernantes. Ha servido así a gobiernos o jueces de derechas para perseguir y tratar de poner fuera de juego (por medio de su inhabilitación o incluso penas de cárcel) a responsables políticos de izquierdas, y viceversa, a políticos o jueces de izquierdas para atacar a responsables políticos de derechas. El matiz en torno al perfil ideológico de dicha maniobra me parece fundamental. Nos encontramos antes jueces o políticos que abusan del derecho y de sus procedimientos judiciales para atacar a adversarios políticos de ideología rival. El matiz es fundamental para la distinción que deseo establecer entre el *lawfare* y el nacionalismo jurídico porque, al tratarse de un abuso de derecho motivado por la ideología de quienes se prestan a esas prácticas, tenemos una situación en la que lo más

¹ Cagiao y Conde, Jorge, *Patriotas con toga. Un estudio sobre el nacionalismo jurídico*, Madrid, Catarata, 2023.

razonable es pensar que los responsables de *lawfare* son conscientes de lo que están haciendo. Esto es así, ya primero, porque toda persona es consciente de tener una ideología, de ser de izquierdas o de derechas, o más bien de lo uno o de lo otro. El político o juez que usa de manera abusiva o injusta los medios que el Estado de Derecho pone al alcance de todos es consciente (es razonable pensarlo) de estar haciéndolo por interés político.

En este sentido, las prácticas de *lawfare* pueden verse también como una forma más o menos clara de prevaricación. Recordemos que en este tipo penal se entiende que la «resolución arbitraria» ha de dictarse «a sabiendas de su injusticia» (artículo 404 de nuestro Código Penal). El agente prevaricador ha de ser consciente, por lo tanto, de la irregularidad de su actuación. Lo cual implica que ha de ser consciente de aquello que lo ha llevado a separarse de lo que se puede entender como una aplicación recta y justa del derecho. Es decir, ser consciente de que ha actuado por motivos ideológicos. Insisto: esto es posible porque todos sabemos que tenemos una ideología. Y precisamente porque toda persona es consciente de esto, podrán los políticos o los jueces actuar y argumentar poniendo freno (o no), más o menos, a los sesgos ideológicos que saben que pueden aparecer en sus argumentaciones y decisiones.

Poner freno a un razonamiento jurídico guiado por el interés ideológico es por ello posible para un jurista, porque se tiene conciencia del problema que esto puede implicar deontológicamente, en su quehacer como intérprete del derecho. Cuestión muy diferente es lo que parece suceder con el nacionalismo jurídico. Para entenderlo, es preciso antes explicar cómo debemos ver el nacionalismo y el impacto que

este tiene en nuestra manera de pensar y actuar por lo general.

1.2. *La importancia de entender bien el fenómeno del nacionalismo*

El nacionalismo no es (o al menos no solo) lo que generalmente se piensa en el debate público. En él suele verse como algo emparentado con posiciones de extrema derecha y con las peores experiencias de exclusión y discriminación que ha podido dejar la historia del siglo pasado. Ahora bien, que el nacionalismo también sea eso (o que haya podido serlo) no quiere decir que solo sea eso. De hecho, si se piensa un instante, si tuviéramos que definir un proyecto político en base a sus experiencias más crueles, dramáticas o extremas, no se salvaría ni uno solo, pues todos (socialismo, liberalismo, etc.) tienen experiencias de ese tipo. No es, por lo tanto, muy recomendable explicar fenómenos complejos tomando como ejemplo sus experiencias más extremas.

Como lo explican los expertos del tema, el nacionalismo es un fenómeno muy extendido en nuestras sociedades, que tiene que ver fundamentalmente con la legitimación del poder en nuestra modernidad política, por medio de la idea de nación. Una idea que es, por así decirlo, su principal ocupación: el nacionalismo se encarga de crear la nación, esto es, la creencia que han de compartir los ciudadanos de pertenecer a una misma comunidad política, creencia que acaban abrazando poblaciones y gentes que, como decía Kelsen en su famoso y valioso libro sobre la democracia, todo parece separar por lo demás (cultura, lengua, clase, religión, etc.)². El nacionalismo se encarga de

² Kelsen, Hans, *De la esencia y valor de la democracia*, Oviedo, KRK, 2006, p. 63.

crear esa ficción social que es la nación, pero también de promoverla, sostenerla en el tiempo (para que dure) y defenderla. Eso es el nacionalismo fundamentalmente.

Así definido, nos encontramos ante una manera de ver y entender el mundo muy diferente de ideologías como el progresismo o del conservadurismo, las izquierdas o las derechas. En realidad, si tuviésemos que hablar del nacionalismo como una ideología, se trataría más bien de una de naturaleza englobante, es decir, capaz de contener todas las demás. Así lo demuestra la historia, por lo demás, pues el nacionalismo ha hecho camino de la mano de todos los proyectos políticos de nuestra modernidad (liberalismo, socialismo, constitucionalismo, internacionalismo, etc.), a los que ha sabido adaptarse, y que también ha sabido adaptar a sí mismo.

Si entendemos el nacionalismo de esta manera, mucho más razonable y matizada, como algo que está presente en nuestras sociedades legitimando el poder político³, nos costará quizás menos entender que se trata también de algo que lo impregna todo. Es lo que Michael Billig ha llamado nacionalismo banal⁴, algo que se encuentra socialmente tan normalizado en nuestras sociedades que se ha vuelto inconsciente e imperceptible para las personas. Como el psicólogo social británico lo explica, todos nacemos y crecemos en sociedades nacionales y profundamente nacionalizadas en las que transitamos hasta la edad adulta, momento en que adquirimos una autonomía racional. Pero cuando se llega a esa edad, el largo proceso de socialización en las creencias, representa-

ciones y mitos nacionales que atraviesan las personas a través de la escuela, la familia, los medios de comunicación, etc., ya ha hecho todo su trabajo de manera eficaz, de tal forma que una persona adulta en una democracia nacional es una persona que ha integrado el grueso de creencias, representaciones, valores, mitos, etc. que la nación le ha transmitido y por medio de los cuales interpreta el mundo en el que vive. Y todo ello sin que las personas se perciban a sí mismas, y la sociedad en la que viven, como nacionalistas. Pues, no lo olvidemos, ese concepto tiene en nuestras sociedades democráticas un marcado carácter peyorativo. Ahora bien, la nación en la que hemos crecido, con la que nos identificamos, no suele ser vista por nosotros de manera tan negativa. Suele ocurrir más bien lo contrario. De ahí viene nuestra ceguera o ignorancia sobre nuestro propio nacionalismo, el nuestro personal y el de nuestra comunidad nacional.

Si los expertos del tema están en lo cierto (y hasta el momento nadie ha sido capaz de demostrar que no), eso significa que todos convivimos de alguna manera con el nacionalismo sin ser conscientes de ello. Esto es clave para lo que voy a explicar ahora.

1.3. *El nacionalismo jurídico es un fenómeno inconsciente por lo general*

Como lo he dicho antes, en el *lawfare* los actores, de derechas o de izquierdas, actúan contra un adversario político a sabiendas del perfil ideológico de este, y también de estar haciendo un uso político e irregular del derecho. Este (el medio) se va a retorcer cuanto haga falta para hacer daño al adversario político (el fin). En cambio, si la explicación que se ha propuesto del nacionalismo antes es correcta, tendríamos buenas razones para pensar

³ Véanse las dificultades que la ausencia o inoperatividad de la idea de nación (o pueblo) entraña en el caso de la Unión Europea, por ejemplo, a la hora de legitimar políticas de integración más ambiciosas.

⁴ Billig, Michael, *Nacionalismo banal*, Madrid, Capitán Swing, 2014.

que no es esto lo que encontramos en el nacionalismo jurídico.

En efecto, hablamos en este caso de supuestos en los que se utiliza el derecho contra un adversario político, que en el caso español puede ser el nacionalismo catalán o vasco, pero de una manera que no se ve como política o ideológica. Es decir, no se tiene la impresión de estar aplicando el derecho de manera arbitraria o irregular para obtener un resultado político determinado, sino todo lo contrario: se utiliza el derecho de manera recta y justa, con el resultado –no necesariamente buscado o deseado– de perjudicar a un adversario político. Dicho de otra forma, la impresión que parece tenerse es que no se hace nacionalismo por medio del derecho contra un nacionalismo rival, el catalán o el vasco. Es el nacionalismo catalán o vasco el que actúa fuera de los márgenes del derecho. De ahí, lógicamente, que este reaccione.

Lejos de ser este un discurso hipócrita (sabemos que nadie, ni a la izquierda ni a la derecha, reconoce hacer *lawfare*), estamos ante una manera de explicar la reacción del Estado frente al proceso independentista, por ejemplo, que puede verse como una posición sincera. Tiene, en cualquier caso, un trasfondo lógico que lo explica. Este no es otro que el que he mencionado antes: si somos, por lo general, incapaces de ver nacionalismo en nuestra manera de pensar y actuar, no seremos capaces tampoco de intuir o percibir en el uso que hacemos del derecho en defensa de nuestra nación ninguna forma de nacionalismo, como tampoco veremos la necesidad de estar alerta para tratar de evitar sesgos de ese tipo. En cualquier caso, si no estamos actuando de manera interesada (por interés nacional), sino simplemente como lo ordena el derecho positivo, entonces no hay motivos para ver en el uso que hacemos del derecho ninguna motivación espuria. Se usa y

aplica como ha de hacerse en una democracia.

Creo, por ello, que yerran quienes, desde el nacionalismo catalán, por ejemplo, han denunciado alguna forma de prevaricación por parte de los magistrados del Tribunal Constitucional (TC) o del Tribunal Supremo que han tenido que conocer de los casos que se han presentado ante ellos en relación con el proceso independentista. Para que estos hubiesen prevaricado, entiendo que habría sido condición necesaria que tuviesen conciencia de haber aplicado el derecho de manera diferente a como tendrían que haberlo hecho, y a como seguramente lo habrían aplicado en supuestos sin relación con el desafío independentista. Ahora bien, lo que en esos casos parece guiar el comportamiento de los magistrados, así como de los políticos y juristas académicos que han tenido ocasión de expresarse sobre el asunto, es la convicción sincera de estar haciendo lo único que se podía hacer en recta aplicación del derecho.

De hecho, si se piensa un instante, esto que acabo de decir parece verse confirmado por la opinión ampliamente extendida en España tanto en el debate público como en el jurídico especializado. La espontánea convergencia de opiniones que se ha producido en España entre políticos, jueces y académicos juristas en torno a la aplicación del derecho en el tratamiento de las demandas independentistas es tan excepcional⁵ que puede verse en ella un indicio más de que estamos ante un cierre de filas de marcado perfil nacionalista. Es

5 Son muy pocas las ocasiones en las que se ve a las izquierdas y a las derechas nacionales converger en una democracia de una manera tan decidida y sin fisuras. Esto ocurre, generalmente, en reacción contra lo que se percibe como un peligro o ataque a la nación. Una reacción en la que se dejan de lado, como algo secundario, las diferencias ideológicas entre derechas e izquierdas es una reacción típicamente nacionalista.

decir, la reacción es tan espontánea y masiva (no hablamos de casos aislados, con poco seguimiento en la doctrina) porque es inconsciente.

2. El nacionalismo jurídico produce monstruos, pero no necesariamente (a diferencia del lawfare)

2.1. De la distorsión de la realidad a la contorsión del derecho

Al tratarse de una las ideologías dominantes en nuestra modernidad política, el nacionalismo tiene una extraordinaria capacidad, como todas las otras (sexismo, capitalismo, etc.), para crear sesgos cognitivos en las personas. Estas actúan y piensan por lo general movidas por representaciones y creencias interiorizadas, de tal suerte que, en realidad, actúan y piensan tal y como la sociedad les ha enseñado a hacerlo frente a determinadas situaciones. Pero lo hacen, eso sí, con la firme convicción de estar pensando y actuando de manera autónoma, libre de influencias externas. Esto puede llevar y lleva, es claro, a cometer injusticias contra personas con una posición percibida como inferior según las convenciones sociales (por clase, género, lengua, religión, etc.) sin tener la impresión de estar uno comportándose mal con ellas. Quizás pueda expresarse también en términos de normalización de las injusticias producidas por nuestras sociedades. En la medida en que se encuentran normalizadas, nos costará mucho actuar y pensar fuera de ese marco dominante en el que está bien hacer determinadas cosas, aunque estas tengan efectos negativos sobre otras personas.

Son los numerosos sesgos machistas en nuestras sociedades los que, en la actualidad, quizás mejor ilustren lo que trato de

explicar. Del mismo modo que los hombres entienden (aunque no lo digan explícitamente) que es normal que las mujeres asuman una carga mucho mayor que ellos en todo lo relativo al trabajo doméstico, al cuidado de niños y mayores, se va a poder entender también como normal todo el conjunto de representaciones aprendidas tanto sobre el nacionalismo como sobre la actitud que conviene adoptar frente a él. Unas representaciones que, como ya lo he dicho, son especialmente negativas. El nacionalismo es visto como la guerra, la xenofobia, el irracionalismo, en suma, un verdadero peligro para nuestras sociedades democráticas.

Esta exageración o distorsión de la realidad en relación con los nacionalismos motiva lógicamente reacciones injustas y poco razonables. Es así como, por ejemplo, se van a ver como ataques a la convivencia los usos de los símbolos propios del nacionalismo catalán o vasco, o como adoctrinamiento todas aquellas políticas implementadas por dichos nacionalismos en materia lingüística, educativa o medios de comunicación que nos resulten molestas o que sean contrarias a nuestros intereses. Unas políticas, dicho sea de paso, que seguramente cueste diferenciar de las del Estado español, si bien en este último caso es raro que se aprecie politización de símbolos o adoctrinamiento en la escuela o en los medios de comunicación. Es la vieja historia de la paja en el ojo ajeno y la viga en el propio.

Ahora bien, el caso es que quien se encuentra en esa posición va a tener dificultades para ver la realidad como lo es. También para ofrecer una respuesta proporcionada a los estímulos que en forma de desafío político le lleguen desde el nacionalismo subestatal. Asimismo, para entender lo que de injusto puede haber en ella. Y es que nada puede haber de erróneo o

injusto en aquello que se ha normalizado y percibe como de sentido común en un contexto político determinado. Esto es lo que entiendo que hay en el nacionalismo en el ámbito del derecho.

La comunidad jurídica (gobierno, jueces y profesores) ha intervenido en numerosas ocasiones durante el proceso independentista de una manera muy desatendida en atención a la realidad del desafío político que entonces tuvo que gestionar. Desde la inaudita prohibición de debates parlamentarios hasta el terrible proceso penal por sedición y rebelión contra los líderes independentistas, pasando por la innecesaria reforma del TC (LO 15/2015), la muy sorprendente declaración de inconstitucionalidad de meras resoluciones parlamentarias o la apertura de dudosas operaciones policiales, el nacionalismo jurídico español ha mostrado una imaginación desbordante en su interpretación del derecho. Son tantos los ejemplos que podrían comentarse, y tan poco el espacio del que aquí dispongo, que me limitaré a mencionar brevemente solo la significativa interpretación que se ha hecho del artículo 92 de la Constitución (CE).

Nos interesa aquí un referéndum que es explícitamente calificado como consultivo en el texto constitucional, pero que se ha entendido como no consultivo. Sí, como lo oyen, tal es la extraña tesis que ha defendido la comunidad jurídica española de una manera muy mayoritaria. La disposición normativa de referencia aquí es el artículo 92 CE, que en su primer párrafo dice que «las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos». Una materia que, como se sabe, se encuentra regulada en la Ley Orgánica 2/1980 sobre distintas modalidades de referéndum. En sede jurisprudencial, la resolución de referencia es la 103/2008 del TC,

en la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la ley vasca 9/2008, de 27 de junio, impulsada por el presidente Ibarretxe con objeto de someter a referéndum el acuerdo que las fuerzas políticas vascas alcanzasen sobre el derecho a decidir. Todas las sentencias del TC que vendrán después, ya durante el proceso independentista (o incluso si pensamos en sentencia del *Estatut*, la STC 31/2010), no harán sino confirmar, con matices y ajustes oportunos en atención a los supuestos examinados, el extravagante razonamiento de los magistrados del TC en aquella primera resolución.

En sustancia, la STC 103/2008 defiende que un referéndum consultivo, así como su eventual ley reguladora, tiene por sí mismo capacidad para vulnerar los artículos 1.2, 2 y 168 CE. El artículo 1.2 CE es, como se sabe, el que se refiere al titular de la soberanía, el pueblo español. El artículo 2 CE habla, entre otras cosas, de la indisolubilidad de la nación española. Y el 168 CE regula, como se sabe, el procedimiento agravado de reforma constitucional, que es el que tendría que utilizarse de querer modificarse, entre otros, los artículos 1 y 2 CE.

Pues bien, el TC entiende (FJ 4) que vulneraría dichos artículos una ley vasca en la que se prevé preguntar a los administrados de esa Comunidad Autónoma si desean que «los partidos vascos inicien un proceso de negociación para alcanzar un acuerdo democrático sobre el ejercicio del derecho a decidir del Pueblo vasco», acuerdo que sería luego sometido a referéndum consultivo, para acto seguido –ha de entenderse– iniciar, si acaso, las oportunas negociaciones políticas con el Gobierno español al respecto. El TC pretende que la ley impugnada estaría creando en derecho español un nuevo sujeto político soberano (el vasco) al lado del único constitucionalmente reconocido. Eso afectaría al mismo

tiempo al artículo 1 y al 2 CE: «La cuestión que ha querido someterse a consulta de los ciudadanos de la Comunidad Autónoma del País Vasco afecta (art. 2 CE) al fundamento del orden constitucional vigente (*en la medida en que supone la reconsideración de la identidad y unidad del sujeto soberano* o, cuando menos, de la relación que únicamente la voluntad de éste puede establecer entre el Estado y las Comunidades Autónomas)» (FJ 4; cursivas añadidas por el autor). Y como todo ello estaría afectando a, es decir, contradiciendo y modificando lo dispuesto en los dos primeros artículos de la CE, también se estaría vulnerando el artículo 168 CE, única vía constitucional prevista para cambiar lo que en ellos se dispone.

Por añadidura, el TC entiende que no es solo que la ley sea inconstitucional por las razones materiales mencionadas (también por motivos competenciales y procedimentales, pero los dejo de lado aquí por su menor relevancia en el debate jurídico posterior⁶), sino que lo que se pretende en el fondo con ella (organizar un referéndum consultivo sobre el derecho a decidir de los vascos) solo puede hacerse en el marco del proceso de reforma constitucional del artículo 168 CE, pues al tratarse de «cuestiones fundamentales resueltas en el proceso constituyente», quedarían «sustraídas a la decisión de los poderes constituidos» (FJ 4).

La imaginación jurídica que muestra en este caso el TC es digna de ser subrayada. Lo que dice sobre las vulneraciones materiales de la ley o de un eventual referéndum consultivo sobre el objeto planteado no tiene el menor fundamento en derecho. No hay materialmente (ni formalmente,

es claro) manera alguna de que una ley como la examinada tuviera las consecuencias que los magistrados constitucionales derivaron de ella. Ni creaba jurídicamente un nuevo sujeto soberano (vasco), capaz, si tal fuese el caso, de romper directamente con el orden jurídico español, ni es razonable pensar que el objeto de la ley (sobre hechos futuros: negociar un acuerdo político entre los partidos vascos, que luego someter a referéndum consultivo, y luego, si acaso, iniciar negociaciones con el Gobierno español, pudiendo este último simple y llanamente negarse a ello) pudiese afectar a la indivisibilidad de la nación en el momento en que la ley examinó. Solo con muchísima imaginación (pero muchísima) puede pretenderse lo contrario. Y si esto no es posible en derecho, entonces tampoco tiene sentido lo que dice el TC sobre el procedimiento de reforma de constitucional. Básicamente porque esa ley vasca (como el referéndum consultivo, si se hubiese celebrado) no podía modificar nada de lo que se dice en la CE. Al menos no esos dos primeros artículos en los que fundamenta el TC la inconstitucionalidad material de la ley.

Lo disparatado de la argumentación se percibe quizás mejor si se lleva el razonamiento del TC hasta sus últimas consecuencias. Y es que, como el TC lo defiende, si no se puede organizar un referéndum consultivo sobre aspectos fundamentales ya resueltos por el Poder Constituyente, entonces eso significaría que el artículo 92 CE no puede utilizarse en la práctica. En efecto, si se entiende como fundamental todo aquello que el Poder Constituyente ha querido poner en la CE (de otro modo, se puede suponer que no lo habría puesto en ella), entonces ese artículo 92 se habría puesto allí para nada. Es más, si sigue esa lógica tan extraña, se ha de entender que ningún gobierno podría organizar ya

6 El argumento fuerte, aquel que cierra cualquier posibilidad de organizar un referéndum consultivo sobre la independencia es el material arriba mencionado, no el competencial.

un referéndum consultivo sobre cualquier cuestión que afecte a alguna de las disposiciones constitucionales. Un razonamiento tanto más absurdo cuanto que estamos hablando en todo momento de un referéndum consultivo, es decir sin efectos jurídicos y, por lo tanto, sin capacidad para penetrar en el orden constitucional español y modificar alguna de las normas que sí pertenecen a él. Estamos ante una auténtica monstruosidad en derecho.

2.2. *El nacionalismo jurídico no es incompatible con la democracia*

Esta es una diferencia también importante con el *lawfare*. Todo lo que este hace representa un choque frontal con los intereses y valores de una democracia. El nacionalismo jurídico, en cambio, puede adoptar modos de expresión compatibles con los intereses y valores de una sociedad democrática. No solo compatibles con ellos, sino, de hecho, que incluso los refuercen y defiendan eficazmente.

Como lo hemos visto en la sección anterior, es cierto que el nacionalismo puede generar auténticos monstruos jurídicos en la defensa que hace de los intereses nacionales. Pero no tiene necesariamente por qué ser así. Se puede defender la nación por medio del derecho haciendo un uso interesado de él sin necesidad de sacar enormes conejos de la chistera. Aunque también es cierto que esto requiere, sin duda, una mejor comprensión del problema que se ha de gestionar o resolver. Lo que podría verse quizás como el interés nacional bien entendido, esto es, una vez analizadas con la debida atención y sobriedad las diferentes opciones existentes. El caso del Reino Unido con Escocia es un muy buen ejemplo al respecto.

Visto desde España, y usando los argumentos desplegados en el debate español,

cualquiera podría pensar que al Reino Unido no le importa lo más mínimo la unidad nacional o territorial del Estado, pues ha aceptado jugársela a cara o cruz en un referéndum en Escocia. Supongo que hay incluso quien podría decir que allí no hay realmente nación ni nacionalismo británico, lo cual explicaría quizás la «ligereza» con la que –visto desde nuestro país– se habría tratado el asunto. En realidad, ni lo uno ni lo otro tienen mucho sentido. El interés británico por su unidad nacional es incuestionable, como también lo es la existencia allí de un robusto nacionalismo. Piénsese, por lo demás, que ha sido ese nacionalismo (tal ha sido la explicación que se ha dado por doquier) el que llevó al *Brexit* unos pocos años más tarde. No puede ser, por lo tanto, que el nacionalismo británico esté ahí en un caso (*Brexit*) y no en el otro (Escocia) en un espacio de tiempo tan corto. Como tampoco parece razonable pensar que la gestión de uno y otro problema se hiciera sin tener en cuenta el interés de la nación británica.

Si en el caso español este ha pasado y pasa, lógicamente, por mantener intacto su territorio, y evitar por lo tanto la independencia de Cataluña, puede pensarse que el nacionalismo jurídico tenía en nuestro país las mismas razones que en el Reino Unido para habilitar la vía referendaria, pues se trata de una vía en la que los independentistas suelen fracasar en las democracias liberales. Es en cualquier caso lo que muestra la experiencia política comparada y suelen recordar los expertos del tema. Por ello, un nacionalista español bien informado no tendría por qué aceptar un referéndum por *fair play* democrático (o solo por eso), o porque digamos que eso es lo que se supone que se ha de hacer en una democracia. No, independientemente de lo que piense al respecto, un nacionalista español tendría serias razones

de ver en el referéndum el mejor instrumento para derrotar al independentismo. Primero, porque este tendría muy pocas opciones reales de victoria si el Estado juega sus cartas de manera sobria. Segundo, porque una derrota democrática, decidida por el propio pueblo que el nacionalismo independentista percibe como su nación, podría ser la definitiva, aquella que cierre el paso en el futuro a nuevos proyectos secesionistas y acabe garantizando que la unidad nacional no vuelva a ser amenaza en mucho tiempo.

Supongo que en este punto alguien podría objetar que todo eso está muy bien sobre el papel, pero que, en España, como ya se ha visto, el derecho positivo prohíbe la mencionada vía referendaria, a diferencia del Reino Unido. Por ello, la única opción sería la reforma constitucional. Ante tal objeción, nuestro nacionalista jurídico bien informado, respondería que eso no es cierto. Mejor dicho, que no tiene por qué serlo. Podría recurrir a un artículo de la CE que, de manera muy significativa, no se ha visto por ninguna parte en el debate jurídico español sobre el eventual encaje de la independencia de Cataluña en nuestro derecho constitucional. Es el artículo 94 CE, concretamente en el punto 1c), en que se refiere a la potestad que tiene el Estado para, por medio de una ley aprobada por mayoría simple en el Parlamento, ceder una parte del territorio nacional a otro Estado. Sí, un artículo que convive en la CE con el ya citado relativo a la unidad indisoluble de la nación (art. 2). Una unidad que, visto lo visto, no debe de ser tan indisoluble cuando la CE prevé la posibilidad de que pueda actuarse contra ella.

A quien quisiera objetar a nuestro nacionalista jurídico bien informado que ese artículo se refiere a las cesiones territoriales a otros Estados, y no a la independencia de una parte del territorio nacional, se le

podría invitar a examinar la experiencia francesa en este tema (que nadie ha mencionado en el debate, de nuevo de manera muy significativa). Y es que la Constitución francesa (CF) tiene un artículo prácticamente idéntico al 94 CE (el 53 CF), que contradice también otro muy parecido al artículo 2 CE (el 1 CF), y que a pesar de ello se usó para regular en derecho constitucional francés la independencia de las Islas Comores en 1975, todo ello en violación del derecho internacional, dicho sea de paso⁷. Y se pudo hacer porque el Tribunal Constitucional francés, entre otras cosas, entendió que el artículo 53 CF podía interpretarse como aplicable también a aquellos «casos en que un territorio dejaría de pertenecer a la República para constituir un Estado independiente o unirse a uno ya existente»⁸.

Si llegados a este punto se le replicara a nuestro nacionalista jurídico español bien informado que esa es una interpretación del derecho demasiado forzada o imaginativa, podría este invitar a su contradictor a pensárselo antes dos veces y a explicarle (y explicarnos) después si una interpretación como la propuesta puede ser comparada con los disparates jurídicos utilizados como base argumental del nacionalismo jurídico español para prohibir el uso del artículo 92 CE. Sí, evidentemente estamos hablando de interpretación en ambos casos, pero nuestro nacionalista jurídico bien informado estaría interpretando las normas de una manera más sobria y coherente con la propia lógica del derecho. Es, en el fondo, la actitud que habría podido llevar a entender

7 Lo apunto únicamente para que no se me diga que ese caso no es pertinente al ser una independencia prevista y regulada por el derecho internacional. La regulación de ese caso fue de derecho constitucional francés y, por añadidura, violando el derecho internacional.

8 Sentencia nº 75-59, de 30 de diciembre de 1975, caso Comores.

que un referéndum consultivo sobre la independencia no plantea el menor problema jurídico (político puede que sí, pero ya nos salimos del debate que interesa en derecho) y, después, si el resultado fuese favorable a la independencia, podrían los responsables políticos abrir, si así lo desearan, las oportunas negociaciones para, llegado el caso, aprobar una ley en el Parlamento por la que se reconociese la independencia de Cataluña. Todo ello sin reforma constitucional, que, por cierto, tampoco hubo en Francia, por más que el art. 53 CF se aplicara «en violación» del art. 1 CF.

Naturalmente, nuestro nacionalista jurídico español bien informado no desea llegar a esa situación, pues su interés, como queda dicho, es vencer al independentismo catalán. Basta con comparar la gestión británica y española de las demandas secesionistas escocesa y catalana, la rapidez con la que allá se resolvió, así como la madurez y serenidad del debate allí desplegado, y los destrozos provocados en España por la estrategia adoptada por el nacionalismo jurídico español en la gestión de un proceso que se inicia en 2012 y sigue afectando al sistema español en 2024, basta –decía– con comparar ambos

casos para entender que el interés bien entendido de la nación española podía pasar por interpretar el derecho positivo de una manera diferente.

Conclusión

En este texto he tratado de explicar brevemente las diferencias entre el *lawfare* y el nacionalismo jurídico. Aunque compartan cosas y en ocasiones pueda ser incluso difícil distinguirlos (pues el salto consciente del nacionalismo jurídico al *lawfare* no se puede descartar), pueden verse como dos actitudes diferentes en el uso que se hace del derecho y creo que conviene distinguirlas. Como lo he dicho, una sociedad democrática no tiene nada positivo que sacar del *lawfare*. Todo en él es contrario a sus valores e intereses. Caso diferente es el del nacionalismo jurídico. Aunque este pueda también cometer graves destrozos en un Estado de Derecho, como se ha visto en España durante la década pasada, hay sin embargo razones para pensar que puede actuar de manera razonable y ajustada a un derecho democrático. No faltan en nuestra modernidad política los ejemplos que lo confirman.

Garantías contra el *lawfare*

Miguel PASQUAU LIAÑO

1. El *lawfare* como sospecha y el principio de desconfianza

Las palabras son importantes porque al ponerle nombre a las cosas las aíslan, les dan sustantividad y articulan el pensamiento. Por eso hay que elegir las bien, y despreciar las que ocupan indebidamente el lugar que correspondería a otra más exacta o más idónea para ordenar las ideas. Hace unos meses muy pocos españoles podrían explicar qué significa *lawfare*. Ahora forma parte del vocabulario de los debates y conversaciones políticas usuales, aunque ni siquiera sepamos pronunciarla bien. Tampoco está claro que sepamos utilizarla.

Guerra judicial, utilización de las competencias judiciales para provocar consecuencias políticas, aplicación forzada del Derecho dentro de una estrategia, individual o no tanto, dirigida a generar titulares o a nutrir discursos políticos, Partido Judicial. Jueces militantes sin carnet de una facción política, que se prestan a ser piezas ejecutoras o cómplices de estrategias establecidas en círculos no judiciales...

¿Hay *lawfare* en España?

Formulada así, no es una buena pregunta. Contestar sí o no es como creer o no creer en la reencarnación. Podríamos discutir hasta el infinito y cada cual conservar intacta su convicción de origen, porque no hay un sistema objetivo de verificación de las conclusiones. Más bien se trata de

un campo proclive a opiniones sesgadas, y estaría bien reconocerlo: se tiende a considerar un lacayo político a cualquier juez que toma una decisión que políticamente no nos conviene, o que conviene a otros. Eso forma parte del discurso político y mediático de un país polarizado, cuyos vientos no respetan últimamente ningún refugio. En ese discurso, por supuesto, el *lawfare* está siempre del otro lado: el juez que decide lo que nos conviene, está aplicando la ley y es un garante del estado de derecho; el que nos genera un problema político, actúa con fines políticos, cuando no en clave de militancia. Es muy difícil, en fin, rebatir con argumentos contundentes la tesis de que en determinadas esferas judiciales y fiscales hay alineamientos estratégicos con líneas políticas que se traducen en resoluciones sospechosas; pero también es cierto que, si así fuera, resultaría difícil demostrarlo, porque la voluntad política sabría camuflarse con ingeniería jurídica.

Por eso creo que, mejor que preguntarnos si hay *lawfare* en España, deberíamos pensar en si tenemos recursos aptos para impedirlo o para minimizar sus posibles efectos. Y la premisa obligada, si queremos plantearnos el problema en serio, es que *por supuesto* en España, como en cualquier otro país del mundo, son posibles episodios de *lawfare*. No voy a aludir a episodios concretos, porque hay demasiado cascabel para pocos gatos, y dema-

siados gatos para pocos cascabeles. Pero reparemos en que el “no puede haberlo porque los jueces son imparciales y se limitan a aplicar la ley” es, como petición de principio que intenta zanjar el debate, una afirmación ilusa (si la dice un ciudadano) o corporativista (si la dicen los jueces). Sobre todo, es una afirmación que renuncia a la sospecha, y eso es contrario a nuestro sistema. Porque nuestro sistema, sin duda garantista, *obliga* a la sospecha, es decir, parte de la premisa “pesimista” de que puede haber desviaciones, malas prácticas, abusos y perversión política de las instituciones. Obliga a no despreciar por principio sospechas de malas prácticas policiales, empresariales, administrativas, políticas y, naturalmente, también judiciales. De ahí las garantías. Las garantías son un dique “a lo bruto”, cargado de razonable sospecha frente a la eventualidad de atropellos ilícitos difíciles de detectar caso por caso: en vez de medir cada ola, ponemos un dique a determinada altura, porque no es en absoluto imposible que llegue una ola infame. Sin la sospecha, nos quedamos sin defensa frente al abuso. La salud es el resultado virtuoso, y nunca definitivo, de una meticulosa batalla contra las posibles enfermedades.

Insisto en esta idea. A mí me producen un gran desapego los comunicados de asociaciones judiciales, o del propio CGPJ, cuando califican de “inadmisible” que no se confíe en el buen hacer y en la independencia o imparcialidad del poder judicial. Eso es ideología corporativa. Entiendo que se reaccione ante campañas de desprestigio de un juez concreto y se haga pedagogía sobre la información de noticias de tribunales, pero ¿por qué no va a poder dudarse, incluso desde la política, de la rectitud de los jueces? Si un diputado piensa, con razón o sin ella, que hay alguna mala praxis o una desviación

ideológica en la aplicación de determinadas normas, ¿tiene que callarse? ¿Por qué se puede dudar del sentido institucional de un ministro, o de un grupo parlamentario, o del Tribunal Constitucional, y no puede dudarse de los jueces o de algunos jueces? ¿Por qué es pecado aludir a la posibilidad de algún episodio de *lawfare*, y justo a continuación puede decirse, por ejemplo, que el Tribunal Constitucional “hará lo que convenga al gobierno de turno” (lo que no sería sino una manifestación de *lawfare*)? Ah, claro, porque el Tribunal Constitucional no es poder judicial... Pero ¿hay alguna razón ontológica que justifique una barra libre en la crítica a la imparcialidad del Tribunal Constitucional y en cambio permita calificar de deslealtad inadmisibles una sospecha de *lawfare* de un Juez de instrucción, de una Audiencia (Provincial o Nacional) o del Tribunal Supremo? Si el poder judicial es un poder, nada mejor que admitir un punto de desconfianza, en vez de escribir cien veces, sin torcerse, la frase “los jueces son lo único que puede salvar a este país”. Sin duda alguna, sin jueces, es decir, sin sistema judicial, no hay ciudadanía posible, ni democracia, ni Estado de derecho; pero que nadie se vea obligado a dar por segura nuestra absoluta imparcialidad imaculada. No somos incompatibles con toda corrupción, *lawfare* o desviación de poder. Es mejor no poner la mano por ningún poder. Tampoco por el Judicial.

Ahondemos en esto. Si queremos hablar del riesgo de *lawfare* y de cómo afrontarlo, conviene identificar dónde (permítanme que me refiera a un dónde abstracto) podría producirse sin que saltasen las alarmas. Y ese dónde no es en cada juez en singular, sino en círculos judiciales bien arropados por un entorno proclive que provoca inercias difíciles de detectar.

2. Ideología personal y decisión judicial. La experiencia del *uso alternativo del Derecho*

Así es, en mi opinión. El riesgo de *lawfare* no está, propiamente, en la actitud iluminada de un juez concreto que interpreta ideológicamente el Derecho. De entrada, la posibilidad de un condicionamiento ideológico del juez al decidir forma parte de lo que podemos llamar la normalidad de la función interpretativa: dentro del margen que admiten las técnicas interpretativas y la necesaria flexibilidad de la norma jurídica, el modo de pensar, incluso la carga ideológica del juez, pueden influir en la decisión. Los sesgos ideológicos se cruzan en la deliberación de tribunales colegiados y también a través del sistema de recursos, y no es impensable que el azar de esos cruces condicione en algunos casos cuál sea la sentencia final que dispensa el sistema. Quizás no para la gran mayoría de asuntos, pero sí para aquellos que pudiéramos denominar “sensibles” desde el punto de vista ideológico. Nada de escandaloso hay en esto, ni siquiera en un escenario en que una determinada ideología sea mayoritaria dentro del cuerpo judicial. Y no lo es porque en la generalidad de los casos la “pura ideología” tiene poco recorrido en los tribunales. Un buen argumento jurídico deshace los voluntaristas intentos ideológicos: esta es una última garantía del estado de derecho, y a ello me referiré más tarde.

El juez no ha de despojarse de su ideología ni siquiera al vestir la toga, entre otras cosas porque sería un empeño inalcanzable. Lo que sí ha de procurar es hacerse consciente de su sesgo ideológico para embridarlo. Y embridarlo significa reservarlo para cuando no hay un argumento (jurídico) mejor que el que apoyaría la solución ideológicamente deseada. La habilidad argumentativa del juez ideolo-

gizado puede recorrer un tramo, puede vestir de Derecho un motivo voluntarista, pero frente a esto, en un entorno no ya de imparcialidad, sino de independencia judicial, no hay más remedio que los recursos. Sostengo que el sistema no sufre demasiado con la existencia de sesgos individuales, porque el camino de la decisión judicial es largo, está lleno de contrapesos, y aunque no siempre propicie la solución óptima o absolutamente neutral, en conjunto el impacto es tenue, en términos globales.

La neutralidad o imparcialidad consiste en no salir deliberadamente del marco jurídico de la decisión, es decir, en la prohibición de sustituir el Derecho por la ideología. Sobre esta cuestión contamos con una larga experiencia teórica que se formó, en clave defensiva, como reacción al denominado *uso alternativo del Derecho*, una corriente doctrinal italiana de los años 70 del siglo pasado, de marca marxista, que propugnaba una intensa militancia de los jueces en favor de determinados “bienes” que en realidad se identificaban con postulados de izquierdas y que en sí mismos resultaban antagónicos con la superestructura de un Derecho concebido para preservar privilegios o desigualdades estructurales. La única manera de avanzar hacia la igualdad efectiva sería, según aquella corriente doctrinal, que los jueces remasen contra corriente como partícipes de un esfuerzo de Estado por superar las inercias impuestas por el modo de ser del propio Derecho estatal. Es decir, que, sin transgredir de manera frontal la ley, hicieran política en los tribunales.

El amago de fundamento constitucional de esta doctrina fue ingenioso, atractivo, pero francamente frágil, por no decir peligroso: se proclamaba que la Constitución misma encomendaba a todos los poderes, y *por tanto también al judicial*, una

función militante de transformación social que habría de provocar interpretaciones alternativas de la ley capaces de superar las estructuras generadoras de injusticia social. El “modo tradicional” de producirse (y aplicarse) el Derecho era un factor de consolidación de desigualdades o desequilibrios sociales, y la función constitucional del juez habría de ser la demolición de las barreras que defienden el *statu quo*, *per se* inconstitucional, para lo que no habría más camino que introducir como criterio interpretativo principal el del favorecimiento de la justicia social, entendida al modo en que lo entendiera el juez convencido. Dicho de otro modo, sea cual fuere la finalidad de la norma, el juez estaría constitucionalmente obligado a considerar que su principal finalidad es el levantamiento de obstáculos para la igualdad real y efectiva, lo que le facultaría para decisiones basadas en una argumentación alternativa a la normal aplicación de las leyes.

Esta doctrina tropezó con la insalvable objeción de que la política, en un Estado democrático, es tarea asignada al poder legislativo, que es el principalmente dotado de legitimidad democrática. Es decir, el principio de legalidad como exigencia democrática. La introducción de motivaciones puramente políticas, extrañas a la razón de ser de cada norma concreta, supondría una desviación del papel asignado al poder judicial en las constituciones democráticas, que no es sino el de asegurar el cumplimiento de la voluntad popular (la ley), sin definirla. La política, es decir, la elección entre varias opciones posibles para alcanzar intereses generales, la define el legislador (elegido por el pueblo) y la garantiza el juez.

La doctrina del *uso alternativo del Derecho*, formulada inicialmente con fuerza e importada en España con algunas aportaciones de fuste, acabó pronto siendo

recesiva, gracias a un argumento difícil de rebatir: si se admite la militancia política del juez (de izquierdas, digamos, para simplificar) en aras de la consecución de objetivos que éste considera mejores que sus contrarios, ¿con qué razones podría objetarse a un *uso alternativo del Derecho de derechas*? ¿Con qué argumentos enfrentarse a interpretaciones torcidas del Derecho en sentido contrario?

No sobra reparar en que la doctrina del uso alternativo del Derecho se fraguó y extendió en contextos en los que la izquierda carecía de poder institucional, y que su vigor decayó cuando se normalizó la presencia de partidos socialdemócratas en los gobiernos europeos apoyados por mayorías parlamentarias de dicho signo. En particular, si en la judicatura se aprecia una tendencia ideológica más conservadora que la de la media social, la izquierda más bien recela de los márgenes interpretativos confiados a los jueces, por el temor a que la lectura judicial de las normas acabe sesgada hacia planteamientos que neutralicen o mengüen la eficacia pretendida por nuevas leyes en las que se concreten políticas que colisionen con premisas culturales o ideológicas más conservadoras.

Esta es la cuestión: los peligros del “uso alternativo del Derecho”, es decir, de la instrumentalización del Derecho al servicio de fines políticos, se perciben mejor si se imagina esa herramienta en manos de un juez que piense radicalmente distinto a como uno piensa; pero si no vale para los otros estirar la ley hasta romperla, tampoco puede valer para “los nuestros”: ese es el principal fundamento del principio de legalidad.

El periplo de la doctrina del uso alternativo del Derecho acaso sirvió en su tiempo para prevenir contra las inercias dogmáticas tradicionales del Derecho y denunciar como falso el dogma de la asepsia y

neutralidad del Derecho codificado como obra científica y racional. Pero, paradójicamente, finalmente ha servido para afianzar aquello que parecía combatir: el principio de legalidad, como defensa frente al judicialismo de los otros. Lo relevante, en fin, en términos de “salud del sistema”, no está en cuál sea el sesgo ideológico de unos y otros jueces, sino en la capacidad de controlar ese sesgo y en los modos (interpretativos o simplemente voluntaristas) empleados por cada uno para obtener la solución deseada: sí, los hay que lo hacen de manera burda y autocomplaciente y otros que se ciñen al margen de decisión que el asunto deje en sus manos y se preocupan de que la decisión sea defendible jurídicamente. Los hay que incluso enfatizan el sesgo porque acaso busquen aplauso en su entorno social (en el entorno al que les interesa agradar) y conciben su decisión como un “golpe de autoridad” y los hay que se autolimitan, conscientes de cuál es su función exacta para la que sí están revestidos de autoridad. El problema no es que los jueces tengan ideología, sino si se es o no capaz, y cuánto, de embridarla en razones jurídicas honestas y cabales. El límite no está en el sesgo ideológico, sino en la militancia. Y no digamos si la militancia no va referida a una manera de pensar, sino a un partido político o a una preferencia dentro de una coyuntura puramente política.

3. Entornos ideológicos en la judicatura y arropamiento corporativo de malas prácticas

Pero más allá del riesgo de versos sueltos (jueces que hacen de su juzgado un púlpito o una sala de operaciones, jueces iluminados que quieren salvar los principios frente a un legislador que consideran fraudulento o espurio, etcétera), está el riesgo

de un arropamiento de prácticas de *lawfare* por estados de opinión mayoritarios o hegemónicos que invisibilizan el deterioro del principio democrático de legalidad con actitudes de “resistencia” al legislador, es decir, a la política expresada en forma de leyes. Este es el riesgo que a mí me preocupa. El de jueces singulares es anecdótico y, generalmente, los recursos, la deliberación en los órganos colegiados y, en último extremo, el delito de prevaricación, aíslan, enquistan y “expulsan” el voluntarismo político judicial. Sin embargo, las corrientes, los estados de opinión y los entornos en que se mueven los jueces en un contexto tan polarizado como el que sufrimos son una amenaza mayor, por imperceptible desde dentro.

Como suele ocurrir, esto lo entenderíamos mejor si pensamos no en nosotros ni en España, sino en un país lejano e imaginario. Por ejemplo, en *Sildavia*, donde, como dice la canción, *no hay desierto ni falsa pasión*.

Si habláramos de *Sildavia*, no nos dolería apreciar y concluir que su cúpula judicial acaso tiende a interpretar y aplicar la ley, en determinados conflictos típicos, a favor de un grupo social, de una etnia mayoritaria, o de unos intereses hegemónicos. Incluso sabríamos identificar la existencia de “grupos objetivamente identificados” (por utilizar la terminología del TJUE) o minorías especialmente expuestas a discriminación, también en el ámbito judicial. Es seguro que el organismo representativo del poder judicial en *Sildavia* proclamaría a diestro y siniestro que los jueces se limitan a aplicar la ley, en su función de custodios del estado de derecho, y probablemente lo haría con convicción sincera, porque los sesgos, también los colectivos, sólo se ven desde fuera. No estoy diciendo que esto esté ocurriendo en España, sino algo más inquietante: que si ocurriese, es decir, si

hubiera algún tipo de conflictos en los que la balanza estuviese desequilibrada, sería difícil de detectar, y más difícil aún de objetivar. Esta es mi preocupación. La apodíctica afirmación de que el *lawfare* es intrínsecamente inviable en un Estado como el nuestro no añade nada al silencio: valdría para cualquier Sildavia y por tanto no sirve.

Me llama la atención que en determinados círculos, particularmente en círculos judiciales, se invoque con tanto énfasis que la Justicia está politizada, o en riesgo de estarlo, porque la cúpula judicial es permeable a la influencia política (a través del cauce del modo de designación de los vocales del CGPJ, órgano encargado de los nombramientos judiciales discrecionales) y que, a renglón seguido, en esos mismos círculos, se regañe a quien sospeche que algunas decisiones judiciales están teñidas de intencionalidad política. ¿En qué quedamos? Encuentro ahí una severa contradicción. No vale decir que por su modo de elección el Consejo, y a través de él la Justicia, están politizados, y a continuación asegurar que la Justicia es, por definición, inmaculada e impermeable. Si es cierto que el modo de designación de los vocales plantea problemas de independencia judicial, entonces, por pura coherencia, habríamos de concluir que hoy, no mañana, hay una deficiencia estructural que convierte en legítima la sospecha sobre la parcialidad política de algunas decisiones judiciales en determinados asuntos. A menos que sólo se considere política lo que quieren hacer “los otros”.

Dicho de otro modo: si es tan importante para preservar la autonomía del poder judicial y protegerlo de la politización que los vocales no sean elegidos por las Cortes, entonces tendríamos que reconocer que hoy día la cúpula judicial acaso pudiera estar marcada por algún sesgo invisible, derivado de la mayoría parlamentaria

que haya permeabilizado al CGPJ. No vale, en definitiva, decir que hay riesgo de politización de la Justicia (porque los políticos influyen en ella), y a continuación proclamar que no hay riesgo de politización de la Justicia (porque los jueces son independientes e imparciales). Lo repito: igual que tenemos la obligación de no descartar la posibilidad de una desviación de poder en el ejecutivo, también es forzoso partir de la premisa de que dentro del poder judicial podrían anidar prácticas espurias. No, naturalmente, para depurarlas desde el legislativo mediante comisiones parlamentarias con facultad sancionadora (los legisladores no pueden juzgar a los jueces, sólo pueden modificar las leyes), pero sí para dar espacio a un discurso necesariamente crítico, también dentro del mundo de los jueces y fiscales.

Hay algo en nuestro sistema jurídico que sí incrementa eficazmente las garantías contra el riesgo de un *lawfare* internamente hegemónico. Se trata de la incorporación de dinámicas judiciales supranacionales que “alejan” la decisión judicial del corral propio. Me refiero fundamentalmente al TJUE y al TEDH, cuya jurisprudencia forma parte de nuestro sistema tanto como, o en mayor rango que, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional y nuestro Tribunal Supremo. El TEDH y el TJUE son también “nuestros”, porque, por un acto de soberanía, nos hemos sometido a su jurisdicción y la conformamos en concurrencia con otros países. Y ello introduce un factor de lejanía que constituye el mejor antídoto contra los imperceptibles riesgos de nuestros discursos hegemónicos nacionales. Así es para Francia, Holanda, Polonia o España: la autoridad del TJUE y del TEDH es una marca de calidad de nuestro sistema judicial, porque elevan la última palabra más allá de la atmósfera nacional. Esto no significa en absoluto que sus

jueces sean mejores que los de nuestros órganos judiciales, ni que las sentencias de esos tribunales supranacionales sean mejores que las de los órganos judiciales estatales. No caigamos en complejos de inferioridad, que son semilla de supremacismo ofendido. Se trata simplemente de un saludable reconocimiento de que hay conflictos que conviene que sean resueltos o supervisados en un nivel supraestatal, en particular cuando los derechos fundamentales entren en liza como obstáculos a decisiones mayoritarias y hegemónicas. Esta es una de las principales diferencias entre España y nuestra imaginaria Sildavia. Si el *lawfare*, en caso de existir, se percibe mejor desde lejos, entonces nosotros tenemos más garantías que Sildavia contra el *lawfare*. No porque nuestros jueces sean, por naturaleza, más íntegros, sino porque no estamos solos. Toda una Sala del Tribunal Supremo y todo un Tribunal Constitucional saben que sus sentencias pueden llegar a ser escrutadas por una instancia superior, y esto impone una disciplina.

4. El deterioro del Tribunal Constitucional como garante contra un poder judicial ideologizado

Pero hablemos de la tragedia del deterioro del Tribunal Constitucional.

La Constitución ofrece un remedio claro y nítido contra las eventuales desviaciones judiciales. En el sistema de equilibrios entre poderes, no deja al judicial sin control, porque el constituyente no ignoró el riesgo eventual de un poder judicial en rebeldía y dueño de la última palabra. Para eso está el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, una vez que la Justicia ha dado su respuesta mediante una sentencia firme.

El Tribunal Constitucional no forma parte del Poder Judicial. Es un órgano ju-

rídico-político que está por encima de los tres poderes. Los actos políticos del gobierno, las leyes y las sentencias firmes pueden ser revisadas, desde parámetros de constitucionalidad, por este órgano. Es el punto de sutura del sistema, su última garantía, dispuesta para evitar una involución o una subversión institucional. Suya es la última palabra, para que los poderes constituidos sólo tengan la penúltima.

Tan trascendental función de blindaje del pacto constitucional explica el cuidado puesto en el diseño para la selección de sus componentes: los magistrados del Constitucional son juristas de reconocida competencia y con un mínimo de quince años de ejercicio profesional, elegidos por órganos políticos plurales (Congreso, Senado, Gobierno, Consejo General del Poder Judicial) mediante un sistema de turnos y por amplio consenso, a fin de garantizar por un lado la excelencia y por otro el pluralismo ideológico. Este diseño persigue dotarle de una continuidad que trascienda a las mayorías coyunturales de cada Legislatura, para así evitar su colonización partidista. El modelo es inequívoco: busca a cualificados juristas que susciten consenso, o al menos que no susciten rechazo de ninguna parte significativa del espectro político, porque serán los encargados de supervisar, desde arriba, en defensa de la Constitución, a los tres poderes.

Pero ya sabemos lo que ocurre cuando el consenso se acaba convirtiendo en un pacto entre baronías para el reparto. Es imposible negar que también el Tribunal Constitucional ha sido alcanzado por la lógica de las cuotas partidistas, que muy poco tienen que ver con el consenso. El consenso previsto en el texto constitucional va referido a cada candidato y no a un *pack* de candidatos resultante de una negociación entre quienes suman mayoría para alcanzar el quorum para designar

a los magistrados. Un *pack* que además puede incluir, como fruto de la misma negociación, a los componentes de otras instituciones (como CGPJ, Tribunal de Cuentas, y otros organismos). Es decir, un puro y duro reparto de poder institucional. El reparto, ciertamente, preserva una dosis de pluralismo *binario* (conservadores y progresistas, por utilizar la tan manida clasificación), pero no libra al Tribunal Constitucional de la lucha partidista por el poder. Al contrario, lo acaba convirtiendo en una pieza más del tablero político. Y esto es un serio problema, porque supone el deterioro de la principal garantía del sistema en su conjunto.

La desconfianza en el Tribunal Constitucional no es principalmente culpa de los periodistas. Es de los dos partidos políticos que han subvertido el diseño de nombramiento de sus magistrados procurándose una influencia repartida y anteponiendo el precio de sus intereses al valor de la institución. El resultado es que sus decisiones, en particular cada vez que hay voto alineado entre sus miembros, son percibidas por los ciudadanos como una decisión de parte, es decir, no tanto del tribunal como de una mayoría del mismo, identificable con un partido. Sin duda sus sentencias son legítimas, porque no hay ruptura legal, la composición del tribunal se conforma con arreglo al procedimiento establecido, y por ello sus mandatos han de respetarse. Pero la función de control que tiene atribuida el órgano se invierte: controla, pero está expuesto a control. No es sólo una cuestión de imagen, pero la imagen es un problema, porque la autoridad institucional requiere prestigio y confianza, para no quedar reducida a un simple mecanismo.

Sé que estas palabras suenan amargas, pero es que, así como creo que puede convivirse, aunque sea a duras penas, con la enfermedad de un CGPJ hecho trizas, un

descrédito generalizado del Tribunal Constitucional amenazaría seriamente la salud del sistema y minaría la resistencia de las garantías. Con un Tribunal Constitucional así, insertado en las luchas de poder, más que una garantía de control del *lawfare* lo que hay es, apenas, una prolongación o extensión del recorrido que las prácticas de *lawfare* tienen que transitar hasta alcanzar sus objetivos. Algo es algo, porque al menos se multiplican las posibilidades de neutralización recíproca, pero sería triste conformarse con esto.

El problema no es la calidad individual de los magistrados y magistradas que han integrado el Tribunal Constitucional desde su fundación. No son ellos el problema. No me cuesta decir que tengo la convicción de que preservan su independencia y deciden en un contexto (la deliberación del tribunal) funcionalmente autónomo, sin esperar indicaciones externas. Pero sí es notorio que desde hace tiempo uno de los criterios que determinan que hayan sido propuestos es la predictibilidad de sus posicionamientos ideológicos: como “los otros” (los que propone el otro partido) van a ir en bloque, “los nuestros” también han de sindicarse el voto. Raros son, aunque por fortuna los ha habido, los que sorprenden en asuntos de alta trascendencia política. Y lo trágico es que no hay indicios de que esta lógica vaya a revertirse.

Las instituciones pueden pudrirse. Hay experiencias históricas que convierten este temor en una evidencia. El descrédito produce desapego ciudadano, y éste puede ser aprovechado de manera oportunista por movimientos políticos emergentes que se alimentan de los detritus del sistema. No creo exagerar si digo que este es uno de los principales problemas de las democracias liberales en este siglo. Si los ciudadanos perciben las instituciones como artefactos sumergidos en lo que

despectivamente llaman “la política”, tenemos un problema de legitimación, y lo hegemónico puede desplazarse hacia el magma informe del populismo. Es decir, aparece el fantasma de la involución. Aquí es donde está el principal agujero del estado de derecho: no en los contenidos de las leyes o de las decisiones de gobierno, sino en la pérdida de resistencia de las instituciones frente a la pura voluntad de poder. La única respuesta aceptable es la regeneración, y a ella tendríamos que entregarnos con todas las fuerzas. Pero las soluciones han de pasar por el ojo de aguja de dos partidos, cuya altura de miras y generosidad institucional están colapsadas por las urgencias de la coyuntura política, en una retroalimentación recíproca de desconfianza. Entre tanto, por lo que al Tribunal Constitucional se refiere, no queda otra que confiar en que el propio tribunal cuidará de su prestigio prolongando las deliberaciones hasta la extenuación, sin prisas por votar y con ánimo de convencer, y afinando hasta el extremo la calidad de sus argumentos.

5. Juicios de intenciones y crítica jurídica. El *temor al sonrojo* como último garante del estado de derecho

En este contexto, en fin, la palabra *lawfare* no ayuda a entender y, menos aún, a ordenar. Más bien sólo sirve para alimentar algo de lo que estamos bien sobrados: relatos paralelos. Un relato afirmará que hay una derecha judicial en pie de guerra contra el gobierno que pone los tribunales al servicio de lo que no dan las urnas; el otro, por el contrario, denunciará una *okupación* de las instituciones que está transgrediendo los límites del estado de derecho, y presentará a los jueces como los únicos garantes del constitucionalismo

y la democracia. Lo peor de esta dualidad de relatos es que no pocos dejarán de elegir entre uno y otro, y acabarán por comprar los dos con la misma moneda de la desafección.

Mucho más útil es el análisis crítico de las decisiones más controvertidas de los tribunales. Los juicios de intenciones son tan contundentes como estériles, porque no admiten contradicción ni apelación. En cambio, subrayar, desde donde se esté y cuando se pueda, argumentos fallidos, o identificar argumentos mejores, devuelve la cuestión a su terreno propio y no puede ser percibido como deslealtad. El sonrojo es el último bastión del estado de derecho, porque nadie quiere quedar desautorizado. ¿Quién no ha leído demoledores votos particulares que han acabado erigiéndose en criterio jurisprudencial en cuanto han encontrado hueco? Frente al riesgo abstracto de *lawfare* no hay ningún recurso mejor que estudiar, deliberar, criticar argumentadamente y contribuir al mejor dibujo posible del Derecho. Sabemos que no siempre va a ganar el mejor argumento y que lo más imprescindible de un estado de derecho es que las decisiones emanadas por el órgano competente se cumplan y respeten, aunque se discrepe de ellas. Pero la discrepancia, para ser útil, conlleva una especial obligación de excelencia en la argumentación. Aunque sólo fuera por estrategia, es decir, por eficacia, nunca debe degenerar en una desleal desautorización *ad hominem*. El *lawfare* no puede utilizarse como piedra arrojadiza, porque el daño por el impacto lo sufre directamente la institución.

Recursos ordinarios que depuran y extreman la necesidad de argumentación, recurso de amparo, tribunales supranacionales. Un sistema de equilibrios. Deteriorado, sí, pero vigente. Es lo que hay, y no es poca cosa. Tiene puntos ciegos, el

blindaje no es perfecto. Al menos es un escenario dialéctico y las batallas, incluso las del poder, se han de librar con argumentos. Los jueces intentan acertar. Raro será que renuncien a ello. Dentro y fuera, lo mejor que puede hacerse es abandonar la grosera descalificación de *lawfare*,

y discutir. Analizar sentencias, señalar alternativas, escrutar argumentos. La crítica jurídica pone las cosas más difíciles al inaprehensible fantasma del *lawfare*, porque, en un estado de derecho la autoridad, por supuesto judicial, no se basta a sí misma: necesita argumentos.



Gustave Doré, *Gargantúa y Pantagruel*

¿*Lawfare* en tiempos de *warfare*?

Unas reflexiones históricas sobre la administración de justicia bajo control sublevado en la guerra civil española

Aldara CIDRÁS

1. Introducción: *lawfare*, activismo judicial y ejercicio de la jurisdicción

Cada vez se habla más del *lawfare*, ese anglicismo que ha irrumpido en la conversación entre el entusiasmo de quienes creen haber desvelado el último arcano del poder y el pánico de quienes acaso añoran la tipificación penal del desacato. Es palpable un creciente interés por este fenómeno en la literatura académica y en el uso común: una consulta al histórico de Google Trends muestra que a finales de 2023 se produjo el mayor despegue de búsquedas del término en España. Las cronologías nunca son inocentes, y que esta tendencia en alza del neologismo coincida con su inclusión en el acuerdo de investidura entre PSOE y Junts tampoco: enuncia la obvia relación entre «esa cosa» de la que unos no paran de hablar y otros creen que no puede ser dicha y «ese problema» que, hoy y aquí, ha venido a condensar absurdamente la lucha entre el bien y el mal, entre el orden y el caos. Pero, ante realidades problemáticas, lo obvio es casi siempre lo más difícil de comprender, porque obvio y problemático son conceptos que se excluyen.

La principal consulta relacionada en el buscador es «qué es el *lawfare*», una pregunta tremendamente compleja en

su sencillez. Haciendo una brevísima genealogía conceptual, *lawfare* es una adaptación de la voz *warfare* y suele ser traducida como «guerra jurídica» o «guerra judicial». Su primera aparición data de 1975, de la mano de John Carlson y Neville Yeomans, aunque su popularización se produjo a partir de 2001 gracias al trabajo del juez militar estadounidense Charles J. Dunlap, quien sintéticamente definió el *lawfare* como «el uso de la ley [o el derecho] como un arma de guerra»¹. Originariamente su uso estaba vinculado a las relaciones internacionales, caracterizándose por una notoria laxitud conceptual, con usos positivos como la resolución de conflictos por vía judicial en detrimento de la opción bélica –o como un vago sinónimo del *ius in bello*– y otros negativos, como la ilícita injerencia de las grandes potencias en procesos políticos ajenos. Progresivamente se ha impuesto esta connotación negativa, ante la evidencia de que las bondades del *lawfare* no nos protegen de los

1 Carlson, John; Yeomans, Neville: “Whither Goeth the Law – Humanity or Barbarity”, en Smith, Margaret; Crossley, David (eds.): *The Way Out: Radical Alternatives in Australia*, Melbourne, Lansdowne Press, 1975. Dunlap, Charles J.: “Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts”, relatorio dentro del marco de conferencias *Humanitarian Challenges in Military Intervention*, organizada por Harvard University, 29/11/2001. Traducción propia. Dunlap llegaría a hacer hasta tres variaciones de esta definición, con matices ligeramente diferentes.

horrores del *warfare* en las relaciones internacionales.

En los países de habla hispana, el concepto de *lawfare* empezó a ganar prevalencia con el encausamiento de algunos líderes de la izquierda latinoamericana que ponían de manifiesto que la anteriormente recurrente *irrupción militar* venía a ser sustituida por la *irrupción judicial*, sucediendo el sonoro frufrú de las togas al anterior y estridente ruido de sables. Fue éste el caso, entre otros, de Lula da Silva, procesado en 2016 por el juez Sérgio Moro, quien después sería ministro de Justicia en el gobierno de Bolsonaro y cuya falta de neutralidad fue incluso denunciada por el Comité de Derechos Humanos de la ONU en 2022². En el Estado español, el uso patrio del término se ha extendido sobre todo a raíz del *procés català* y las tentativas de combatirlo en sede judicial y no buscar una solución política, aunque no es ni mucho menos el único ejemplo. Se trata de un uso, no obstante, extraordinariamente polémico: como hemos visto en los últimos meses, mientras algunos denuncian firmemente la judicialización de la política, otros niegan con exaltación esta politización de la justicia. En todo caso, la emergencia del *lawfare* patrio –o patriótico– no se limita al combate judicial de desafíos concretos como ha podido ser el *procés* o anteriormente el plan Ibarretxe, sino que alcanza a las diversas manifestaciones de la confrontación política, generalmente en términos de deslegitimación: de gobiernos o mayorías parlamentarias y de sus decisiones políticas, de determinadas organizaciones o de sus miembros, de decisiones de órganos de gobierno parlamentario, de provisión de cargos judiciales o fiscales, etc. Po-

cos son los problemas políticos que no se haya pretendido asentar en sede judicial, y en pocos casos no ha aparecido –de entre los miles de miembros de la magistratura– alguna persona voluntaria dispuesta a abrir la correspondiente causa.

Este sentir general es recogido por José Antonio Martín Pallín en su último libro, *La guerra de los jueces*, el cual, asegura el autor, responde a la cada vez mayor intromisión de la judicatura en la esfera política y las tensiones que esta dinámica está introduciendo en la democracia española³. Sin embargo, aunque frecuentemente aparece referido como un mal del nuevo milenio –el propio Dunlap lo identifica como «la característica más nueva del combate del siglo XXI»–, el fenómeno del *lawfare* no es nuevo: interferencias entre el sistema político y el judicial ha habido siempre, incluso antes de que se conformasen institucionalmente como sistemas concurrentes. De un modo u otro, los usos políticos de la jurisdicción pueden rastrearse desde que ésta existe, y en situaciones de colusión entre esferas concurrentes carece de utilidad preguntarse qué esfera invade a la otra: lo relevante es la quiebra de la diferenciación entre las esferas. En este artículo, retrotraeremos la cuestión del *lawfare* a la guerra civil española, atendiendo a cómo la administración de justicia –en minúsculas intencionadas– fue instrumentalizada por el bando sublevado de cara a la victoria militar a partir de julio de 1936. Durante este periodo clave de nuestra historia, los tribunales fueron espacio de conflicto, espacio de poder y, también, de trinchera. Frente a la común diferenciación entre *lawfare* y *warfare* como fenómenos distintos, nuestra interpretación es que el

2 UN Human Rights Committee: *Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2841/2016*. 27/03/2022.

3 Martín Pallín, José Antonio: *La guerra de los jueces. El proceso judicial como arma política*. Madrid, Catarata, 2022.

lawfare puede ser una forma de *warfare*: no se trata solamente de la facultad de dirimir disputas políticas a través de los tribunales, sino que consideramos que el sistema judicial puede integrar en ocasiones la panoplia de armas o estrategias bélicas. El caso de estudio que proponemos, como se verá, es muestra de ello. Pero, antes de comenzar, subrayamos la advertencia de que, aunque en adelante hablemos de derecho y de guerra, de la milicia de las togas o de guerra judicial –términos todos que hoy evocan el *lawfare*– nos referimos aquí a un contexto en que la guerra era algo más que una metáfora.

2. La preferencia por la violencia judicializada como instrumento de implantación del Nuevo Estado en el franquismo emergente

Las investigaciones sobre justicia en la guerra civil española provenientes del campo de la historiografía tradicionalmente han centrado su atención en las causas militares como fuente instrumental para cuantificar a las víctimas. Este enfoque en la justicia militar vino propiciado porque el bando de guerra de la Junta de Defensa Nacional del 28 de julio de 1936 estableció un importante transvase de competencias de la jurisdicción ordinaria –en especial de la penal– a la castrense, habilitándola como el principal instrumento institucionalizado de persecución de los enemigos políticos en zonas de control sublevado⁴. Sólo de forma relativamente tardía se conformarán jurisdicciones represivas especiales creadas *ex novo* –la primera, la de Responsabilidades Políticas, en febrero de

1939–, aunque su trabajo fue la continuación de organismos previos de menor apariencia jurisdiccional cuya génesis remite al Decreto 108 de la citada Junta, de 13 de septiembre de 1936⁵.

Este foco casi monolítico en la justicia militar conllevó una onerosa desatención al conjunto del universo jurisdiccional español, particularmente las jurisdicciones ordinarias. A excepción de algunos trabajos muy concretos, el estudio de la administración de justicia como espacio no meramente especular del acontecer histórico en la retaguardia golpista ha brillado por su ausencia⁶. Sin impugnar los anteriores enfoques, hemos querido trascenderlos dirigiendo nuestra atención al universo jurisdiccional como espacio del rito, pero también de la vida, donde los conflictos sur-

5 Consideramos no obstante que la categoría jurisdiccional que se le suele dar a estas jurisdicciones especiales es impropia, en el sentido moderno del término, porque, aunque adopten una apariencia judicial tienen un marcado carácter administrativo (con fuerte predominio militar) y desjudicializado. Más allá de cualquier debate semántico, creemos que sería más correcto hablar de (pseudo)jurisdicciones. El Decreto 108 se constituyó en un tótem jurídico capaz de decir mágicamente lo que no estaba escrito. Se continuó invocando en la práctica forense, en contextos y con usos enteramente ajenos a su literalidad, incluso cuando había sido superado por normativas ulteriores.

6 Es de obligada mención la investigación de Mónica Lanero, publicada por el Centro de Estudios Constitucionales en 1996 bajo el título *Una milicia de la justicia. La política judicial del franquismo (1939-1945)*. No obstante, como el propio título indica, el enfoque de la obra se centra en la política judicial desde una perspectiva macro, sin descender a la realidad vivida en los tribunales en los que esa política se realiza. Claros referentes del trabajo de Lanero son Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio: “Derecho represivo en España durante los periodos de guerra y posguerra (1936-1945)”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, monográfico 3, 1981, pp. 97-128; y Cano Bueso, Juan: *La política judicial del régimen de Franco (1936-1945)*, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1985. Sin pretensión de exhaustividad, otros autores que han aplicado una perspectiva histórico-legal afín son Bruno Aguilera Barchet, Manuel Álvaro Dueñas, Marc Carillo, Raúl César Cancio, Federico Fernández-Crehuet, Roldán Jimeno Aranguren, Pascual Marzal, Pedro Payá, Guillermo Portilla Contreras, Enrique Roldán, Glicerio Sánchez Recio o Ignacio Tébar, entre otros.

4 «Bando. Haciendo extensivo a todo el territorio nacional el Estado de Guerra declarado ya en determinadas provincias», *Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional de España*, núm. 3, 30/07/1936, pp. 9-10.

gidos fuera de los estrados se reproducen –es decir, se vuelven a producir– y se representan –se vuelven a hacer presentes–⁷. Para entender las rupturas y continuidades introducidas por el golpe de Estado en este espacio, estudiamos transversalmente la litigiosidad de las principales jurisdicciones ordinarias y especiales. A tal fin, nutrimos nuestra investigación principalmente de expedientes judiciales –casi dos mil, en su mayoría nunca consultados– y publicaciones de los diarios oficiales, entre otras diversas fuentes. Dejando a un lado el análisis jurisprudencial, nuestra investigación se ha ceñido a la realidad vivida en ese espacio jurisdiccional y la transformación del propio espacio en una coyuntura histórica tan dramáticamente quebrada por la irrupción de la guerra. Definimos como marco espacial de análisis Pontevedra, en donde el pronto éxito del golpe no impidió el continuado ejercicio de violencias contra la población civil, actuando como una suerte de laboratorio de prácticas represivas que más tarde se exportarían a otros lugares del territorio español según el desarrollo de la guerra. Aquí, como en otras zonas que integraron el frente interno sublevado, por muy ilegal que fuese la toma de poder por parte de los militares, estos actuaron desde entonces como el único poder soberano. Un poder soberano que se evidencia explícitamente, veremos, en su potestad jurisdiccional.

Contrariamente a lo que muchas veces se piensa, la violencia golpista tuvo desde el primer momento una naturaleza preponderantemente judicial y, por lo tanto,

controlada. La historiografía española se ha encargado de desmentir el relato irracionalista de la supuesta violencia en caliente del verano del 36, puesto en marcha interesadamente desde la propia Falange en momentos tan tempranos como 1937⁸. Pero desmentir la narrativa de la violencia oportunista que aprovechó la ocasión para dar rienda suelta a odios fraticidas y querellas entre vecinos no puede reducirse a recordar que la violencia informal estuvo mucho más organizada de lo que siempre se dijo. Si estuvo organizada, es oportuno centrar la mirada en los mecanismos institucionales que los organizadores tuvieron a su disposición y, en particular, en los tribunales como genuino instrumento de la coerción estatal.

Los datos que avalan la preferencia por la vía legal en la labor represiva son contundentes: a partir de la base de datos del proyecto interuniversitario *Nomes e Voces*, para el total de unas 15.000 víctimas de la violencia golpista en Galicia hemos cifrado en casi 10.000 aquéllas que sufrieron algún tipo de violencia judicializada, de diverso alcance, sin menoscabo ello de la existencia de un formidable despliegue de violencias paralegales cuyas manifestaciones más brutales son bien conocidas, con los *paseos* como forma culminante⁹. Teniendo en cuenta que la violencia judicializada no implica mayores garantías que la paralegal sino apenas límites procedi-

8 Este mito y otros, en Viñas, Ángel; Puell de la Villa, Fernando; Aróstegui, Julio; González Calleja, Eduardo; Raguier, Hilari; Núñez Seixas, Xosé M.; Hernández Sánchez, Fernando; Ledesma, José Luis; Sánchez Pérez, Francisco: *Los mitos del 18 de julio*, Barcelona, Crítica, 2013.

9 Estas cifras son incompletas, pues el proyecto se quedó sin fondos a partir de 2012. Para conocer más sobre *Nomes e Voces*, consultar su web en www.nomesevoces.net o el artículo Buxeiro, Xabier; Cidrás, Aldara: “Nomes e Voces: 15 años de un proyecto pionero en el estudio de la violencia golpista”, *Nuestra Historia*, 11, 2021, pp. 301-306. Actualmente el fondo se integra en el proyecto *Terra e Memoria* (www.terraememoria.usc.gal).

7 El presente artículo recoge algunas de las conclusiones a las que hemos llegado en nuestra tesis doctoral, *A xudicialización da violencia golpista. Unha mirada transversal á administración de xustiza entre 1930 e 1942*, defendida en 2023 en la Universidade de Santiago de Compostela. A ella nos remitimos para ampliar aspectos que, por falta de espacio, no podemos desarrollar aquí.

mentales –por lo demás extremadamente laxos–, una de las principales diferencias cualitativas entre ambas formas de violencia está en sus efectos performativos: el paseo no produce estatalidad; el pelotón de fusilamiento, sí. Esta opción sublevada por la violencia judicializada en el contexto del golpe muestra que la nueva (contra)estatalidad que están construyendo se hace deliberadamente a través de un uso expeditivo de los mecanismos tradicionales del Estado monopolizador de la violencia. El Nuevo Estado se construiría con las armas del Estado de siempre.

La judicialización de la violencia como estrategia prioritaria no es un dato ineludible. En situaciones excepcionales en las que opera una solución militar es factible que se produzca una suerte de *suspensión del Estado*, siquiera transitoria, en la que la preferencia por la violencia paralegal –potencialmente más eficaz en tanto que irrestricta– relegue a los mecanismos institucionales que de ordinario monopolizan el uso legítimo de la violencia, incluida la jurisdicción militar. Pero en el franquismo emergente no hubo algo que pudiéramos llamar con propiedad suspensión del Estado: los tribunales continuaron funcionando al día siguiente del golpe con aparente normalidad, como siguió funcionando el suministro de agua, el cobro de las tasas o la recogida de la basura, ésta acaso perturbada por la aparición de cadáveres en las cunetas. Esta continuidad en la acción jurisdiccional, núcleo irreductible de la soberanía estatal –es inconcebible un Estado sin jurisdicción–, adquiere sentido como forma de construcción del Nuevo Estado sobre las bases útiles del preexistente.

No se puede obviar que la violencia formal y la informal son facetas de una misma realidad con límites difusos, dada la interconexión y la fácil superposición entre ambos planos. Sirva de ejemplo el

ilustrativo caso de Sebastián Fernández Turnes, vecino de Pontevedra de 22 años preso en la cárcel provincial por un delito de hurto al que se le abre una causa militar por sacar el puño en alto desde la ventana de su celda y gritar «muera España», «viva Rusia», «viva el comunismo», «hijos de puta» y «desgraciados» al paso de una manifestación en apoyo a las tropas sublevadas por las calles de la ciudad el 9 de agosto del 36. En el consejo de guerra se resuelve la culpabilidad del acusado, siendo condenado a seis años de prisión por delito de injurias al Ejército, con perversidad como circunstancia agravante. Dos días después de la celebración del juicio, el 23 de agosto, el comandante militar de la plaza ordena el traslado del preso a la prisión de Caldas de Reis. Sin embargo, Fernández Turnes nunca llegará a cumplir la exorbitante pena impuesta por sus gritos legalmente antipatrióticos, ya que será paseado durante el traslado. Las comunicaciones posteriores alrededor de la cosmética averiguación de los hechos son un perfecto ejemplo de la narrativa construida alrededor de la ley de fugas, la cual tenía tan poco de ley como de fuga: más propio sería hablar de la impunidad de los vencedores. El asesinato irregular del preso será archivado sin la exigencia de ningún tipo de responsabilidades para los encargados del traslado y verdugos. El caso de Sebastián Fernández Turnes no será anómalo. Fernández Turnes será nadie y una multitud a la vez.

3. La reordenación del espacio jurisdiccional. La centralidad de las jurisdicciones especiales y, en particular, de la militar

La preferencia por violencia judicializada implica necesariamente una reordenación del espacio jurisdiccional. Su principal consecuencia es el paso a la centralidad de

la jurisdicción militar, a partir de la exorbitante expansión de sus competencias que efectuó el bando declarando el estado de guerra en julio del 36, como vimos. Esta expansión de la jurisdicción castrense tenía precedentes y, contraintuitivamente, entraba dentro de las propias estrategias de defensa del Estado liberal: en momentos de crisis, ha sido recurrente en la historia española expandir su competencia para abarcar conductas civiles de contestación, generalmente a demanda del propio Ejército. Aunque la República pretendió poner coto al intervencionismo militar en la vida pública –como evidencia la derogación de la Ley de Jurisdicciones de 1906¹⁰–, se siguió manteniendo la posibilidad de recurso a las fuerzas coercitivas del Estado en casos de excepcionalidad como supuestos garantes del orden constitucional: tal fue la infame respuesta, por ejemplo, en los sucesos de Casas Viejas en 1933 o durante la huelga revolucionaria de 1934.

A este respecto, suele obviarse dos elementos. Por un lado, que la primera condición de posibilidad de ese asalto a la centralidad de la jurisdicción castrense fue su existencia como jurisdicción autónoma, separada de la ordinaria y no integrada en ella como un orden especializado más. En nuestra opinión, los dos grandes retos fallidos en la construcción del Estado liberal español en el siglo XIX fueron la integración en la soberanía unitaria del Estado de la jurisdicción militar y de la jurisdicción matrimonial. La Segunda República solucionó radicalmente esta última cuestión con la Ley de Divorcio de 1932, creando por primera vez en España una jurisdicción civil plena sobre el matrimonio; pero fue más tibia en la cuestión militar. Del mismo modo que la inhibición estatal a favor de

los tribunales eclesiásticos en materia matrimonial desmentía la proclamada exclusividad estatal de la jurisdicción, la pervivencia de una jurisdicción militar autónoma desmentía la también proclamada unidad de la jurisdicción, y con ello la estricta unidad de la soberanía. El Ejército se mantuvo como un Estado/estamento dentro del Estado, renuente a integrarse en el Estado común como un sector de su administración sometido a la jurisdicción ordinaria, ni aun por medio de un orden especializado.

El segundo elemento es una cuestión clave a la hora de entender la naturaleza de la violencia golpista: la voluntad de una megalómana y totalizante fiscalización de la ciudadanía mediante mecanismos de apariencia legalista y nomocrática, llevada a extremos hasta entonces inauditos. El sobredimensionamiento que implicó la judicialización de la violencia a través de la jurisdicción castrense como piedra angular del sistema demandó un gran contingente de personal con formación jurídica del que el Ejército no disponía. La demanda se cubrió en parte con la movilización de personal judicial civil –en sentido amplio, comprendiendo también fiscales y secretarios judiciales–, convertidos en oficiales honoríficos del Cuerpo Jurídico Militar con una labor asistencial y pericial en los consejos de guerra. Fueron los primeros en incorporarse y los últimos en ser desmovilizados, a partir de 1942¹¹. No obstante, en fechas tan tempranas como septiembre de 1936, la Junta de Defensa Nacional disponía:

El celo patriótico ha arrastrado a multitud de Magistrados, Jueces, Secretarios judiciales, Notarios y Registradores de la Propiedad a alistarse en las milicias que luchan por la redención de España o a prestar servicios a las órdenes de las Autoridades militares, lo que ocasiona, en cambio, que

10 «Derogación de la Ley de Jurisdicciones de 1906», *Gaceta de Madrid*, núm. 109, 19/04/1906, p. 230.

11 Lanero, Mónica: *Una milicia de...*, 1996, p. 361 y ss.

funciones de transcendencia notoria se hallen desatendidas cuando, en vías de total normalización las actividades del país, es más necesario ejercerlas debidamente.¹²

Fue de este modo, mediante el llamamiento al debido ejercicio de sus funciones de un personal de los cuerpos jurídicos que se presumía henchido de celo patriótico, como se conformó lo que se llamó la *militia togada*, «*en tensión permanente para promover y procurar la justicia donde y cuando sea menester*», como aseguraba el presidente del Tribunal Supremo Felipe Clemente de Diego en su discurso de apertura de los tribunales en 1939¹³. Una militia togada que hizo la guerra desde las trincheras de los tribunales. Tribunales en los que se escribieron páginas de la historia judicial española que no están entre las más gloriosas.

Por falta de espacio no entraremos en detalles del funcionamiento de la jurisdicción militar y de las otras especiales. Por lo demás es una materia bien estudiada y divulgada en la historiografía sobre la guerra civil española, al menos en sus efectos sobre la vida, la libertad y el patrimonio de las personas que se sometieron a su juicio.

4. La inserción de la violencia en las jurisdicciones ordinarias y, en particular, en la civil

Mucho menos estudiado es el papel de la jurisdicción ordinaria en estos años.

Por eso hemos tenido especial interés en ella. Aparte de la dramática desaparición de operadores jurídicos –particularmente abogados– víctimas de la persecución, los tribunales en Pontevedra continuaron funcionando a partir del 18 de julio de 1936 con aparente normalidad. Puede decirse que la función de la jurisdicción ordinaria en la situación que abre el golpe militar es la de actuar como *instancia de normalización de lo anormal*, produciendo este efecto en la representación de los conflictos anodinos de la vida en medio del contexto violento –obviado, claro está, en los folios de las causas–. Esto implica, con relación a la competencia, que la jurisdicción ordinaria opera en un doble sentido: *actuando su competencia* con relación a la cotidianeidad y los azares comunes del ciclo de la vida, produciendo la percepción de que los tribunales se ocupan de ellos como siempre hicieron; y *absteniéndose de actuar su competencia* con relación a los hechos excepcionales de persecución masiva que estaban sucediendo. Bien es cierto que esto último viene favorecido por el vaciamiento competencial que sufre en favor de la militar y las otras especiales; aun así, en el estudio de las causas que manejamos se aprecia cómo se filtran ocasionalmente litigios relativos a la violencia política y la respuesta sistemática –no hemos encontrado ninguna excepción– será la de mirar para otro lado¹⁴.

El estudio de las fuentes primarias y de la literatura especializada nos permite establecer que no hubo una auténtica ruptura en el marco jurídico del siglo XX español, pese a los numerosos cambios de sistemas políticos; lo que sí hubo fue

12 «Orden de 20 de septiembre de 1936. Disponiendo que cuantos Magistrados, Jueces, Secretarios judiciales, Notarios y Registradores de la Propiedad se hallen formando parte de milicias militarizadas cesen esos cometidos, reintegrándose al desempeño de sus cargos profesionales antes del día 1º del próximo mes de Octubre», *Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional de España*, núm. 27, 24/09/1936, p. 107.

13 Cita extraída de Tébar Rubio-Manzanares, Ignacio: *Derecho penal del enemigo en el primer franquismo*, Sant Vicent del Raspeig, Publicacions de la Universitat d'Alacant, 2017, p. 70.

14 Así lo encontramos, por ejemplo, en las pocas causas que se siguen en la jurisdicción contencioso-administrativa en relación con actos de depuración de personal después del acceso al poder por parte de los rebeldes. Las causas terminan por archivarse con pretextos absolutamente banales.

una radical transformación en la forma en la que se interpretó y utilizó ese marco jurídico y la finalidad que persiguió según los intereses políticos de aquellos que estaban en el poder –o, mejor dicho en este caso, de aquellos que quería obtener el poder–, torturando la apariencia de legalidad. Por ello, un aspecto que no se puede pasar por alto es la paradójica necesidad que tuvo la judicatura de este tiempo de aplicar un derecho nuevo, conforme a los valores antiliberales del régimen naciente, con las normas del derecho antiguo, de inspiración más o menos liberal. Coincidimos por tanto con Mónica Lanero en que uno de los rasgos de la administración de justicia tras el golpe fue la reciclabilidad de sus recursos, tanto en materia de personal como de normativa¹⁵. La jurisprudencia de la época puso a prueba la proverbial maleabilidad del derecho con soluciones imaginativas y usos tan alternativos del mismo que lo convirtieron en otra cosa. Una solución pragmática ante las urgencias del momento que expresaba atónito el procesalista Miguel Fenech en 1941, en una obra dirigida a instruir a los jueces sobre las directrices del Nuevo Estado: «Causa indudable asombro que un Estado totalitario pueda gobernarse con la citada legislación liberal»¹⁶. La más obvia, la redacción republicana del Código de Justicia Militar de 1890, pero no la única: la Constitución de 1931, que amparaba la suspensión de ciertas garantías tras la declaración del estado de guerra; la Ley Provisional Orgánica del Poder Judicial de 1870, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, el Código Penal de 1932, la Ley de Orden Público y la de Vagos y Maleantes de 1933, la Ley sobre

delitos de terrorismo de 1934... son algunas de las piezas más fundamentales de la configuración de la organización judicial de las que se sirven aquellos que pretendían acabar con el Estado liberal.

Esta maleabilidad de la normativa existente, manteniendo las formas pero cambiando radicalmente su finalidad, es posible gracias a tres elementos: el transvase competencial, la redefinición de algunos delitos y su margen de reinterpretación. El mencionado bando de guerra del 28 de julio, clave de bóveda de la estrategia de judicialización de la violencia, ejemplifica a la perfección la triple maniobra. De los doce artículos del bando, hasta ocho hacen referencia explícita a delitos que pasarán a ser conocidos por jurisdicción militar. La relación conforma un amplio y abiertamente ambiguo abanico de actitudes susceptibles de ser interpretadas como rebelión, ofreciendo en la práctica carta blanca a la persecución del enemigo político. La laxitud con la que el delito de rebelión fue interpretado por los consejos de guerra –explotado por los fiscales, validado por los auditores y alentado por las autoridades militares– daba carta blanca a su instrumentalización como comodín de la arbitrariedad: mediante su desnaturalización, se lograba justificar los procedimientos sumarísimos y el recorte de garantías, a la vez que permitía la aplicación de penas absolutamente desproporcionadas. Todo esto bajo un manto de aparente ecuanimidad y respeto por las leyes.

Hagamos ahora alguna breve consideración diferenciada sobre los distintos órdenes de la jurisdicción ordinaria, empezando por el penal. El hecho de ser el que más sufrió los recortes competenciales en favor de la jurisdicción castrense permitió a los jueces y magistrados del orden penal mantenerse relativamente al margen del trabajo de persecución política. Si hubie-

15 Lanero, Mónica: *Una milicia de ...*, 1996, p. 251.

16 Fenech, Miguel: *La posición del Juez en el Nuevo Estado. Ensayo de sistematización de las directrices actuales*, Madrid, Espasa-Calpe, 1941, p. 113.

ron de implicarse en la violencia represiva judicializada fue a través de su eventual incorporación a la formación de consejos de guerra, por el reciclaje de recursos que hubo de efectuarse, no en el ejercicio de su jurisdicción propia. La casuística de la que se hacen cargo los órganos de la jurisdicción penal es la propia de la delincuencia común sin connotaciones políticas, con un apreciable descenso de la delincuencia violenta que se explica por la movilización y un aumento de los hurtos y delincuencia de bagatela, motivado por el deterioro económico que la guerra trae consigo. Cuando lo que está en juego es el orden público entendido como orden político, el celo de la jurisdicción militar por preservar la competencia que se le había conferido es extremo. No obstante, ante la magnitud de la tarea encomendada, el Ejército destina a la jurisdicción ordinaria una tarea auxiliar. Por un lado, se reserva la potestad de remitir procedimientos a los tribunales ordinarios cuando se considere que los casos carezcan de «relación directa con el orden público», tal y como afirma el art. 10 del bando de guerra. También tendrá funciones asistenciales, vaciadas de contenido jurisdiccional en la medida en que se concibe como un acto debido, aunque necesarias para el funcionamiento del proceso militar.

Más que en la penal, es interesante centrar la atención en la más ordinaria de todas las jurisdicciones, la civil, siquiera porque ha sido la más olvidada por la literatura especializada. El mundo que comparece ante los juzgados civiles –y aún más en los años en los que tratamos, en los que el acceso a los tribunales como lugar de dilucidación de los conflictos estaba mucho más acotado socialmente que en la actualidad– es un mundo genuinamente burgués de propietarios y comerciantes que resuelven diferencias nacidas por lo general en las relaciones contractuales.

Ésta es, por tanto, una jurisdicción que parecería que ha de estar ajena a la violencia política por medio de la que se implanta el nuevo régimen, más aún cuando éste se dota de organismos específicos para ejecutar el expolio del vencido. Sin embargo, cuando nos adentramos en la actividad de los juzgados civiles, también podemos percibir el reflejo de esta violencia sistémica y las formas sutiles por las que se filtra en esta jurisdicción.

Por un lado, está lo que podemos llamar actuación instrumental de los juzgados del orden civil en el organigrama de la violencia, que tiene que ver no tanto con su función propiamente jurisdiccional sino con el carácter constatativo de algunas de sus tareas –especialmente la llevanza del Registro Civil– o con funciones ejecutivas que lo vinculan con la jurisdicción militar y la expoliadora. Llamará la atención a quien no esté familiarizado con la rutina judicial la frialdad administrativa con la que se inscribe en el Registro la muerte de personas fusiladas o paseadas, en las que es común hacer constar como causa de la muerte una «hemorragia interna» o incluso «parada cardíaca»; es de suponer que el juez municipal encargado del Registro –que acaso sea el mismo que hizo el levantamiento del cadáver– transcriba lo que figura en el certificado de defunción extendido por un facultativo. Más allá del tono burocrático que es común en estos actos, tanto certificativos como registrales, queda la impresión de que existe reticencia a dejar constancia de la brutal anomalía del suceso, lo que se compadece bien con la función de normalización de la anormalidad que hemos asignado a las jurisdicciones ordinarias. Recordemos la cita que antes hicimos de la Orden 182 de la Junta de Defensa Nacional, que ya en septiembre de 1936 proclamaba que el país estaba «en vías de total normalización», se sobre-

entiende que con la excepción de los frentes de guerra. Fuera de estos, la constatación registral de tantas muertes violentas casa mal con la idea de normalidad, más aún si la expresión que se hace de la causa de la muerte es descriptiva de su verdadera naturaleza.

Al margen del Registro Civil, también tiene carácter esencialmente instrumental la intervención de los juzgados civiles en la práctica, aseguramiento o ejecución de las incautaciones y embargos efectuados por las propias autoridades militares, los tribunales castrenses o —cuando se establecieron— por los organismos de la jurisdicción expoliadora de Responsabilidades Políticas. Esta participación de los juzgados civiles, que ya se preveía en el Decreto 108 —piedra fundacional de la organización del expolio—, no se documenta en los archivos judiciales porque no tiene carácter jurisdiccional sino de asistencia a dichos órganos. Cabe concluir que los tribunales castrenses, por su hábito, tenían entonces más acreditada competencia en ejecutar civiles que en ejecutar embargos, y algo semejante sucedía con los organismos de exigencia de las bautizadas como responsabilidades políticas, por cuya razón precisaban del auxilio técnico de los juzgados civiles. En la litigiosidad civil esto tiene reflejo en los conflictos que se suscitan cuando sobre un mismo bien concurren embargos judiciales y otros trabados en expedientes de responsabilidades¹⁷. La concurrencia se resuelve siempre en favor de los organismos expoliadores y, en definitiva, del Nuevo Estado que se estaba construyendo.

Más allá de estas manifestaciones reflejas, la inserción de la violencia en la actividad jurisdiccional civil propiamente dicha es sutil. En primer lugar, la violencia se hace presente en forma de ausencia, en modo de rebeldías procesales en cuya causa hay que indagar para darse cuenta de que el rebelde está huido, a veces ya exiliado, preso o incluso muerto. Una realidad que choca con la frialdad y el uso de expresiones cosméticas en las actuaciones como «en ignorado paradero», o las cédulas que se ponen en manos de familiares «con la prevención de que se la entregue a aquel tan pronto regrese» cuando se sabe que eso es imposible. El rito es sagrado y sus fórmulas se mantienen sin importar lo extraordinario del contexto.

Aparte de en esta presencia de la violencia en forma de ausencia, debemos dirigir nuestra atención a la naturaleza de los litigios en los que esa violencia se infiltra en la jurisdicción civil. Vemos aparecer ante ella a sujetos de extracción social acomodada —médicos, abogados, farmacéuticos...— cuya solvencia económica contrasta con la situación en que ahora se encuentran. El brusco cambio en el orden político produce una alteración súbita de la posición en la jerarquía social de los vencidos. Los que sobreviven generalmente van a recuperar su posición —al menos, en parte— con el paso de los años, pero en este momento los vemos en una insólita situación de vulnerabilidad que da lugar a la aparición de demandas oportunistas, en ocasiones claramente depredatorias. Un supuesto recurrente es la ejecución de letras no atendidas a su vencimiento, producido cuando el sujeto está preso, huido o muerto. Aparece la urgencia por adelantarse a posibles incautaciones por responsabilidades políticas, que ya se intuyen. En un sentido inverso, se detectan también lo que se percibe como demandas amigas,

17 O que se suponen trabados, porque hemos visto algún caso en el que el ejecutante (los más beligerantes en preservar sus embargos suelen ser los bancos) ha pedido al Juzgado que aporte a la causa testimonio del expediente de responsabilidades para verificar la coincidencia de los embargos, a lo que no se accede «dado la índole del procedimiento y carácter secreto de las diligencias».

que pretenden proteger el patrimonio familiar frente al expolio y la depredación; desde luego en este caso la finalidad no se hace expresa y es necesario levantar el velo de las apariencias. Hay también actuaciones dirigidas a designar defensores judiciales del ausente, autorizaciones para disponer de bienes sus esposas... siempre con un lenguaje velado que oculta la naturaleza de la ausencia.

Es así, de estas formas sutiles y veladas, como constatamos que también en el orden civil se infiltra la realidad de la violencia ambiental, en forma de actuaciones ofensivas y defensivas que evocan a la guerra misma. No es tan evidente ni tiene el nivel dramático con que surge en las jurisdicciones especiales, pero la violencia está ahí. Aunque la indagación de su huella en la jurisdicción ordinaria sea más trabajosa, es necesaria para comprender en su plena dimensión la judicialización del terror.

5. Conclusiones

Una dimensión judicial de la violencia implica necesariamente la existencia de una dimensión violenta de la justicia. Decía Foucault que el derecho es la forma reglamentada, ritual, de hacer la guerra¹⁸. La estrategia sublevada durante guerra civil española, centrada desde un primer momento en el control de la potestad jurisdiccional del Estado y en canalizar la violencia a través de medios judiciales, lo corrobora. En la génesis de la dictadura franquista, retrotrayéndonos hasta los primeros momentos del golpe en el verano del 36, convive una estrategia bifida de violencia indiscriminada e irrestricta –ejercida dentro y fuera de los tribunales– con una obsesión por la violencia regulada,

por la normatividad y el legalismo cosmético. El propio ministro de Justicia Raimundo Fernández-Cuesta insistía una década después de la sublevación en la «misión renovadora con que el Régimen funda su Estado de Derecho sobre la Justicia», reiterando un discurso legitimador enfocado en el papel de la administración de justicia que aparece en las fuentes desde los primeros momentos de la sublevación¹⁹. Si los golpistas buscasen en exclusiva la eliminación del identificado como enemigo político, lo segundo –el *staging* judicial y amparo legislativo– sería prescindible; los recursos materiales y humanos que exigía, por ejemplo, la puesta en marcha de una causa militar eran mucho mayores que los de un paseo, pese a que frecuentemente el resultado podía ser el mismo. Pero los golpistas no estaban simplemente eliminando a la otra España, sino que estaban construyendo una nueva, cimentando el nuevo Estado desde la soberanía y la acción jurisdiccional. La justicia fue instrumentalizada políticamente de cara a los objetivos bélicos y, de forma paralela, la violencia fue judicializada.

Bajo la autoridad rebelde, la administración de justicia se convirtió en una maquinaria de guerra de piezas intercambiables, un instrumento de terror y disciplina colectiva esencial en su toma de poder: permitiendo ejecutar eficazmente la violencia, presentando dicha violencia como justa dentro de unos marcos weberianos –a la vez, por lo tanto, que performaban estatalidad–, y desindividualizando las responsabilidades del acto violento al multiplicar las variables por las que se puede tomar parte de él. Todo ello normalizando además estas actuaciones espurias,

18 Foucault, Michel: *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa Editorial, 1996 [1978], p. 67.

19 Fernández-Cuesta, Raimundo: *Breve resumen de la Obra del Ministerio de Justicia por la pacificación espiritual de España*, Madrid, s.e., 1946, p. 5.

Gustave Doré, *Gargantúa y Pantagruel*

despolitizando la violencia política, transformando lo extraordinario en ordinario: escenificando, en definitiva, un Estado de derecho, pese a encontrarse en sus antípodas; un Estado en el que la justicia funciona, aunque expresamente liberada de los principios garantistas asociados a ese concepto. Teniendo todo lo anterior en cuenta, consideramos que la administración de justicia fue un dispositivo regulador de la necropolítica pero también de la biopolítica rebelde, quedando de hecho su capacidad eliminacionista supeditada a las demás funciones. Fue una herramienta de control social, un dispositivo de control y manejo del Estado sobre el cuerpo social en clave nacional(católica), que decidía sobre la vida y muerte de los individuos, fun-

damental en la formación y formalización del Estado franquista desde sus orígenes. En la política judicial golpista es apreciable su intencionalidad bélica y la judicialización de la violencia, sustancialmente estructural, fue el primer paso en la institucionalización del régimen dictatorial.

En el presente artículo hemos esbozado apenas unas notas simplificadas desde la historia sobre un tema tan actual que parece nuevo, poniéndolo en perspectiva para destacar matices frecuentemente olvidados. No obstante, es preciso aclarar que estas reflexiones hacen referencia a una realidad cronológica y espacial muy concreta: las actuaciones de los sublevados no fueron las mismas en su retaguardia en 1936 que en aquellos territorios que

asediaron en 1939. Y, por ende, el comportamiento de la administración de justicia fue también asimétrica. Por otro lado, la instrumentalización golpista del sistema judicial fue sustancialmente estructural, sin que ello impida la existencia de circunstancias que permitiesen encontrar a nivel individual pequeños márgenes de actuación, y sobre los que podían recaer los más duros mecanismos represivos del nuevo régimen²⁰.

Condicionadas por el material con el que trabajamos, no podemos sino rescatar la importancia, que descubrimos constitutiva, que la actividad jurisdiccional tiene en la acción estatal. Resulta paradójica que esta vinculación, de la que tenemos clara conciencia cuando examinamos el pasado más remoto, se haya perdido en la mirada que dirigimos al Estado contemporáneo, donde la presencia estatal es ubicua. El Estado jurisdiccional está tan presente en el paisaje que se ha vuelto invisible. La matriz jurisdiccional de la soberanía y, por medio de ésta, del propio Estado no es una traza exclusiva de los reinos medievales, atenuada en las monarquías absolutas y hoy disuelta en un Estado del que, antes que administrar justicia, esperamos que se ocupe de proporcionar sanidad, educación, seguridad y todo tipo de servicios e infraestructuras, todo a cambio de los impuestos que nos cobra. El Estado jurisdiccional nunca se ha ido, pero en situaciones de crisis sistémica regresa desde su invisibilidad.

En el momento actual lo que está en crisis es precisamente el Estado-nación de molde liberal, los debates tan presentes sobre la politización de la justicia y la judicialización de la política, las polémicas sobre la conformación de los órganos de

gobierno del Poder Judicial o del Tribunal Constitucional, la aparición en la conversación pública de conceptos como el *lawfare*, la brusca irrupción de los tribunales en los procesos políticos, el protagonismo del Tribunal Supremo en los Estados Unidos de América en la desregulación de derechos que semejaban consolidados como el del aborto, o la forma en la que en España parece que los —o, más bien, algunos— jueces han sucedido —o han intentado suceder— a los militares en su tradicional papel regulador de la vida política. Todo pone delante de nuestros ojos algo que siempre ha estado ahí pero que, naturalizado en el paisaje, no veíamos: el Estado como jurisdicción.

Lo que estudiamos en nuestro trabajo es la actuación del Estado jurisdiccional, con sus armas ordinarias y especiales, en otro momento crítico: el de la tensión entre el proyecto modernizador de la Segunda República y sus resistencias reaccionarias, que culmina en el golpe militar, la guerra y la consolidación primera del Estado franquista. Y, para la construcción contraestatal del mismo, fue necesario el asalto al Estado entendido como jurisdicción, en su capacidad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Fue, a la vez, medio y fin, objetivo bélico y *warfare* en las lógicas del largo golpe que se convirtió en guerra y finalmente en dictadura. Los militares rebeldes irán usurpando el poder del Estado en los territorios donde el golpe tuvo éxito o fueron paulatinamente ocupados; un poder del Estado que se captura y se ejerce desde el primer momento en su vertiente jurisdiccional. Y el ejercicio, extraordinariamente violento, de esta potestad de ejecutar y hacer ejecutar lo juzgado será a su vez el mecanismo con el que continuar la campaña bélica de conquista e instauración de un nuevo régimen que se define por oposición. Es decir, la historia del golpe del 18 de julio de 1936

20 Algunos ejemplos son narrados evocadoramente en Fernández-Crehuet López, Federico: *Jueces bajo el franquismo. Once historias (y una nota sobre la depuración de los funcionarios judiciales)*, Granada, Comares, 2011.

es, también la historia de un asalto al Estado jurisdiccional. Un golpe que empleó las herramientas a disposición del Estado para destruir y construir Estado. Porque lo que es un freno de emergencia dentro de

sistema liberal, se puede convertir en un instrumento de poder represivo normalizado en las manos equivocadas. Nos quedamos con esta advertencia que resuena desde el pasado.

Lawfare* como espectáculo mediático en la lucha contra la corrupción en Brasil. Breve análisis del caso *Lava Jato

Mariah BROCHADO
Lucas Magno OLIVEIRA PORTO

Introducción

La investigación policial brasileña conocida como Operación *Lava Jato* iniciada el 17 de marzo de 2014, tenía como objetivo inicial dismantelar una posible organización criminal que implicaba a prestamistas e inversores en diversos delitos contra el sistema financiero nacional y el narcotráfico internacional, con la malversación criminal de millones de reales.¹ Sin embargo, hasta el 14 de noviembre de ese año, ninguna de las cinco operaciones que componían la Operación *Lava Jato* había llamado la atención de los medios de comunicación. En esa fecha, ya en su sexta fase, la operación ganó protagonismo como ninguna otra en la justicia brasileña, al descubrirse la implicación de Petrobras, petrolera cuyo accionista mayoritario es el Estado brasileño, en las tramas de corrupción investigadas.

En ese momento, se amplió el ámbito de la investigación de las actividades ilegales, seguido de un cambio drástico en el objeto de la investigación: mientras que

antes las investigaciones se dirigían exclusivamente a la implicación privada en organizaciones criminales, ahora el foco principal se centraba en la esfera pública, donde una red corruptora implicaba a diversos agentes del Estado. De esta forma, la investigación, que se circunscribía a una organización criminal de traficantes de divisas, desveló un nuevo escenario que saldría del ámbito procesal penal para convertirse en el mayor espectáculo mediático de la historia del Estado brasileño, el caso *Lava Jato*, cuyo objetivo era revelar al pueblo la lucha judicial contra las tramas de corrupción enquistadas en las entrañas de la gestión de la res pública en Brasil.

En este ensayo, presentaremos los contornos de la práctica del *lawfare* que supuestamente estuvieron presentes en esta compleja trama jurídica, cuyo ambiente de combate fue tan intensamente publicitado que se inventó un neologismo para representarlo: "*lavajatismo*". Esto cambió el curso del derecho y de la práctica procesal en Brasil, dado el vigor comunicativo con que creció el proceso judicial, involucrando a la opinión pública y a diversas autoridades de los tres poderes del Estado, especialmente del poder judicial. El poder judicial desempeñó un papel especial, ya que la peculiaridad de la actuación judicial en el caso *Lava Jato* fue la aplicación de

1 Brasil. Operação Lava Jato desarticula rede de lavagem de dinheiro em 7 estados. Policial Federal, Curitiba, 17 mar. 2014. Disponible en: <http://www.pf.gov.br/agencia/noticias/2014/03/operacao-lava-jato-desarticula-rede-de-lavagem-de-dinheiro-em-7-estados>. Acceso en: 23 jan. 2024.

diversos mandatos que componen el derecho penal (y procesal penal) brasileño, que se ha convertido en una poderosa arma en la lucha contra la corrupción (*combat law/lawfare*), desorbitando el formato tradicional del estado penal, marcado por la austeridad y la moderación judicial.

1. El concepto de *lawfare*

La palabra *lawfare* es una combinación de *law* (derecho) y *warfare* (guerra), una abreviatura de la idea de “utilizar el derecho como arma de guerra”². Literalmente sugiere una guerra jurídica o, en un sentido más amplio, una guerra legal, cuyo objetivo es sustituir la guerra cinética tradicional (física y sangrienta) por una guerra suave, no ostentosa, disfrazada de legalidad, que utiliza las propias instituciones jurídicas para conseguir resultados políticos no perseguidos por el propio sistema jurídico.

El término *lawfare* fue adoptado por primera vez en 1975 por John Carlson y Neville Yeomans en un artículo en el que denunciaban el uso individualista y acusatorio de la ley en las sociedades occidentales, denominándolo *lawfare*, en el sentido de sustituir las armas por leyes. A escala internacional, el término empezó a ganar popularidad en los debates sobre seguridad nacional, posiblemente a partir de 1999, cuando se mencionó en un libro de estrategia militar chino titulado *Unrestricted Warfare* (de Qiao Liang y Wang Xiangsui), en el que se hablaba del uso de las instituciones jurídicas internacionales con fines estratégicos en las guerras militares, aunque de forma discreta.³ La expresión

pasó a formar parte del vocabulario académico en 2001, cuando la utilizó un profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Duke, en Carolina del Norte, que había sido general de las Fuerzas Aéreas estadounidenses: Charles J. Dunlap Junior.⁴ La acepción de Dunlap prospera en la doctrina norteamericana, y se utiliza sobre todo en Derecho internacional y Derecho penal.

Basándose en Dunlap, el profesor de derecho internacional y penal de la Universidad de Arizona, Orde Félix Kittrie⁵, presenta dos formas de *lawfare*: el “*instrumental lawfare*” y el “*compliance-leverage disparity lawfare*”. La primera consiste en la adopción de herramientas jurídicas por parte de los agentes estatales para conseguir efectos similares a los que tradicionalmente se obtienen por medios políticos y bélicos, mediante la acción militar cinética, es decir, física, sangrienta. El *lawfare* es, por tanto, una guerra silenciosa, sin violencia ni derramamiento de sangre, llevada a cabo mediante la manipulación de las instituciones jurídicas. En el segundo caso, el *lawfare* puede ser llevado a cabo por autoridades estatales o no estatales y se libra contra adversarios hiperpoderosos, pero que preservan intocables las normas del Estado de Derecho y las garantías fundamentales que de él se derivan, especialmente las normas relativas a los conflictos armados. En esta segunda versión, la práctica del *lawfare* se beneficia de las convicciones del enemigo sobre la correcta aplicación de la ley: es el caso de los talibanes contra los Estados Unidos, por ejemplo.⁶

2 Kittrie, Orde F. *Lawfare: Law as a Weapon of War*. Oxford University Press: Oxford, 2016. p. 8.

3 Matos, Erica do Amaral. *Lawfare: uma introdução ao tema e uma aproximação à realidade brasileira*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 161, p. 227-248, nov. 2019.

4 Welch, Matthew. *Lawfare: Law as a Weapon of War*. *Queen's Law Journal*, v. 42, n. 2, p. 147-155, 2016.

5 Kittrie, Orde F. *Lawfare: Law as a Weapon of War*. Oxford University Press: Oxford, 2016. p. 11.

6 Welch, Matthew. *Lawfare: Law as a Weapon of War*. *Queen's Law Journal*, v. 42, n. 2, p. 148, 2016.

Según Kittrie, aunque Dunlap intenta presentar una definición neutral de *lawfare*, la adopción del término tiene una connotación necesariamente negativa⁷, abuso puro y simple de las leyes occidentales y del sistema judicial para lograr objetivos estratégicos políticos o militares.⁸ Kittrie ofrece un telón de fondo histórico sobre el que ha florecido la práctica del *lawfare* en la cultura jurídica estadounidense: el instrumentalismo jurídico. Según él, desde la década de 1960, el instrumentalismo se ha convertido en “la religión profesada en las facultades de Derecho estadounidenses”.⁹ Desde esta perspectiva, la tarea del abogado consistiría en manipular los procesos legales en favor de los intereses de

sus clientes, un marco en el que encajaría perfectamente la noción de derecho de combate o *lawfare*.

Entendida como campo de batalla, la práctica jurídica utiliza la ley como un poderoso instrumento para atacar al enemigo político (o militar), un escenario en el que “los combatientes lucharán por controlar y utilizar los instrumentos de la ley como armas en disputas sociales, políticas, religiosas y económicas”; incluso los grupos que prefieren no involucrarse en tales batallas se verán obligados a competir, aunque sea defensivamente, para evitar que sus oponentes utilicen la ley contra ellos.¹⁰ Esta es la tesis fundamental de entender el Derecho como instrumento de guerra en sí mismo, en condiciones absolutamente normales de aplicación de las leyes, y no como regulador de circunstancias excepcionales de belicosidad.

Las tesis sobre el *lawfare* comenzaron a difundirse en Brasil después del caso *Lava jato*, cuando la defensa del expresidente Luiz Inácio Lula da Silva, encabezada por Cristiano Zanin, denunció su práctica. El sello distintivo del *lawfare* en el *Lavajatis-mo* fue la asociación entre el poder judicial-estatal y los medios de comunicación de masas, cuya estrategia de combate fue la convocatoria de apoyo público y la escenificación de la toma de decisiones intra-procesales, como veremos.

2. Los neosujetos como empresas de sí mismos y el *lawfare* como potenciación de los neojueces

Es importante aquí situar la actuación del juez que, en nuestra opinión, utiliza el derecho como arma en el contexto actual del Estado, considerado por Pierre Dardot

7 Hay quienes defienden la práctica del *lawfare* *insurgente*, en el caso de las acciones positivas que grupos minoritarios emprenden para conseguir que las autoridades judiciales reconozcan roles y derechos sociales, como en el caso de la judicialización de las políticas de igualdad de género, libertad sexual, derechos LGBT, regulación del aborto, protección ambiental, políticas raciales, etc. cf: Matos, Erica do Amaral. *Lawfare: uma introdução ao tema e uma aproximação à realidade brasileira*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 161, p. 234, nov. 2019.

8 Kittrie, Orde F. *Lawfare: Law as a Weapon of War*. Oxford University Press: Oxford, 2016. p. 11.

9 According to Tamanaha, the change was accelerated by the turmoil of the 1960s. By 1978, the Dean of Cornell Law School, Roger C. Cramton, was writing that legal instrumentalism had become “the ordinary religion of the law school classroom.” “Today, law tends to be viewed in solely instrumental terms,” said Cramton, explaining that “the lawyer’s task, in an instrumental approach to law, is to facilitate and manipulate legal processes to advance the interest of his client.” (...) Tamanaha expressed concern that “when law is perceived as a powerful instrument ... combatants will fight to control and use the implements of the law as weapons in social, political, religious, and economic disputes.” With his focus on instrumental views of law in the U.S. domestic arena, Tamanaha expressed concern that “these battles will take place in every state and federal arena—legislative, executive, judicial,” and “even those groups that might prefer to abstain from these battles over law will nonetheless be forced to engage in the contest, if only defensively to keep their less restrained opponents from using the law as a hammer against them.” “Such struggles over and through law are openly visible today,” said Tamanaha, “and worsening.” En: Kittrie, Orde F. *Lawfare: Law as a Weapon of War*. Oxford University Press: Oxford, 2016. p. 35.

10 Kittrie, Orde F. *Lawfare: Law as a Weapon of War*. Oxford University Press: Oxford, 2016. p. 35.

y Christian Laval como un “Estado post-democrático”¹¹, resultante de una nueva racionalidad empresarial global, donde florece un tipo peculiar de subjetividad: las neosubjetividades.¹²

Según Dardot y Laval, una “nueva razón del mundo” está moldeando todas las actividades realizadas por los individuos en este siglo en un formato empresarial. Los individuos ya no trabajan para los empresarios, sino que buscan por sí mismos las condiciones del mercado, gestionan sus costes, fijan los precios, invierten en su formación y no se ven sólo como trabajadores. Los individuos se ven a sí mismos como empresas que ofrecen servicios directamente al mercado. Esta noción de “empresa de uno mismo” es una entidad psicológica, social y espiritual que está presente en todas las relaciones y ámbitos de actividad de los nuevos sujetos¹³.

La definición de un ser humano implica la forma en que pretende tener éxito, y este propósito justifica la forma en que debe ser guiado, estimulado, formado, capacitado, “para que realmente se comporte como una entidad en competencia, que por tanto debe maximizar sus resultados, exponiéndose a riesgos y asumiendo

toda la responsabilidad de los posibles fracasos”.¹⁴ Se trata de una esquematización de la vida conforme a una nueva ética que rechaza la ética clásica, cuyo primer mandato al individuo era “conócete a ti mismo” (*gnothi sauton*)¹⁵. La ética del empresario individual tiene como principal mandamiento “ayúdate a ti mismo” (*self-help*), de Samuel Smiles¹⁶, para guiar a un mundo que se ha vuelto ingobernable en virtud de su propio carácter global, a lo que se añade la responsabilidad infinita de los individuos sobre su propio destino, cumpliendo siempre el imperativo (inalcanzable) de ser “exitoso y feliz” a su costa¹⁷.

Esta es la única forma de lograr el éxito en la realización de una buena vida para el hombre neoliberal (*neosujeto*), definido como un hombre competitivo, inmerso de lleno en la competencia global¹⁸. La banalización del riesgo impuesta a los *neosujetos* les pone en continua competencia con otros sujetos (neo)emprendedores. Ejemplos de esta nueva forma de experiencia humana son la naturalización de la lógica competitiva de los *reality shows*, que vibra sin escrúpulos con la eliminación de los más débiles e incapaces; asimismo, la

11 Crouch explica que el prefijo “post” está muy extendido en la jerga contemporánea: *postindustrial*, *posmoderno*, *posverdad*, *pospositivismo*, etc. Pero este neologismo tiene un significado histórico, relacionado con el proceso de *transformación de las experiencias culturales*. Así como la etapa *democrática* sucedió a la *predemocrática*, la etapa *postdemocrática* ha reducido la importancia de la etapa *democrática*, superándola en *cierta medida*; de modo que en la etapa *postdemocrática* algunos aspectos parecerán diferentes de la *democrática*, aparentando una *ruptura* con ella, pero no en el sentido de volver a las experiencias de la etapa *predemocrática*, sino ocultando las instituciones democráticas *frente a la propia democracia* tal como se entendía y practicaba hasta entonces. En Crouch, Colin. *Postdemocracia*. Roma: Editori Laterza, 2012.

12 Dardot, Pierre; Laval, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016.

13 Dardot, Pierre; Laval, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 335.

14 Dardot, Pierre; Laval, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 328.

15 Brochado, Mariah. *Consciência moral e consciência jurídica*. Belo Horizonte: Editora Mandamentos, 2002.

16 Smiles, Samuel. *Self help*. With illustrations of character and conduct (1859). Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

17 Dardot, Pierre; Laval, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 344.

18 La banalización del riesgo impuesta a los *neosujetos* los pone en continua competencia con otros sujetos (neo)emprendedores. Ejemplos de esta nueva forma de experiencia humana son la naturalización de la lógica competitiva de los *reality shows*, que vibra sin escrúpulos con la eliminación de los más débiles e incapaces; asimismo, la lógica de la uberización en las relaciones laborales, destinada a negar derechos a los asalariados que ahora se denominan “colaboradores”. Em: Dardot, Pierre; Laval, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 322.

lógica de la uberización en las relaciones laborales, diseñada para negar derechos a los empleados que ahora se denominan “colaboradores” (pares emprendedores, por tanto)¹⁹.

Es evidente que los jueces forman parte de este proceso de mercantilización de la vida, pues también son individuos que aspiran al éxito y al aplauso. En el caso de la lucha contra la corrupción en Brasil, *exempli gratia*, presenciamos a autoridades trabajando incansablemente, acelerando procedimientos, asignando equipos enteros para trabajar en frentes legales, todo para alcanzar la máxima satisfacción en su desempeño profesional y ganar visibilidad y reconocimiento social. El juez austero en su despacho, sin llamar la atención popular, no encaja con la idea actual de que trabajar implica convertirse en tu propia empresa.

La lógica de este sistema impone al Estado una serie de jueces que son empresas por derecho propio, que asumen riesgos para promover su propia concepción de la justicia, únicos responsables de sus intervenciones en nombre del Estado, que es una empresa más entre las muchas que existen en el mercado global. Filtrar pruebas de los procesos judiciales, por ejemplo, es un riesgo calculado que reporta beneficios a la actuación profesional individual del juez, denotando un éxito maximizado en el ejercicio de su propia judicatura.

La tradicional autolimitación judicial está siendo cuestionada por los propios miembros del Poder Judicial y está llegando a considerarse una excepción. Una nueva generación de jueces combatientes se está presentando como interventora directa en los procesos de deliberación política, dis-

puesta a evaluar y eliminar articulaciones políticas que consideran espurias. Es en este estado del arte de esta nueva forma de ejercer la judicatura donde el *lawfare* está ganando terreno, aunque no sea admitido, por supuesto²⁰.

3. *Lawfare* como instrumentalización del derecho a la información y a la manifestación en el Lavajatismo

La operación *Lava Jato* en Brasil se guió por una directriz específica que se convirtió en su pilar: el apoyo necesario de los medios de comunicación para involucrar a la opinión pública y, en una acción típicamente política (procedural *lawfare*), apoyarse en esta poderosa fuente de combate para dismantelar esquemas de

20 En la tesis de doctorado *La jurisdicción constitucional como democracia*, defendida por Sergio Fernando Moro en 2002 en la Universidad Federal de Paraná, el juez que más tarde dirigió el caso *Lava Jato*, podemos leer: “para evitar la degeneración del derecho, existen varios remedios institucionales, entre ellos la exigencia de *transparencia* en el proceso político democrático con la regulación de los lobbies, la motivación de los actos legislativos, la financiación pública de las campañas electorales y otras medidas de esta naturaleza”. Es más, la ley no puede ser objeto de regateo y el tribunal constitucional puede reforzar el carácter republicano del Estado democrático promoviendo tests de constitucionalidad más rigurosos, abandonando la tradicional postura autolimitada del juez constitucional, con el objetivo de calibrar si el objetivo político de la ley es válido o espurio, es decir, si está diseñada para beneficiar a los políticos electos. En este caso, una actuación judicial más intervencionista no puede considerarse antidemocrática, ya que la adopción de una postura activa por parte del juez constitucional en la promoción del ideal democrático consiste en “rescatar el carácter deliberativo de la democracia, frente a un proceso de regateo e intercambios compensatorios entre intereses privados ajenos al ideal republicano”. En otras palabras: corresponde al juez actuar eficazmente para evaluar si la ley analizada fue el producto de una deliberación “basada en razones que pueden volverse públicas y que pueden ser compartidas, y no debe ser el resultado del puro poder político”. En: Moro, Sergio Fernando. *Jurisdicção constitucional como democracia*. Orientador: Marçal Justen Filho. 2002. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2002. p. 238-241.

19 Dardot, Pierre; Laval, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 322.

corrupción, cuyo resultado previsto sería la defensa de la democracia en beneficio directo del propio pueblo. En entrevista concedida a un medio de comunicación en 2018, Christianne Machiavelli, asesora del juez federal Sergio Fernando Moro, del Tribunal Regional Federal – 4ª región, juez responsable de dirigir los procesos judiciales relacionados con el caso *Lava Jato*, afirmó que “Todo fue divulgado como fue citado por los órganos de la operación. La prensa compró todo”²¹.

En el curso de la operación *Lava Jato*, todos los casos fueron llevados a juicio ante el 13º Tribunal Federal de Curitiba/Paraná²², que se convirtió en *preventivo*²³ para juz-

gar los delitos financieros que involucraban a la petrolera brasileña. No hay duda sobre la característica más sobresaliente del caso *Lava Jato* en Brasil: la implicación de los medios de comunicación en el proceso de investigación. Machiavelli, que también fue miembro del departamento de comunicación del TRF4, confirmó que todos los éxitos de la operación se debieron a la intensa participación de la prensa durante la séptima fase del caso. Machiavelli declaró también que el magistrado Sergio Moro creía que, sin la prensa, la operación habría concluido en pocos meses, sin mayores repercusiones. Según ella, de hecho, la prensa “compró la operación *Lava Jato*” cuando se reveló la trama de corrupción que implicaba a Petrobras.²⁴

En este entorno, el juez ya no es el portavoz de la ley, sino el vehículo de la verdad de los hechos para el público, más allá del proceso judicial. Aquí, el mito de la verdad real en el proceso penal vuelve a escena con fuerza y el proceso judicial está destinado a ser el oráculo de la verdad jurídica. En nombre del descubrimiento de la llamada verdad real, no puede haber límites éticos ni jurídicos, y los acusados, como enemigos, son meros objetos (y no sujetos de derechos) de la persecución penal.²⁵ La búsqueda del compromiso popular para revelar la verdad real es donde entra en juego el “proceso penal del espectáculo”, un poderoso instrumento de *lawfare*, que está di-

21 Audi, Amanda. Entrevista: “A imprensa ‘comprava’ tudo.” Assessora de Sergio Moro por 6 anos fala sobre a lava jato. *The Intercept Brasil*, 30 out. 2018. Disponible en: <https://www.intercept.com.br/2018/10/29/lava-jato-imprensa-entrevista-assessora/>. Acceso en: 23 jan. 2024.

22 La jurisdicción se estableció allí porque, en 2013, la Policía Federal inició una investigación en el estado de Paraná sobre un posible esquema de lavado de dinero dirigido por Carlos Habib Chater, un notorio prestamista, con motivo de una empresa industrial en la ciudad de Londrina/Paraná, cuyo dinero invertido sería de origen ilícito. A lo largo de esta investigación, varias intervenciones telefónicas fueron autorizadas por el 13º Juzgado Federal de Curitiba (de la Sección Judicial Federal de Paraná), encargado de juzgar los delitos contra el sistema financiero nacional y el blanqueo de dinero. La Policía Federal intervino llamadas telefónicas entre Carlos Chater y Alberto Youssef, otro conocido traficante implicado en delitos financieros, en las que Youssef habría comprado un coche de lujo (valorado en 300.000 reales) en nombre de Paulo Roberto Costa, ex director de abastecimiento de Petrobras.

23 La prevención procesal es el nombre que se da, en el ordenamiento jurídico brasileño, al establecimiento de la competencia para el enjuiciamiento de todas las causas futuras que tengan semejanzas (técnicamente definidas por la ley) con una causa llevada ante un juez, que pasa a ser responsable de todas las que le sucedan, convirtiéndose en tribunal preterito. “En el ordenamiento jurídico español, una regla similar se adopta también en el artículo 9 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: Los Jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer de una causa determinada, la tendrán también para todas sus incidencias, para llevar a efecto las providencias de tramitación y para la ejecución de las sentencias, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 801.” En: Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento criminal. Última modificación: 20 de diciembre de 2023. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DP-2023-145. Acceso en: 25 jan. 2024.

24 El desplazamiento de los acusados a Curitiba para prestar declaración o para ser encarcelados, así como las prácticas procesales del Tribunal Federal en esa ciudad, crearon una “ruta de la imagen”, de modo que la prensa seguía incluso el traslado de los acusados o condenados, su embarque y desembarque en el aeropuerto de Curitiba, y los exámenes realizados por el Instituto Médico Legal – IML. En: Audi, Amanda. Entrevista: “A imprensa ‘comprava’ tudo.” Assessora de Sergio Moro por 6 anos fala sobre a lava jato. *The Intercept Brasil*, 30 out. 2018.

25 Casara, Rubens. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

señado para construir una línea argumental bajo la dirección del juez “para complacer a la opinión pública o el deseo de las corporaciones mediáticas²⁶. En este contexto, el juez ya no tiene la tarea de ordenar que se ejecuten las sanciones, sino de presentar a todos los ciudadanos las razones por las que pretende imponer sanciones.

Después de que el senador del Partido de los Trabajadores (PT) Delcídio do Amaral señalara la implicación del expresidente Luís Inácio Lula da Silva en la trama de corrupción de Petrobras en noviembre de 2015²⁷, la Policía Federal registró el domicilio del expresidente en marzo de 2016. Este fue quizás el suceso con mayor repercusión mediática del caso *Lava Jato*, y la batalla más exitosa en términos de involucrar a la población. Ocurrió cuando la entonces presidenta Dilma Rousseff (PT) invitó a Lula a asumir el Ministerio de la Casa Civil, cargo de libre designación de la presidencia²⁸, lo que le garantizaría al exmandatario un fuero especial en even-

tuales procesos del Poder Judicial, según determina la Constitución brasileña. En ese momento, el magistrado Sergio Moro filtró el contenido de una llamada telefónica interceptada en el curso de las investigaciones, en la que Dilma y Lula discutían el nombramiento.

Este acto fue calificado por la defensa de Lula como una práctica de *lawfare* porque fue un acto que fue más allá del procedimiento judicial regular: además de ser filtrada, la conversación fue grabada cuando la orden de intervención telefónica ya había expirado. La decisión no convencional de divulgar las grabaciones de audio, que nunca se había tomado en Brasil, puede clasificarse dentro del concepto de *lawfare procesal*, como se explica en la primera sección de este texto, a saber: i) la práctica de un acto por parte de una autoridad estatal, ii) con el fin de obtener un resultado político que va más allá del proceso judicial y sus consecuencias estrictamente legales²⁹, iii) utilizando el sistema legal como instrumento de combate. Los debates sobre la “filtración de pruebas a la prensa” también se habían analizado en la tesis doctoral de Sergio Moro en 2002, cuando evaluó los efectos positivos logrados por las filtraciones en la operación italiana *Mani Pulite*³⁰.

26 Casara, Rubens. *Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017. p. 75/138.

27 La implicación de Petrobras en tramas de corrupción estaba relacionada con la elección de las empresas con las que contrataba. Su condición jurídica diferenciada de empresa pública le permite simplificar el proceso de licitación para elegir las empresas a contratar. Para reducir la burocracia de la contratación, la petrolera no utilizó un proceso de licitación competitivo, sino una carta de invitación, destinada sólo a tres interesados, que fue utilizada en esquemas de corrupción. La situación se agravó cuando el ex presidente de Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva, fue nombrado miembro de la trama Petrobras, lo que llevó el caso mucho más allá de la liturgia judicial. Lula recibió supuestamente un piso y amplias reformas en la propiedad a cambio de nombrarle en cargos, lo que permitió esquemas de soborno en la petrolera, entre otras prácticas delictivas. En: Reforma do tríplex de Lula teria custado R\$ 1,2 milhão, diz ex-executivo da OAS. *Gazeta do Povo*, 26 abr. 2017.

28 A cronología da investigação que levou Lula à prisão. *El país*, Madrid, 7 abr. 2018 Disponible en: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/04/05/politica/1522917041_563602.html. Acceso en: 23 jan. 2024; Benites, Afonso. Lula assume ministério da Casa Civil. *El país*, Brasília, 17 mar. 2016. https://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/16/internacional/1458140323_895452.html.

29 “[...] el castigo judicial de los funcionarios públicos corruptos es siempre difícil, si no por otras razones, sí por la carga de la prueba necesaria para lograr la condena en un proceso penal. Desde esta perspectiva, la opinión pública puede ser un sustituto saludable, más capaz de imponer algún tipo de castigo a los funcionarios públicos corruptos, condenándolos al ostracismo” En: Moro, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação Mani Pulite. *R. CEJ*, Brasília, n. 26, p. 59, jul./set. 2004.

30 Los responsables de la operación “mani pulite” también hicieron un amplio uso de la prensa. Para disgusto de los dirigentes del PSI, que desde luego nunca dejaron de manipular a la prensa, la investigación “mani pulite” se filtró como un colador. En cuanto se detenía a alguien, se publicaban los detalles de su confesión en “L’Espresso”, “La Repubblica” y otros periódicos y revistas simpatizantes. Aunque no hay indicios de que ninguno de los fiscales más implicados en la investigación facilitara deliberadamente

Sergio Moro conocía profundamente las técnicas adoptadas en *Mani Pulite* y ha hablado de ellas varias veces en el sentido de que el apoyo de la opinión pública era esencial en la lucha contra la corrupción. De esta forma, los elementos que deben formar parte de la persuasión racional del juez son compartidos diariamente con la población, a la que se insta a participar, por así decirlo, informalmente en la conducción del proceso, para apoyar sus iteraciones fácticas y axiológicas. Por cierto, Moro expresa su exención de cualquier influencia de *Mani Pulite* en sus decisiones, dado que su investigación tenía una finalidad puramente académica, como si sus *precomprensiones* pudieran ser neutralizadas en las nuevas comprensiones en un caso similar, falacia argumentativa inadmisibles que ha sido superada por las reflexiones de la Hermenéutica Filosófica, particularmente en la obra de Hans-Georg Gadamer, como se ha visto y revisado en las concepciones contemporáneas de la *nueva Hermenéutica* en el Derecho.³¹ Véase la cita *in verbis al final* ³².

información a la prensa, las filtraciones tenían un propósito útil. El flujo constante de revelaciones mantuvo el interés público y a los líderes del partido a la defensiva. En: Moro, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação Mani Pulite. R. CEJ, Brasília, n. 26, p. 59, jul./set. 2004. Disponible en: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-moro-mani-pulite.pdf>. Acceso en: 23 jan. 2024.

31 Gadamer, Hans-Georg. *Wahrheit und Methode; Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*. Tübingen: Mohr Siebeck Verlag, 2010. Véase también: “No hay forma de decidir un caso jurídico asépticamente con un aire de neutralidad. Es más, el juez se forma en una tradición común de la que no puede desprenderse, para convertirse en un personaje togado inmune a precomprensiones, a convicciones arraigadas en su espíritu. Es, ante todo, como subraya Heidegger, un *dasein*, es decir, un “ser ahí”, arrojado al mundo en el que sólo existe a través del lenguaje. No hay ningún método que pueda guiar su percepción del mundo, su percepción del derecho. Finalmente, la frase triunfante de Gadamer: quien se cree libre de preconcepciones es quien más impregnado está de ellos” En: Brochado, Mariah. Apontamentos sobre hermenêutica Jurídica. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 13, n. 100. Brasília–Distrito Federal: Presidência da República, 2011.

32 [...] Su carácter académico, informativo o protocolario en relación con los delitos de corrupción no conduce a

El juez Sergio Moro se pronunció expresamente, en una decisión que dictó, sobre la acusación de que estaba practicando *lawfare* en forma de manipulación de la opinión pública y agitación de los ánimos populares, cosechando los resultados de esta táctica al legitimar el derecho de lucha intraprocésal. Como él mismo escribe, le parecía obvio que las repercusiones del caso eran “de esperar” y que el pueblo tenía un derecho legítimo a expresar sus formas de represión contra los políticos delincuentes, ejerciendo así una presión (absolutamente legitimada democráticamente) sobre la clase política. Este “derecho legítimo” también se instrumentaliza para el combate. Véase la cita literal más arriba en la nota 29 y aquí *in totum*.³³

En cuanto a la filtración de pruebas, el magistrado entiende que es deber del Poder Judicial no ocultar la información

su sospecha para juzgar casos relacionados con la “Operación Manos Limpias”. (5) Los comentarios del magistrado en un texto jurídico publicado en una revista especializada sobre la Operación Manos Limpias (Italia) tienen un carácter meramente académico, descriptivo e informativo y no conducen a su sospecha para juzgar casos relacionados con la Operación *Lava Jato*, puesta en marcha muchos años después. Del mismo modo, y por tener el mismo carácter académico, no autoriza la sospecha del magistrado ni su falta de respeto por los Tribunales de Apelación. En: Brasil. Poder Judiciário. Justiça Federal. Seção Judiciária do Paraná. 13ª Vara Federal de Curitiba. *Sentença Processo nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR*. Ação Penal. Juiz Federal Sergio Fernando Moro, 12 jul. 2017. Curitiba: 13ª Vara Federal de Curitiba, 2017.

33 [...] La acción [judicial] no puede sustituir a la democracia en la lucha contra la corrupción. Es la opinión pública ilustrada la que puede, a través de los medios institucionales adecuados, atajar las causas estructurales de la corrupción. Además, el castigo judicial de los funcionarios públicos corruptos es siempre difícil, si no por otras razones, sí por la carga de la prueba necesaria para lograr una condena en un proceso penal. Desde esta perspectiva, la opinión pública puede ser un sustituto saludable, más capaz de imponer algún tipo de castigo a los funcionarios públicos corruptos, condenándolos al ostracismo. En cualquier caso, es imposible no reconocer la brillantez, con sus limitaciones, de la operación mani pulite, y no hay constancia de nada similar en otros países, ni siquiera en Brasil. En: Moro, Sergio Fernando. Considerações sobre a operação Mani Pulite. R. CEJ, Brasília, n. 26, p. 59, jul./set. 2004.

a la que tiene acceso sobre el comportamiento ilícito de los gobernantes. Según argumenta, la medida no sólo era oportuna, sino también necesaria para ilustrar a la opinión pública sobre las prácticas espurias de los representantes elegidos democráticamente. Sería un error “guardarse un secreto tan oscuro”, según las palabras de Sergio Moro, mencionadas aquí en una nota a pie de página.³⁴ Con una narrativa inspirada en la aplicación del principio de proporcionalidad³⁵, una vez más hay un notable intento de justificar decisiones exorbitantes³⁶ a las prácticas tradicionales del debido proceso legal, una exorbitancia que es característica de la *lawfare procesal*, como hemos visto, negando el verdadero significado y el estricto alcance del sistema legal.

Por último, en su sentencia, el magistrado se empeña en negar explícitamente la práctica de *lawfare* de la que se le acusa, a la que se refiere literalmente como “guerra jurídica”, y lo hace invocando otra garantía más de los estados democráticos: el derecho de expresión y manifestación. Sostiene que la prensa tiene derecho a la libertad de expresión para difundir información, y no sólo por derecho, sino sobre todo por deber. Aquí es posible detectar la instrumentalización de otro derecho fundamental como arma de combate: el derecho a (y el deber de) expresión, la libertad de prensa. Véase la transcripción en la nota al final.³⁷

34 [...] 125. En opinión de este juez, respetando la censura parcial del juez Teori Zavascki, el problema de los diálogos interceptados no era el levantamiento del secreto, sino su contenido, que revelaba intentos del ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva de obstruir las investigaciones y su intención, cuando asumió la Jefatura de Gabinete, de actuar contra ellas con todo su poder político (“tienen que tener miedo”).

126 El Poder Judicial no debe ser el guardián de los oscuros secretos de los gobernantes de turno y el levantamiento del secreto era obligatorio si no por la Corte, por el Tribunal Supremo. En: Brasil. Poder Judiciário. Justiça Federal. Seção Judiciária do Paraná. 13ª Vara Federal de Curitiba. *Sentença Processo nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR*. Ação Penal. Juiz Federal Sergio Fernando Moro, 12 jul. 2017. Curitiba: 13ª Vara Federal de Curitiba, 2017, énfasis añadido.

35 Brochado, Mariah. O princípio da proporcionalidade e o devido processo legal. *Revista de informação legislativa*, v. 39, n. 155, p. 125-141, jul./set. 2002.

36 Aquí vale la pena recordar un hecho relevante en la configuración del *lawfare*: las prácticas interpretativas deben ir más allá de lo que es habitual en la jurisprudencia, constituyendo un abuso extremo en la aplicación de la ley. Como advierte Aurel Sari, citado por Érica Matos, “si el uso del derecho para fines políticos es normal y corriente [léase: la instrumentalización del derecho es banal, como vimos anteriormente con Kittrie], el abuso del derecho debe referirse a algún tipo de estado patológico de las cosas, que apunta más allá del simple hecho de que el derecho es políticamente contestable”. En: Matos, Érica do Amaral. *Lawfare: uma introdução ao tema e uma aproximação à realidade brasileira*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 161, p. 235, nov. 2019.

37 [...] 32. Por último, siempre sobre el tema de la llamada “guerra jurídica”, ¿es también el resultado de la “instrumentalización de los medios de comunicación” o se está llevando a cabo “con el apoyo de sectores de los medios de comunicación tradicionales”?

133. En un entorno de libertad de expresión, corresponde a la prensa informar libremente sobre los hechos. Las sucesivas informaciones negativas sobre determinados políticos, y no sólo sobre el expresidente Luiz Inácio Lula da Silva, parecen, por regla general, más un reflejo del cumplimiento por parte de la prensa de su deber de informar sobre los hechos que una especie de persecución política contra nadie. No hay duda de que la política debe ser retirada de las páginas policiales, pero eso se resuelve retirando el crimen de la política, no la libertad de la prensa. [...]

[...] 135. En cualquier caso, este Tribunal no controla ni pretende controlar la prensa, ni tiene influencia alguna sobre lo que publica. [...]

[Por último, todas estas decisiones se tomaron en el ejercicio regular de la jurisdicción y las alegaciones de que el expresidente Luiz Inácio Lula da Silva sufriría algún tipo de “lawfare” no se apoyan en los hechos de la investigación y del caso, y parecen ser una exageración remota por parte de la defensa de un acusado que está respondiendo al caso en libertad, no sólo de movimiento, sino también de expresión, y que ha estado ejerciendo su defensa ampliamente. En: Brasil. Poder Judiciário. Justiça Federal. Seção Judiciária do Paraná. 13ª Vara Federal de Curitiba. *Sentença Processo nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR*. Ação Penal. Juiz Federal Sergio Fernando Moro, 12 jul. 2017. Curitiba: 13ª Vara Federal de Curitiba, 2017.

4. El desenlace de *Lava Jato* y el legado del *Lavajatismo* forjado en combate

En pleno apogeo de la Operación *Lava Jato*, en septiembre de 2016, cuando Lula fue acusado, los medios de comunicación ya trataban las investigaciones de la operación como un *personaje con designios propios*: “*Lava Jato* acusa”, “*Lava Jato* realiza órdenes de búsqueda y captura”³⁸, “Lula critica a *Lava Jato*”; “Lula acusó a *Lava Jato*”.³⁹ Hasta el 24.01.2024, Google muestra aproximadamente 14.000 resultados exactos y agrupados para la búsqueda “*Lava Jato* acusa”. La lucha adquiere su más insólita representación en la novelización del *Lavajatismo*, con el proceso judicial apareciendo como espacio de entretenimiento, en la revista *IstoÉ*, edición nº 2473 de 05.05.2017, cuya portada presentaba a Moro y Lula posicionados en un ring de boxeo, con el día y lugar de la “pelea” relatados: 10 de mayo y 13º Juzgado Federal de Curitiba.⁴⁰ El primer relator del caso *Lava Jato* en el Tribunal Supremo, el juez Teori Zavascki, criticó duramente el espectáculo mediático⁴¹.

38 Shalders, André. Do que a *Lava Jato* acusa Fábio Luís, filho de Lula. *BBC Brasil, Brasília*, 10 dez. 2019.

39 Prudenciano, Gregory. Lula critica *Lava Jato* e acusa procuradores de perseguição. *Terra*, 19 dez. 2019. Disponible en: <https://www.terra.com.br/noticias/brasil/politica/lava-jato/lula-critica-lava-jato-e-acusa-procuradores-de-perseguiçao,26797dbc293b17e0b7a07654360fd79bst5uuqoy.html>. Acceso en: 23 jan. 2024

40 IstoÉ. Ajuste de contas. *Edição nº 2473*, 5 maio 2017. Disponible en: <https://istoe.com.br/edicao/2473/>. Acceso en 23 jan. 2024.

41 “Tuvimos la oportunidad de presenciar un fuerte espectáculo mediático que tuvo lugar en Curitiba, no con la participación del juez [Sergio Moro], sino del Ministerio Público. Salieron noticias sobre una organización criminal, colocando a Lula como líder, dando la impresión de que se estaba investigando una organización criminal. Hubo este desajuste. Esta espectacularización del episodio no es realmente compatible con lo que fue objeto de la denuncia, ni con la seriedad que requiere la investigación de estos hechos. Si hubiera una denuncia, tendría que ser contra este episodio” En: Ramalho, Renan. STF nega pedido de

Luiz Inácio Lula da Silva fue condenado en primera instancia por el juez Sergio Moro, cuya decisión fue confirmada en segunda instancia por el 4º Tribunal Regional Federal. Correspondía al Supremo Tribunal Federal decidir, en un caso de *Habeas Corpus*, si Lula debía ser enviado a prisión inmediatamente o después de dictada la sentencia definitiva. En ese momento, los ojos de la prensa se volvieron hacia la posición de los 11 magistrados⁴² que ahora eran juzgados por los medios de comunicación: “*Lava Jato* sigue atascada en el STF desde hace casi tres años”.⁴³ En abril de 2018, el STF confirmó el encarcelamiento de Lula⁴⁴, lo que, por así decirlo, fue la convalidación de la opinión pública, cuyo derecho a manifestarse fue instrumentalizado para contraatacar, logrando su propósito.

En 2021, el Supremo Tribunal Federal declaró ilegales todas las pruebas obtenidas en los casos que involucran al presidente Lula, debido a la imparcialidad del exjuez Sergio Moro⁴⁵, quien renunció a su cargo y se convirtió en ministro de Justicia del gobierno de Jair Bolsonaro en 2018. El Supremo brasileño también enumeró como prueba de violación de los deberes de imparcialidad e independencia de la autoridad judicial la decisión de Sergio Moro

Lula, mas Teori critica ‘espetáculo midiático’ do MP. *G1, Brasília*, 04 out. 2016. Disponible en: <http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2016/10/stf-nega-pedido-de-lula-para-tirar-investigacoes-de-sergio-moro.html>. Acceso en: 23 jan. 2024.

42 Schaffner, Fábio. As quatro vezes que o STF julgou prisões em segunda instância. *Gaúchazh*, Brasília, 05 abr. 2018. Disponible en: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/02/02/politica/1517607449_177013.html. Acceso en: 23 jan. 2024.

43 Betim, Felipe. *Lava Jato* segue emperrada no STF quase três anos após primeira lista de Janot. *El país*, São Paulo, 3 fev. 2018.

44 Rossi, Amanda. Por 6 votos a 5, STF nega habeas corpus e abre caminho para prisão de Lula. *BBC Brasil*, São Paulo, 4 abr. 2018.

45 HC 163.943 AgR, Redator do acórdão Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 4.8.2020, DJe 10.9.2020.

del 4 de marzo de 2016, “que ordenó una espectacular conducta coercitiva del entonces investigado, sin su previa citación personal para comparecer ante el tribunal”⁴⁶. El 14 de abril de 2021, el Supremo Tribunal Federal anuló el proceso que implicaba al presidente Lula, por incompetencia del Tribunal Federal de Curitiba. También dictaminó que las acusaciones no demostraban un vínculo causal entre las acciones de Lula como presidente y cualquier contrato específico realizado por los contratistas implicados en los esquemas de corrupción con Petrobras.

Conclusión

El drástico cambio en el comportamiento del poder judicial brasileño, utilizando las prácticas de *lawfare* como forma de espectáculo, llevó el proceso judicial a un

terreno en el que la lucha se desarrollaba en una encrucijada inusitada, en la que los medios de comunicación y el poder judicial, el periodismo y el derecho, el poder del Estado-juez y el empoderamiento de la opinión pública convocada a actuar en la lucha iban de la mano, conformando una verdad procesal sui generis, diseñada por jueces informadores y periodistas con credibilidad informativa.

Liberado por las decisiones del STF, Luiz Inácio Lula da Silva se presentó a las elecciones de 2022, convirtiéndose en el actual presidente de Brasil en su tercer mandato. Sergio Moro fue elegido Senador de la República, en representación del estado de Paraná. El principal acusador del grupo especial de la Operación *Lava Jato*, Deltan Dallagnol, también fue elegido Diputado Federal por el estado de Paraná en 2022 y en 2023 el Tribunal Superior Electoral (TSE) anuló su candidatura por haber renunciado a su cargo de Fiscal Federal a la espera de un procedimiento administrativo disciplinario en su contra: el Tribunal Electoral entendió que este hecho era causa de inelegibilidad, por lo que fue castigado con la pérdida de su mandato. El abogado defensor de Lula, Cristiano Zanin Martins, que planteó incesantemente la práctica del *lawfare* en el caso *Lava Jato*, se convirtió en magistrado del Tribunal Supremo el 3 de agosto de 2023.

En este último párrafo final, no podemos dejar de señalar que el *Lavajatismo* nos ha mostrado cuán esencial es reafirmar la secular importancia simbólica del poder judicial, tal como se ha consolidado en los estados democráticos de la cultura occidental. Este “papel simbólico” es fundamental para la vida de la democracia, porque es en ella donde la población reconoce al poder judicial como *locus último* de la justicia, que tiene rasgos distintivos que deben anular cualquier intento de instru-

46 En cuanto a los diálogos que se filtraron a los medios de comunicación y que incluyen conversaciones entre representantes del Ministerio Público y el juez Sergio Moro, el Supremo también entendió que estas conversaciones sugieren que el juez participó en la definición de los límites de la acusación y colaboró con los fiscales. En su momento, el Supremo señaló como indicio de parcialidad del exjuez el hecho de que aceptara el cargo de ministro de Justicia tras la elección del expresidente Jair Bolsonaro, que durante mucho tiempo había sido el principal adversario político de Lula. Al formar parte del gobierno que se opuso al partido del que Lula es el mayor representante, Sergio Moro se benefició directamente de la condena y el encarcelamiento de Lula. [También es indicativo de su imparcialidad], cuando el magistrado actuó para impedir el cumplimiento de la orden del juez del Tribunal Regional Federal de la 4ª Región Rogério Favreto, que había concedido una orden de habeas corpus para determinar la libertad del expresidente Lula, con el fin de permitirle participar en el “proceso democrático de las elecciones nacionales, ya sea en actos internos del partido o en actos de precampaña”. A pesar de que no tenía competencia sobre el caso y de que se encontraba de vacaciones, el exjuez Sergio Moro actuó intensamente para impedir el cumplimiento de la orden, hasta el punto de telefonar al entonces director general de la Policía Federal Mauricio Valeixo y argumentar que la medida cautelar no debía cumplirse, actuando como si fuera un miembro del Ministerio Público, con el objetivo de mantener al acusado en prisión en un caso en el que ya había dictado sentencia. En: Brasil. HC 164493 / PR – Paraná. Redator(a) do acórdão: Min. Gilmar Mendes. DJe-106 Divulg 02-06-2021 Public 04-06-2021.

mentalizar el derecho de lucha.⁴⁷ Actúan como escudos protectores de la actividad judicial y afirman su legitimidad democrática como autoridad en el estricto curso del proceso judicial. Son: la intocabilidad de sus convicciones, formadas según las rígidas estructuras de la Ciencia del Derecho; la austeridad en su presentación a la

sociedad y en su representación institucional; la sobriedad en la contención de sus manifestaciones públicas; la equiprobabilidad en sus deliberaciones, rigurosamente fundamentadas en Derecho; y la (*juris*) *prudencia* de sus decisiones, que da credibilidad a sus intervenciones sociales con fuerza de cosa juzgada.



Gustave Doré, *Gargantúa y Pantagruel*

47 Brochado, Mariah. Pós democracia e neojudicatura entre a nova razão do mundo e o combate à corrupção no Brasil. En: Brochado, Mariah; Porto, Lucas Magno Oliveira; Sarkis, Jamilla Monteiro; Amorim, Rafael Amorim de. (Orgs.) *Olhar distanciado sobre o combate à corrupção: o caso lava jato entre direito e política*. Curitiba: Editora CRV, 2020. p. 46.

Lawfare y guerra híbrida en Brasil

Roberto BUENO

1. Introducción

El objetivo de este texto es abordar en clave latinoamericana el concepto de *lawfare*¹ y su operatividad dentro del concepto más amplio de guerra híbrida que aquí se propone, mediante el análisis del golpe de Estado cívico-militar contra el mandato de Dilma Rousseff interrumpido en 2016.

Bajo este prisma conceptual, el análisis se dirige en primer término a la comprensión teórica de su aplicación en Latinoamérica, bajo la presión del imperio manejando sus intereses y los de sus asociados en escala «*soft*», mediante lo que Kissinger catalogó como «proyecto de difusión de valores que [...] todos los pueblos aspiraban a reproducir»², vinculando a la periferia a su *corpus* ideológico³, cuyos disidentes potencialmente se convierten en blanco de guerra híbrida y *lawfare*.

2. Lawfare: un nuevo campo de batalla y América Latina

La élite que ejerce el poder a escala planetaria se enfrenta a dificultades crecientes para mantener su posición frente

a miles de millones de individuos subordinados por los intereses abrumadores del capital transnacional, lo que lleva a alternar momentos de guerra y paz bajo interregnos de despiadados conflictos. La sustitución del crudo belicismo en la franja geopolítica occidental y en la periferia pacificada se adapta a la lógica del capital imperialista como regla para la organización de sus intereses y, en principio, articula otros medios para superar cualquier disidencia a su supremacía, siendo uno de ellos las intervenciones «*soft*», que combinan esfuerzos de cooptación con la difusión de los valores y la ideología imperial. El dominio a través del triunfo de las ideas fue percibido por Marx y Engels⁴ cuando advirtieron que «las ideas dominantes en cualquier época no han sido nunca más que las ideas de la clase dominante», interpretación que sigue de actualidad si observamos la incidencia de los instrumentos de post-neocolonización aplicados por el imperio para mantener las economías periféricas en condiciones ideales de drenaje.

Romano y Salas Oroño observan esta clase de intervenciones en la actuación estadounidense contra los procesos políticos y económicos latinoamericanos que fueron descalificados como «populistas»⁵. En

1 Para los orígenes de este concepto, véase el trabajo de dos coroneles chinos: Liang, Qiao; Xianshui, Wang, *Unrestricted Warfare*, Albatross, Hamburgo, 1999.

2 Kissinger, Henry, *Orden Mundial*, Objetivo, São Paulo, 2015, p. 236.

3 Desde la óptica imperial es esencial que sus principios sean aceptados como universales, introduciendo «un elemento de desafío al sistema internacional porque implica el hecho de que los gobiernos que no los practican no serían plenamente legítimos» (Kissinger, 2015, p. 236-237) y, luego, sujetos a persecución.

4 Marx, Karl; Engels, Friedrich, *El Manifiesto Comunista*, Progreso, Moscú, 1990, p. 46.

5 Romano, Silvina; Salas Oroño, Amílcar, «Estados Unidos y América Latina. Una aproximación sobre los think tanks en la región: el caso brasileño», *Centro Cultural de la Cooperación Floreal Gorini*, Buenos Aires, n.º 9, p. 3-14, 2018, p. 3, en: <https://repositorioccc.omeka.net/items/show/76>.

los enfrentamientos globales por el poder es patente que «no se puede negar que el *lawfare*, en todas sus vertientes, es ya un hecho en los conflictos modernos»⁶, disputa por el poder que está en la raíz del *lawfare* entendido aquí a partir de la definición básica de Dunlap Jr.⁷ como una «strategy of using –or misusing– law as a substitute for traditional military means to achieve an operational objective. As such, I view law in this context much the same as a weapon. It is a means that can be used for good or bad purposes»⁸. Se trata de un instrumento apropiable y manipulable por la clase dominante transnacional para hacer prevalecer sus ideas protegiendo sus intereses frente a determinados individuos y grupos clasificados como «enemigos»⁹, a semejanza de los medios que se utilizan en las guerras convencionales, razón suficiente para incorporar el concepto al cam-

po político y posibilitar restricciones en su aplicación¹⁰.

El *lawfare* excluye el territorio y los instrumentos típicos del campo de batalla, adoptando la vía judicial en la que se configura una asociación –condicionada por la adhesión o el «secuestro»– de sus actores centrales, que determina la aplicación de herramientas jurídicas a la persecución política cuya finalidad es económica¹¹. Esta perversión del sistema jurídico llevada a cabo por el poder togado es guiada «desde arriba» y filtrada por las grandes corporaciones de medios y las redes sociales (GMC/RS) –facilitada por su concentración¹²–, orientando la percepción pública de su legitimidad y relegando a un segundo plano el papel de los poderes legislativo y ejecutivo.

En el contexto de la democracia representativa liberal existe la contradicción entre su funcionalidad que requiere la indispensable legitimación popular a través de la difusión de valores y del *corpus* ideológico del imperio pero que, paradójicamente, implementa políticas en interés de

6 Suberviola Gilabert, José, «Lawfare. El uso del derecho como arma», *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 106, julio-diciembre 2016, p. 230.

7 Dunlap Jr. acuñó el concepto de *lawfare* en el ejército estadounidense en 2001. Sobre el tema y sus ramificaciones y su uso político en Latinoamérica, véase Vollenweider, Camila; Romano, Silvina, «Lawfare. La judicialización de la política en América Latina», en Silva, Ramina, *Lawfare e América Latina: a guerra jurídica no contexto da guerra híbrida*, Ithala/GRD, Curitiba, 2022, p. 1. Sobre la judicialización de la política, véase Kaluszynski, Martine, «La judiciarisation de la société et du politique», *Congrès Face à la judiciarisation de la société, les réponses de la Protection Juridique*, París, 21-22 de septiembre de 2006, en <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00134738/document>.

8 Dunlap Jr., Charles J., «Lawfare Today. Perspective», *Yale Journal of International Affairs*, Winter 2018, https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5892&context=faculty_Scholarship, p. 146.

9 La lógica de la organización expropiatoria guía el *lawfare* y clasifica como enemigos a sectores muy amplios de la población, incluida la estadounidense. Sanders señaló que «hay más personas presas en Estados Unidos que en cualquier otro país del mundo [...] en forma desproporcionada, son afroamericanos. [...] como si fueran delincuentes» (Sanders, Bernie, *Contra el capitalismo salvaje*, Clave Intelectual, Madrid, 2019, p. 103-105). La definición y persecución legal de los «enemigos» maximiza las condiciones de expropiación de la riqueza imponiendo el miedo a la sociedad sacando del «mercado» a ciudadanos que exigen políticas de bienestar que disminuyen los recursos apropiables por el casino económico.

10 Wagner Albuja, José Gregorio, «El *lawfare* y su inserción en América Latina», *Nullius: Revista de pensamiento crítico en el ámbito del derecho*, vol. 1, n.º 2, julio-diciembre 2020 (p. 2-31), p. 26, en: <https://doi.org/10.33936/revistaderechos.v1i2.2619>.

11 Este modelo de intervencionismo judicial en el marco del *lawfare* no debe confundirse con el activismo judicial, cuyos fines están desconectados de la técnica jurídica. Para una lectura del activismo judicial de base democrática, véase Grijalva, Agustín, «Novo constitucionalismo, activismo e independencia judicial», en Avritzer, Leonardo, et al. (eds.), *O constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos*, Autêntica, Belo Horizonte, 2017.

12 En Latinoamérica es notable la concentración de los *media*, que en Brasil tiene fuerza para definir los grandes temas. Para aproximación al fenómeno, véase Becerra, Martín; Mastrini, Guillermo, «Concentración y convergencia de medios en América Latina». *Communiquer*, vol. 20, 2017, p. 104-120, en <https://doi.org/10.4000/communiquer.2277>; Mastrini, Guillermo; Becerra, Martín, *Periodistas y magnates. Estructura y concentración de las industrias culturales en América Latina*, Prometeo, Buenos Aires, 2006.

la élite que maneja el sistema desde dentro en contraposición a los de la población¹³, una interpretación de Wright Mills todavía válida¹⁴. La organización global de la clase dominante se produce a través de la intersección de sus intereses en esta esfera, una fuerza arrolladora que se superpone a las estructuras estatales que, manteniendo la formalidad liberal-representativa en el plano interno, necesitan ganarse el apoyo de la población local para debilitar a sus respectivos gobiernos y gestionar los grandes asuntos públicos.

Las guerras híbridas tendrán lugar en este espacio de «conquista», aplicando instrumentos para «persuadir» a las poblaciones de los países-objetivo para que cooperen en arruinar el apoyo político de sus respectivos gobiernos nacional-desarrollistas¹⁵. Para legitimar su intervención, el imperio y la clase dominante transnacional utilizan recursos políticos y de inteligencia¹⁶ –incluidos los militares¹⁷– basados en

una fuerte financiación de organizaciones privadas¹⁸ –ocultando su origen– como Transparencia Internacional¹⁹, que en el caso brasileño apoyó públicamente la operación *Lava Jato* y al juez Sergio Moro para legitimar su intervención²⁰.

Las operaciones de financiación pretenden distorsionar la percepción pública de la realidad; comprometen el ámbito legislativo y la aplicación de la ley; reflejan los intereses de la élite gobernante y encuentran en el *lawfare* una forma de concreción contemporánea. Aunque la lectura de Dunlap Jr. pueda sugerir que «is much like a tool or weapon that can be used properly in accordance with the higher virtues of the rule of law –or not. It all depends on who is wielding it, how they do it, and why», sin embargo, el control de la clase dominante sobre los mecanismos de producción del derecho y su uso estratégico excluye la idea

13 La posición de poder de la minoría que controla los asuntos públicos sugiere que «el máximo poder nacional reside [...] en los dominios económico, político y militar. Las otras instituciones parecen estar en los márgenes de la historia moderna y, en ocasiones, debidamente subordinadas a éstas» (Wright Mills, C., *La élite del poder*, FCE, México, 1989, p. 13-14). Esta descripción nacional de la minoría en el ejercicio del poder en EE. UU. es hoy, en un grado asociativo, aplicable a escala planetaria.

14 También es relevante el análisis del concepto de red invisible de poder (véase Wright Mills, 1989).

15 Korybko, Andrew, *Guerras híbridas. Das revoluções coloridas aos golpes*, Expressão Popular, São Paulo, 2018, p. 85.

16 Los recursos de inteligencia se utilizaron contra el gobierno de Rouseff. La Agencia movilizada fue la NSA, que intervino las comunicaciones telefónicas de varios miembros de la cúpula presidencial en áreas sensibles como la economía, diplomacia y Petrobras. Las acciones contra Rouseff pudieron deberse al inicio de negociaciones con los BRICS para crear un banco multilateral de desarrollo –el Nuevo Banco de Desarrollo (NDB, por sus siglas en inglés)– como alternativa al Banco Mundial y al FMI, ambos perfectamente controlados por Estados Unidos, enfrentados con los objetivos de financiar la infraestructura de países en desarrollo.

17 La movilización de fuerzas militares tuvo lugar en Brasil en los dos golpes cívico-militares de 1964 y 2016, cuando EE. UU. removilizó la 4ª Flota del Atlántico Sur,

reforzando la ruta golpista y el «argumento» para que los «indecisos» se adhirieran a la arbitraria guerra híbrida en el marco de la operación *Lava Jato*, cuyo objetivo era «desmantelar dimensiones importantes del proyecto de desarrollo industrial, tecnológico y energético brasileño» (Skinner, Marta, «Lawfare e o desmonte do desenvolvimento na América Latina», en Silva, Ramina, *Lawfare e América Latina: a guerra jurídica no contexto da guerra híbrida*, Íthala/GRD, Curitiba, 2022, p. 121).

18 Estados Unidos financia organizaciones privadas para influir en actores y favorecer la retirada de aquellos líderes y gobiernos que puedan resultar contrarios a sus intereses. Las organizaciones internacionales son instrumentalizadas como Caballo de Troya para revertir los avances sociopolíticos y económicos alcanzados en los países periféricos. Véase Caballero, Francisco, «Lawfare y guerra mediática», en Silva, Ramina, *Lawfare e América Latina: a guerra jurídica no contexto da guerra híbrida*, Íthala/GRD, Curitiba, 2022, p. 187.

19 Transparencia Internacional es una organización con notable influencia en las grandes corporaciones transnacionales de GMC/RS y sus expertos, activos en la formación de una opinión pública sustentadora de la cosmovisión neoliberal, justificándola y profundizándola. Véase Romano, Silvina, «Lawfare and neoliberalism in Latin America: an approximation», *Revista Sudamerica*, n° 13, Diciembre, 2020, p. 22-23.

20 V. «Transparencia Internacional ofrece apoyo a juez Sergio Moro para las investigaciones de Lava Jato», *Acento*. 27/06/2016, en: <https://acento.com.do/actualidad/transparencia-internacional-ofrece-apoyo-juez-sergio-moro-las-investigaciones-lava-jato-8360688.html>.

de que el *lawfare* se pueda utilizar «adecuadamente», de acuerdo con las virtudes del Estado de derecho. Impulsada por las grandes empresas y la lógica de su sede en Washington, la aplicación del *lawfare* se traduce en la erosión de los fundamentos del Estado democrático de derecho²¹.

Según Caballero, nuestro tiempo histórico se caracteriza por el «dominio del capital [que] se ha establecido en una doble escala a una misma vez: exterior e interior», una realidad potenciada por los esfuerzos del *lawfare* dirigidos contra las fuerzas políticas que divergen de la expansión ilimitada del capitalismo imperialista. Esta incontenencia incluye todo, desde los cuerpos hasta las fronteras nacionales, el precio que se cobra por ofrecer ilusiones materiales (inaccesibles) a la masa de miles de millones de individuos sobre los que recae una pesada propaganda. Compartimos la lectura foucaultiana de Caballero de que «el capital ha ocupado todo el espectro planetario (exterior) a la vez que realiza la subsunción de la vida misma (interior). Así el capital se configura en biopolítica, esto es, en la gestión y administración de los cuerpos de la población»²², y que cuando encuentra fuerzas que se resisten a este proceso, el imperio hace uso de todo tipo de recursos y, entre los más sutiles, aunque con resultados no menos violentos, está la guerra híbrida (y *lawfare*)²³ y su vasta ca-

pacidad de deterioro de la vida humana²⁴.

En clave interpretativa latinoamericana, los conceptos de guerra híbrida y *lawfare* han dado lugar a la persecución de los líderes progresistas más destacados, como muestra Romano: «La expulsión de la esfera política formal de líderes del Partido de los Trabajadores definió la desarticulación de proyectos de desarrollo científico-tecnológico e industrial de corte más bien nacionalista, asociado a la soberanía de recursos naturales, hidrocarburos, etc.»²⁵. Este mecanismo de socavamiento de las instituciones tenía un objetivo económico, y en Brasil contaba con una estructura diferenciada en términos de visibilidad en capas internas y externas, ambas dependientes de una fuerte financiación del capital transnacional. Mientras que la capa externa transmitía una agenda ideológica a través de las GMC/RS con el fin de ganar legitimidad para las transgresiones y acciones atípicas de la policía y el poder judicial²⁶, la capa interna, como la creadora, permanece invisible a los ojos de la población, está constituida por acciones de sectores de la inteligencia estadounidense orientados por el imperio y, en el caso brasileño, estrechamente asociados a Israel²⁷.

21 La destrucción del Estado democrático de derecho implica el menoscabo de los derechos y garantías sustantivas y procesales, especialmente en materia penal. Para un análisis del tema, véase Caamaño, C., «La destrucción del Derecho Procesal», en Zaffaroni, Eugenio et al., (Comp.), *¡Bienvenidos al lawfare!: Manual de pasos básicos para demoler el derecho penal*, Capital intelectual, Buenos Aires, 2021, p. 65-96.

22 Caballero, 2022, p. 172.

23 La aplicación del *lawfare* contra los principales dirigentes del PT causó a Brasil daños por valor de varias decenas de miles de millones de dólares. El renombrado DIEESE (Departamento Intersindical de Estadística y Estudios Socioeconómicos) (<https://www.dieese.org.br/>) estimó que Brasil perdió 4,4 millones de empleos, 172 mil millones de

reales en inversiones, una caída en la actividad económica del orden de 85,8 mil millones de reales, así como una fuerte caída en la recaudación de impuestos, estimada en 47,4 mil millones de reales. Los actores centrales de *Lava Jato* contaban con las GMC/RS para publicitar sus «grandes avances en la lucha contra la corrupción», publicitando la recuperación de una «enorme suma» de 4300 millones de reales para las arcas públicas, una falsificación de lo real que sedujo a una masa de incautos.

24 Zaffaroni, Eugenio, «Lawfare, poder punitivo y democracia», Suplemento Especial do *Página 12* (Argentina), 21.09.2021, en: <https://www.pagina12.com.ar/369614-raul-zaffaroni-lawfare-poder-punitivo-y-democracia>.

25 Romano, 2020, p. 28.

26 Para una aproximación al tema: Castro, Edizon, «La encrucijada del lawfare: entre la judicialización y mediatización de la política», *Nullius: Revista de pensamiento crítico en el ámbito del derecho*, vol. 1, n. 1, p. 85-104, en <https://revistas.utm.edu.ec/index.php/revistanullius/article/view/2476/4060>.

27 La colaboración de Israel mediante el suministro

Esta sofisticada manipulación provoca transformaciones decisivas en la percepción de la realidad ante el intenso enturbiamiento que incapacita a los receptores de los mensajes para captar el mundo objetivo. Para ello se requieren apoyos en el aparato ideológico organizado por el gran capital transnacional y conexiones en la esfera estatal, permeada por el competente ejercicio por las GMC/RS de sus funciones oscurecedoras. Caballero analiza la centralidad de la guerra mediática en la que «en el juego jurídico, el poder de la mediación es tal en la medida que va acompañada de actuaciones que refuerzan el alcance y efectividad de la guerra psicológica en tales procesos»²⁸. En este marco de apoyo cultural e ideológico-político al *lawfare* se inserta el público conocimiento de que los «*think-tanks* son componentes fundamentales en la reproducción del *statu quo*, en la difusión de percepciones e ideas de determinados expertos sobre un tema que son, a su vez, recogidas por la prensa hegemónica»²⁹, que luego se reproducen masiva e incesantemente en este bucle de retroalimentación gramsciana que derrocó a Rousseff³⁰. Otra dimensión ineludible de la operación mediática para forjar las condiciones de *lawfare* es la construcción de puntos de apoyo político a través de la «formación de nuevos liderazgos y en la vinculación con redes académicas que “teorizan”/justifican su postura político-ideológica»³¹.

La formación de líderes está atravesada por el proceso de (re)colonización cultural

y política, la progresiva deconstrucción de la esfera pública y del Estado, de su imagen y de los líderes políticos populares a través de una fuerte inversión mediática. En Brasil, las prácticas de *lawfare* y su autoritarismo³² han sacudido fuertemente la imagen del Partido de los Trabajadores (PT) y de líderes como Lula da Silva («Lula»), Rousseff, José Dirceu y José Genoino, entre otros, que han sido blanco de acusaciones en procesos sin objeto. Esta fue la estrategia de la operación *Lava Jato* –mecanismo de guerra híbrida en Brasil– conectada a la evidente «instrumentalización política del aparato judicial y [que] se sostuvo durante años, no solo a nivel nacional, sino a nivel internacional»³³, cuyo sustento y proceso de legitimación dependió directamente de la aplicación masiva de recursos de las GMC/RS.

El proceso de colonización de la esfera pública para sostener el *lawfare* trasciende la esfera jurídica y moviliza recursos típicos de las operaciones psicológicas³⁴, ya que su éxito depende de un fuerte apoyo popular. Las GMC/RS proporcionan la perspectiva exacta desde la que se recorta la realidad y «otorgan visibilidad y relevancia al rol de los juzgados, reproduciendo la selectividad y parcialidad de los tribunales, apoyados en voces expertas de *think tanks* y académicos que contribuyen a manufacturar un consenso a favor o en contra de determinados sectores políticos»³⁵. Es

remunerado de grandes aparatos de inteligencia y espionaje para la difusión de prácticas de guerra híbrida y *lawfare* ha sido especialmente notable.

28 Caballero, 2022, p. 183.

29 Lajtman, Tamara; Romano, Silvina, «EE. UU. avanza sobre el Brasil de Temer», *Celag.Org.*, Análisis Geopolítico, 27.05.2018, en: <https://www.celag.org/eeuu-avanza-sobre-el-brasil-de-temer/>.

30 Cf. Romano; Salas Oroño, 2018, p. 4.

31 Lajtman, Romano, 2018.

32 Ver Mota, Alice A. de S., «Lawfare como instrumento do autoritarismo brasileiro», en Reis, Helena E. dos; Junior, Osmar P. M., *Lawfare como ameaça aos direitos humanos*, Cegraf UFG, Goiânia, 2021, p. 111-135.

33 Romano, Silvina, «EE. UU. y el Lawfare en América Latina», en Silva, Ramina, *Lawfare e América Latina: a guerra jurídica no contexto da guerra híbrida*, Íthala/GRD, Curitiba, 2022, p. 133-156, p. 140.

34 Cf. Romano, Silvina, 2022, p. 140.

35 Romano, 2020, p. 20. Sobre los *think-tanks*: Svartman, Eduardo Munhoz, «Os *think tanks* dos Estados Unidos e a produção de ideias sobre o Brasil como país emergente, 2000-2016», en *Opinião Pública*, Revista del CESOP, Campi-

una estructura de «reorganización de la realidad», que en Brasil fue decisiva para erosionar el sistema político y deponer al gobierno legítimamente elegido.

Lajtman y Romano sostienen que las estrategias aplicadas en el continente «han contribuido no sólo a la desestabilización de gobiernos progresistas, sino a la justificación de la implementación de medidas neoliberales»³⁶, una región cuyos marcadores socioeconómicos han potenciado las consecuencias de esta política económica agotadora. Su aplicación habría sido imposible de no ser por el enorme aparato de colonización y aculturación efectuado por los *think-tanks* que operan en la periferia bajo financiación estadounidense para proporcionar herramientas ideológicas al nuevo campo de batalla en el que las ideas sustituyen a las armas, hecho creciente en Brasil desde las manifestaciones de 2013, base del golpe cívico-militar³⁷.

3. *Lawfare*, guerra híbrida y psicológica: el imprescindible encubrimiento mediático

La práctica del *lawfare* en Brasil ha unido y sincronizado recursos para atacar los principios ilustrados del derecho, incluyendo la destrucción de los fundamentos del proceso penal³⁸, equipando la «guerra judicial total»³⁹, mostrando la instrumen-

talización del derecho y su aplicación «estratégica» con absoluto desprecio por las garantías constitucionales. El *lawfare* sustituye el debido proceso legal por la acumulación masiva de manipulaciones mediáticas, desplegando los recursos de las GMC/RS para destruir la reputación del campo progresista, cuyos líderes son inmediatamente encuadrados como enemigos públicos contra los que se autorizan todas las acciones, incluidas las judiciales, como las que victimizaron a «Lula».

El *lawfare* es un instrumento de combate exclusivamente contra el poder político democrático-progresista, en el marco de una guerra híbrida desarrollada del mismo modo que las tácticas de guerra militar aplicables al territorio político subordinado al poder económico⁴⁰. El *lawfare* adopta el derecho como arma, puesto que como reconoce Dunlap Jr.: «It is always better to wage legal battles, however vicious, than it is to fight battles with the lives of young Americans», un coste que las sucesivas administraciones del imperio desean evitar. La orden de lanzar la guerra híbrida procede de los altos despachos del imperio, mientras que el diseño del *lawfare* procede de las agencias de inteligencia, para su aplicación «contra Estados o grupos de otros Estados que amenacen de algún modo los intereses del sector público-privado de EE. UU. y sus aliados»⁴¹, un activo bloque planetario de intereses capaz de influir desde el proceso de toma de decisiones hasta las acciones de inteligencia sobre el terreno.

El imperio evalúa previamente la orientación de la política interior y exterior de cada Estado antes de deflagrar una guerra híbrida caracterizada por acciones persua-

nas, vol. 27, n.º 3, sept.-dic., p. 997-1023, 2021, en: <https://www.scielo.br/fj/op/a/gN4wcnmv8d939tJBkYHzzLC/?format=pdf&lang=pt>; véase también Romano; Salas Oroño, 2018.

³⁶ Lajtman, Romano, 27/05/2018.

³⁷ Observando los movimientos de los actores centrales que conformarían *Autolavado*, es posible concluir que la operación golpista comenzó una década antes.

³⁸ Weis, Valeria, «Introducción. Instrucciones para destruir el derecho penal», en Zaffaroni, *et al.*, 2021, p. 23-33; también Zaffaroni, «La destrucción del Derecho Penal», en Zaffaroni, *et al.*, 2021, p. 33-64.

³⁹ Para aproximarse al concepto de «guerra judicial» y sus conexiones con la utilización imprescindible de los medios: Bielsa, Rafael; Peretti, Pedro, *Lawfare. Guerra ju-*

dicial-mediática. Desde el primer centenario hasta Cristina Fernández de Kirchner, Ariel, Barcelona, 2019.

⁴⁰ Cf. Friedman, George, *A próxima década*, Novo Conceito, Ribeirão Preto, 2012, p. 35.

⁴¹ Romano, 2020, p. 17-18.

sivas y «suaves», cooptando cuadros de la judicatura, la política y la administración estatal⁴² para subvertir regímenes periféricos marcados por ambiciones nacionalistas. Esta estrategia favorece una menor visibilidad y una mayor eficacia al secuestrar instancias locales de poder que facilitan el *lawfare*, a la que «se suman los medios de comunicación y redes sociales [...], manufacturando consenso en contra o a favor de determinadas personalidades, grupos o sectores políticos, recurriendo a voces expertas y contribuyendo a la reproducción de la ideología hegemónica»⁴³, necesaria para construir un denso colchón de apoyo para desprestigiar y criminalizar a los poderes políticos que afirman la soberanía y el desarrollo nacional.

Para Wagner Albuja es imprescindible reconocer que la aplicación del *lawfare* en Latinoamérica «ha sido utilizado para la desestabilización y transformación del contexto regional» en detrimento de los objetivos nacionales, imponiendo una «modificación de la configuración geopolítica en varios países de nuestra América, a conveniencia de los intereses de los poderes hegemónicos, impidiendo la inserción y el desenvolvimiento de gobiernos progresistas»⁴⁴. Los líderes políticos progresistas más destacados —exclusivamente ellos— fueron atacados vía *lawfare*⁴⁵; en Brasil su blanco fue el PT, precedido por acciones

de erosión de la imagen de sus líderes⁴⁶ que comenzaron en el primer mandato de Rousseff (2011-2014) en las «Jornadas de Junio» de 2013. Este hecho fue descrito por Antunes y Braga «como si hubiera muchas corrientes multiformes que terminaron encontrando su punto de convergencia en junio de 2013»⁴⁷, «corrientes» que no fueron espontáneas ni casuales, ni tampoco su confluencia marcada por la «rebeldía» que influyó en la formación de la opinión pública contra el gobierno del PT, a la vez que en 2014 Bolsonaro recorría los cuarteles haciendo discursos políticos, una ilegalidad que habría sido impracticable sin la autorización expresa de sus comandantes —y la aquiescencia del Comandante del Ejército, Gen. Villas Boas— hecho que se repitió en la campaña electoral de 2018⁴⁸.

La guerra híbrida en Brasil a partir del 2013 transformó el escenario geopolítico en América del Sur, siguiendo los patrones utilizados en guerras no convencionales para «modificar el mapa económico, político y de seguridad latinoamericano»⁴⁹, transformación que no habría sido posible

42 Ejemplo inequívoco de cooptación política tuvo lugar en Ecuador en la sucesión de Rafael Correa por Lenin Moreno. Véase Gómez, Ava; Calderón, Javier, «Lawfare en Ecuador: la vía 'Lenin' al neoliberalismo», en Romano, Silvina, (Comp.), *Lawfare Guerra judicial y neoliberalismo en América Latina*, CELAG, Mármol/Izquierdo Editores, Madrid, 2019, p. 85-112.

43 Romano, 2022, p. 136.

44 Wagner Albuja, 2016, p. 26.

45 Bent, Yvonne; Delgado, Federico, «El lawfare en Argentina, una nueva dinámica política», *Nullius*, vol. 2, n.º 2, p. 55-73, 2021, en: <https://doi.org/10.33936/revistaderechos.v2i2.4077>; también, Vollenweider, Romano, 2017, Wagner Albuja, 2020.

46 El *lawfare* se produce en conjunción con la deconstrucción de la imagen personal y política de los líderes políticos que han sido el blanco de los ataques, posibilitando un escenario que puede conducir a la subversión del orden democrático, fenómeno que no es ajeno a Latinoamérica y que es causa real de la continua desestabilización de los gobiernos promovidos por el núcleo del imperio. La operación *Lava Jato* fue un experimento destinado a desestabilizar el legítimo cuarto mandato presidencial sucesivo concedido por las urnas al PT, cuyas políticas públicas fueron posibles por el hecho de no estar automáticamente alineadas con los intereses económicos estadounidenses, presentados formalmente por el vicepresidente Temer bajo la forma del «Punto hacia el Futuro», un programa radicalmente neoliberal.

47 Véase Antunes, Ricardo; Braga, Ruy, «Os dias que abalarão o Brasil: as rebeliões de junho, julho de 2013», *Revista de Políticas Públicas*, vol. 18, p. 41-47, 2014, en: <http://periodicos.eletronicos.ufma.br/index.php/rpppublica/article/view/2694/718>, p. 42.

48 «Quartéis se abrem para a campanha eleitoral de Bolsonaro», *El País*, 22.10.2017, en: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/20/politica/1508513779_228341.html.

49 Wagner Albuja, 2020, p. 2 y 26.

sin la destitución de los líderes nacionalistas que se extendió por Latinoamérica: Argentina (Kirchner)⁵⁰, Ecuador (Correa)⁵¹, Paraguay (Lugo)⁵² y Honduras⁵³ (Zelaya)⁵⁴, convertidos en blanco de una intensa campaña de desprestigio, el último de los cuales fue víctima de un golpe de Estado militar. Clave para obtener apoyos para los movimientos en el tablero político, mientras se neutralizan las reacciones, se manipula la percepción pública de la esfera política. Los instrumentos para presionar un cambio en el horizonte son variados, y van desde la imposición de sanciones capaces de destruir sectores enteros de la economía nacional hasta el compromiso de segmentos de dirigentes empresariales, militares, intelectuales y judiciales, un bloque capaz de materializar el potencial rupturista.

La guerra híbrida requiere unas condiciones sociales objetivas para la perpetración de golpes de Estado «suaves» mediante la contaminación y deconstrucción

de los organismos estatales, basándose en la desestabilización sistémica. Romano hace referencia al uso de «instrumentos institucionales, legales y administrativos que no requieren de la actuación directa de las FFAA y que cuentan con la injerencia directa o indirecta de EE. UU.», y demuestra que el *lawfare* actúa como disolvente de las instituciones democráticas, ya que su ataque a los líderes progresistas prohíbe el debate plural y la movilización en torno a objetivos populares. El *lawfare* maximiza este resultado a través de la práctica de la «vulneración total y absoluta de la ley y el Estado de Derecho (que permite la instauración de verdaderos Estados de excepción), bajo el disfraz de legalidad y debido procedimiento»⁵⁵, un manto de legalidad tejido por la instancia mediático-cultural que potencia aún más la legitimidad que ya de por sí poseen las instituciones de justicia.

La intensidad de la guerra híbrida –y del *lawfare*– varía en función de las condiciones históricas de cada Estado-objetivo. El *lawfare* tiene como premisa «eliminar la competencia, aún si eso implica generar el caos y propiciar una ruptura o desgaste sistemático de instituciones y tejidos sociales»⁵⁶, costes sostenibles y deseables, ya que maximiza la propagación de la confusión que se aprovecha para perpetrar medidas excepcionales inaceptables según el funcionamiento normal de los canales de mediación política e institucional, cuando el Estado es descrito por Korybko como «fragmentado y neutralizado, con tácticas físicas y sociales de ‘tierra quemada’ empleadas para mantenerlo en un estado de colapso o semicolapso»⁵⁷.

50 Casos icónicos en Argentina son el procesamiento de Cristina Kirchner y la condena de la líder indígena de la Tupac Amaru, Milagro Sala. V. «La Corte Suprema confirmó la condena de Milagro Sala a 13 años de cárcel», *La Nación*, 15.12.2022, en: <https://www.lanacion.com.ar/politica/la-corte-suprema-confirmando-la-condena-de-milagro-sala-a-13-anos-de-carcel-nid15122022/>.

51 Ver Casado Gutiérrez, Fernando; Sánchez Figueroa, Rebeca, «Lawfare en Ecuador: las acciones del Estado desacreditadas por organismos internacionales», *Nullius*, vol. 1, n.º 1, p. 1-17, 2020, en: <https://doi.org/10.33936/revistaderechos.v1i1.2332>.

52 Ver Soler, Lorena; Nikolajczuk, Mónica, «Actores económicos y medios de comunicación. El golpe parlamentario a Fernando Lugo», *Chasqui, Revista Latinoamericana de comunicación*, CIESPAL, Quito, n.º 136, marzo 2018, p. 263-279.

53 Cf. Wagner Albuja, 2016, p. 25.

54 Ver García, Alberto, «Honduras: 11 años después del golpe», *Descifrando la Guerra*, 28.03.2020, en: <https://www.descifrandolaguerra.es/honduras-11-anos-despues-del-golpe/>; ver también Rodríguez, Mauricio; Ron, Yaifred, «La jugada final de la prensa hondureña: El golpe cocinado en el fuego mediático», *Cuba Debate*, 01.07.2009, en: <http://www.cubadebate.cu/especiales/2009/07/01/la-jugada-final-de-la-prensa-hondurena-el-golpe-cocinado-en-el-fuego-mediatico/#.XxtyMdJKjMw>.

55 Romano, 2022, p. 135 y 149.

56 Romano, 2022, p.150. Para un análisis de la producción del caos en la realidad poscolonial: Comaroff, Jean; Comaroff, John, *Law & Disorder in the Postcolony*, University of Chicago Press, Chicago, 2006.

57 Korybko, 2018, p. 91.

Las GMC/RS desempeñan su papel fundamental creando las condiciones para inmovilizar el campo político popular y sancionando prácticas ilegales como si fueran legales⁵⁸; socava la credibilidad de las fuerzas políticas comprometidas con la soberanía nacional y las políticas de desarrollo social disfuncionales con el neoliberalismo. Las GMC/RS se utilizan para impulsar la destrucción de las reglas jurídicas básicas, atribuyendo presunción de culpabilidad a los representantes políticos populares. Las prácticas bélicas son asumidas como instrumentos legítimos para atacar y derrotar a las autoridades y políticas nacional-desarrollistas⁵⁹, si el adversario es reclasificado como «enemigo». Se justifica la confrontación incluso violenta (sin descartar la eliminación) y se oculta el propósito de apropiación de riquezas.

4. La operación de *lawfare* y *Lava Jato* en Brasil a la sombra de intereses imperialistas

Dunlap Jr. prescribe el *lawfare* como arma sustitutiva de los medios militares tradicionales y destaca que «can be used for good or bad purposes»⁶⁰, pero suce-

de que, desde una perspectiva periférica, su aplicación solo tiene lugar para malos propósitos. El *lawfare* presupone la instrumentalización del aparato policial y judicial, recurso que debe ser incentivado⁶¹ según la visión de un intelectual militar norteamericano, lo cual proyecta la vigencia de sistema jurídico alejado de eficacia democrática que se adhiere a los propósitos de los promotores del derrocamiento de regímenes nacional-desarrollistas, cuya política económica opera de forma contraria a la del Estado mínimo facilitador del máximo drenaje de riquezas.

La implementación del neoliberalismo en Latinoamérica se puede resumir en la legalización de la operación de drenaje de riquezas que afecta a las poblaciones de los países marginados del proceso de distribución de las ventajas materiales del desarrollo y de los valores de la democracia irradiados desde la metrópoli hacia la periferia. Es el caso de Brasil y Sudáfrica, pero también de India y México, poblaciones marcadas por el «resentimiento, consecuencia de una humillación histórica, real o imaginaria»⁶², una situación que impone crecientes dificultades políticas al objetivo de expropiación que ahora exige nuevas estrategias.

La operación de extracción de recursos necesita que la apoye una fracción importante de la opinión pública y, paralelamente, que otra se mantenga en estado de omisión, complicando así la movilización para la resistencia popular. Los instrumentos de guerra psicológica son centrales e influyen en la capacidad de la población para percibir la realidad, interpretar y definir sus opciones políticas. Las GMC/RS

58 Para el análisis de las ilegalidades practicadas durante procesos de *lawfare*, especialmente en el contexto argentino, ver Zaffaroni, Eugenio, «Lawfare o guerra judicial en América Latina», *El Correo*, 12.07.2019, p. 1-4, en: <http://www.elcorreo.eu.org/Lawfare-o-guerra-judicial-en-America-Latina-La-asociacion-ilicita-como-metodo-de-clonacion-de-procesos?lang=f>.

59 Kirchner dijo que era víctima de *lawfare* (véase Bergamo, Mônica, «Justiça persegue líderes como eu e Lula, diz Cristina Kirchner um dia antes de sentença que pode levá-la à prisão», *Folha de São Paulo*, 04.12.2022, en: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2022/12/justica-persegue-lideres-como-lula-e-eu-diz-cristina-kirchner-um-dia-antes-de-sentenca-que-pode-leva-la-a-prisao.shtml>), argumentando que su persecución se debía su perfil político nacional-popular, en contraposición a la amplia libertad de movimiento y acción concedida a los políticos de (extrema) derecha, autorizados a todo contra los intereses nacionales.

60 Sobre el derecho como arma véase Suberviola Gilabert, 2016, p. 189-230.

61 Dunlap Jr., 2018, p. 149.

62 Solano, Francisco, «El malestar de la democracia», *Estudios de Política Exterior*, n.º 129, 01.05.2009, en: <https://www.politicaexterior.com/articulo/el-malestar-de-la-democracia/>.

aplican estrategias de guerra psicológica, transmitiendo «información e indicadores determinados a audiencias extranjeras para influir en sus emociones, motivos, objetivos, razonamiento y, por último, el comportamiento de los gobiernos, organizaciones, grupos e individuos»⁶³.

La guerra psicológica utilizó una fuerte manipulación mediática en apoyo de la actuación judicial y policial en la operación *Lava Jato* a cargo del juez Sergio Moro, pronto convertido en «héroe nacional». Para ello Moro entregó a las GMC/RS una grabación de una conversación privada obtenida ilegalmente entre la presidenta Rousseff y el expresidente «Lula», cuyo contenido generó una conmoción pública y presionó a las instituciones para impedir que «Lula» fuese nombrado jefe de gabinete de Rousseff, en cuyo desempeño –dada su experiencia y confiabilidad en el medio político– debía contener la inminente destitución de la presidenta.

En un contexto de amplia presión sobre la esfera pública y judicial por parte de las GMC/RS, ningún órgano ejerció sus competencias para corregir las ilegalidades cometidas en *Lava Jato*, de lo cual fue ejemplo la mencionada grabación, que sirvió para potenciar acciones de *lawfare* contra los dirigentes más destacados del PT, conduciendo a una parte importante de la opinión pública a revolverse contra quienes clamaban frente a las ilegalidades, alentando a que las masas adoptasen una posición omisiva en paralelo a la aguda movilización de los golpistas. Una movilización extremista reforzada por el uso muy sofisticado de GMC/RS, dividiendo a la opinión y haciendo imperceptible la es-

fera de la realidad y, por tanto, haciendo inviable la reacción.

El *lawfare* revela el choque entre fuerzas absolutamente desiguales, ya que moviliza el sistema judicial contra individuos o grupos –incluyendo familiares y personas cercanas– clasificados como enemigos. El éxito del *lawfare* presupone juego de imágenes donde la perversión de las leyes aparece ante la opinión pública como una acción legal o, al menos, justificable a la luz de la excepcionalidad fraguada. El éxito del *lawfare* depende de la intensa turbidez del entorno –cultural, político y económico–, sin el cual la población visualiza el mundo real, revitalizando las condiciones para la reacción política⁶⁴.

La guerra híbrida en América Latina supuso reemplazar la guerra abierta en el sentido clásico de externalización de la violencia en fuerzas armadas regionales bajo regímenes dictatoriales, y trasladar el modelo de control a un territorio alternativo, aunque no menos eficiente. Se trata de una estrategia ya expuesta por Klein como estructural del modelo neoliberal⁶⁵, para la que «no es posible el control social sin recurrir al discurso del miedo»⁶⁶. Los organizadores del *lawfare* entienden que «el temor siempre ha sido un eficaz recurso de propaganda y hoy de nuevo la principal función de dominación ideológica»⁶⁷, la difusión del miedo llevada a cabo por instrumentos estatales y mediáticos, obteniendo apoyo de la población en la adopción de políticas represivas y legitimando el auge de intervenciones judiciales paralelas a la legalidad⁶⁸.

64 Cf. Vollenweider, Romano, 2022, p. 1.

65 Ver Klein, Naomi, *La doctrina del shock. El auge del capitalismo del desastre*, Booket, Barcelona, 2012.

66 Caballero, 2022, p. 187.

67 Caballero, 2022, p. 187.

68 Esto lleva a la adopción de políticas criminales focalizadas en ciertos grupos sociales, radicalizando el régimen punitivo que interesa a quienes dirigen el sistema

63 Romano, Silvina, «Lawfare, guerra psicológica y desestabilización en América Latina», *Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas*, v. 15, n.º 3, p. 139-159, 2021, p. 141, en: <https://periodicos.unb.br/index.php/repam/article/view/38993/36411>.

El *lawfare* es una forma de control eficiente y menos costosa: organiza a los actores jurídicos principales y calibra los sofisticados recursos tecnológicos disponibles. Esto permitió a la judicatura latinoamericana desempeñar un papel central en los planes de control imperialista⁶⁹ sosteniendo la bandera manipuladora de «combatir la corrupción»⁷⁰, tomándose a sí misma como parámetro de virtud⁷¹. De ahí se deriva el fuerte atractivo que el discurso construido en el núcleo duro del imperio adquirió entre las clases populares y medias de sociedades históricamente enfrentadas a dilapidadores y acaparadores de riquezas y recursos públicos, sin que aquellas tuvieran una noción precisa de los procesos y actores que las estaban controlando. Un porcentaje importante de la legitimidad atribuida a las acciones judiciales en el ámbito de la política proviene de este anhelo de «limpiarla» del tan cacareado fenómeno de «corrupción» que el imperio elabora e inserta en su discurso, calificándolo de «endémico», como si fuera la causa del subdesarrollo y los males que aquejan a Latinoamérica, y no la expropiación de la riqueza y el aumento de la desigualdad que la política económica neoliberal implementada por los socios del imperio impone a los países-objetivo de la periferia global.

económico. Se establece una paradoja en el núcleo del sistema capitalista-financiero: necesita garantizar la «seguridad» para su funcionamiento, pero fomenta una creciente inseguridad para producir condiciones sociales objetivas que apoyen medidas represivas ilimitadas para combatir unos niveles superlativos de «inseguridad» creados artificialmente.

69 Kissinger (2015, p. 236) fue claro respecto del protagonismo norteamericano: «Ningún país ha jugado un papel tan decisivo en la formación del orden mundial contemporáneo como Estados Unidos [...] a lo largo de su historia [...] se expandió por todo el continente reclamando un Destino Manifiesto mientras negaba solemnemente cualquier propósito imperialista».

70 Caballero, 2022, p. 175.

71 Cf. Romano, 2020, p. 22.

Sobran pruebas y testimonios de la participación estadounidense en acontecimientos de subversión del orden democrático en América Latina y de «cómo el gobierno de EE. UU. participa activamente en la corrupción; cómo los altos niveles de gobierno participan en la corrupción en el ámbito privado, a sabiendas»⁷², un movimiento de reconocida eficiencia para la defensa de sus intereses, tanta como la retórica del compromiso con su erradicación. En 2017 se mencionó por primera vez en un documento oficial de las agencias de seguridad estadounidenses que su centro de acción estratégica «utilizaría una nueva modalidad de conflicto no armado, es decir, la lucha contra la corrupción como instrumento de batalla geopolítica, acompañado de la definición de la región del presal brasileño como el epicentro fundamental de la geopolítica energética estadounidense»⁷³. La desestabilización de Brasil desde 2013 alcanzó su pico golpista en 2016 y confirmó el sentido práctico de este documento norteamericano.

La protección de los intereses geopolíticos del imperio y de sus grandes petroleras le llevó al uso de su aparato de inteligencia para acceder a información de Petrobras y del Gobierno brasileño defensor de las reservas recientemente descubiertas estimadas en cuarenta mil millones de barriles de petróleo y gas. Los intereses de las compañías de petróleo pasaban por cambiar la Constitución brasileña que favorecía el monopolio de la estatal Petrobras en la exploración petrolera, intereses cuyos documentos se publicaron por *Wikileaks*. La inteligencia norteamericana interfirió en defensa de su complejo militar-industrial⁷⁴, que exige una política exterior or-

72 Romano, 2020, p. 22.

73 Skinner, 2022, p. 121.

74 Cf. Romano, 2020, p. 28.

ganizada para la venta y uso incesante de su armamento⁷⁵, interferencia marcada por el efecto colateral de tipo disuasorio, dado su poder de infligir pérdidas insuperables a sus objetivos militares, incluso sin utilizar la fuerza máxima.

Una retórica incansable alimenta la «lucha contra la corrupción», que se organiza para apoyar públicamente el *lawfare* solo como instrumento de acusaciones específicas contra el campo progresista; en cambio, la representación del capital es protegida de la aplicación desfavorable del *lawfare*, pues en realidad no se trata de perseguir y castigar la corrupción⁷⁶. Para Skinner la retórica de la lucha contra la corrupción esconde meros «intereses que atentan contra la soberanía nacional y favorecen ganancias exorbitantes para el capital privado internacional, así como beneficios a corto plazo para algunos sectores del capital privado nacional»⁷⁷, y potencia a grupos e iniciativas antisoberanistas. Un claro ejemplo fue el golpe de Estado cívico-militar brasileño de 2016 patrocinado por conservadores y extremistas de derechas cuyos intereses se protegieron bajo el paraguas golpista de la Administración Temer, que pagó el precio de vender los intereses petrolíferos y de Eletrobrás.

La guerra híbrida tiene como objetivo último el drenaje de riquezas y el caso bra-

sileño es esclarecedor, al estar operado por instancias judiciales, contar con el apoyo de altas esferas de la política, los medios de comunicación, la anuencia del sector económico-financiero y militar, cuyo desafío fue excluir a los líderes progresistas del poder. En otras épocas esto se habría ejecutado empleando la fuerza militar; con el *lawfare* los costes son inconmensurablemente menores. Representa «una importante ventaja operativa, cuando no estratégica»⁷⁸, moviliza esfuerzos tecnológicos y, «unlike the traditional cost to develop and maintain fixed military assets, funding a government agency or military units dedicated to conducting lawfare activities for the United States would be significantly cheaper»⁷⁹, mayores ahorros resultantes de la aplicación de los recursos para cooptar líderes.

Estos recursos se han utilizado masivamente en Brasil para destruir imágenes y criminalizar jurídicamente a sus líderes populares más destacados. Brasil ha sido el principal laboratorio de guerra híbrida⁸⁰ hasta la fecha⁸¹, pero no improvisadamente, porque Estados Unidos no la emprende sin reflexión previa y un «estudio de viabilidad para conocer las posibilidades de éxito

78 Suberviola Gilabert, 2016, p. 230.

79 Logan, Trevor Michael, «International Law and the Use of Lawfare: An Argument for the U. S. To Adopt a Lawfare Doctrine», *Tesis de Maestría no publicada*, Master of Science in Defense and Strategic Studies, Missouri, EEUU, May 2017, en: <https://bearworks.missouristate.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4156&context=theses>, p. 73.

80 Cf. Dornelles, João, «Lawfare na América Latina: o caminho do necrocapitalismo para o neofascismo», in Silva, Ramina, *Lawfare e América Latina: a guerra jurídica no contexto da guerra híbrida*, Íthala / GRD, Curitiba, 2022, p. 66.

81 Brasil se ha convertido en el mayor laboratorio de guerra híbrida mediante la aplicación de *lawfare* (cf. Dornelles, 2022, p. 66). Algunos sugieren que este ataque comenzó cuando el PT fue el blanco de la Acción Penal 470 («Mensalão»), ganó consistencia en 2014 con la operación *Autolavado*, y dos años más tarde desembocó en el golpe de Estado cívico-militar.

75 Ver Assange, Julian, «'Fragilizar a Petrobras é uma forma de fortalecer os militares', diz Julian Assange», Entrevista concedida a Fernando Morais, *Blog No-caute*, 11.01.2017, en: <https://www.brasildefato.com.br/2017/01/11/fragilizar-a-petrobras-e-uma-forma-de-fortalecer-os-militares-diz-julian-assange>.

76 Los instrumentos de *lawfare* son usados selectivamente, cuya visibilidad se ve enturbiada por la espesa nube de polvo impuesta por las GMC/RS. Ejemplo argentino de esto es el caso del Grupo Macri cuyas cuentas *offshore* no fueron objeto de investigación cuando a fines de 2016 se confirmó su existencia en distintas partes del mundo. La prensa argentina apenas informó del hecho, inversamente al caso de Cristina Kirchner (cf. Vollenweider, Romano, 2022, p. 6).

77 Skinner, 2022, p. 125.

de la operación»⁸². Es un tejido de guerra híbrida en el que «la gente ni se entera de que está en medio de una guerra»⁸³, porque la radicalización del corte antiilustrado la desplaza del territorio de la racionalidad, y desde una posición cognitiva acrítica desconecta del mundo real. La guerra híbrida produce consecuencias sensibles que no son percibidas como tales, a diferencia de la destrucción causada por las fuerzas invasoras durante la guerra convencional, ya que genera una petrificación psicosocial masiva ante las sucesivas bombas cognitivas lanzadas a diario, capaces de dividir y mantener aturdida a la audiencia mientras que el *lawfare* surte efecto desafiando la legalidad.

Para Korybko la guerra híbrida fragmenta el Estado-objetivo y lo lleva a una posición de «neutralización», resultado de la aplicación de técnicas específicas en el campo físico y en el psicológico; provoca profundas y negativas repercusiones socioeconómicas y crea la percepción de «tierra quemada», derrota y caos. Su consecuencia es mantener al Estado y a la sociedad en estado de «semicolapso» o «colapso» mucho tiempo después de concluida la campaña de desestabilización, generando un estado de cosas que potencia los beneficios que los ejecutores de la guerra híbrida planean obtener. En este nuevo modelo de guerra, la percepción objetiva de su transcurso está ausente, pero no así la destrucción a la que se exponen los países-objetivo, incluyendo el deterioro y la pérdida de vidas (por otros medios) típicos de las guerras tradicionales, con consecuencias no siempre perceptibles a simple vista, de ahí su eficacia⁸⁴.

Las estrategias de las «fuerzas de ocupación híbridas» son diversas: aunque no tiren bombas explosivas, imponen daños humanos similares utilizando «bombas cognitivas», cuyo fin es causar disonancia y desorientación en las poblaciones-objetivo. Utilizan un «bombardeo constante de mensajes contradictorios»⁸⁵, haciéndolo en conjunción con las GMC/RS y segmentos de instituciones clave mediante cambios semánticos, gramaticales y conceptuales arbitrarios de las referencias establecidas. En este territorio cenagoso se abre una amplia brecha para la entrada de fuerzas extractivas de riquezas, que son de cuello blanco y no llevan uniforme; ya no atracan barcos ni los cargan con su botín, sino que manejan documentos legalmente admitidos y gestionados digitalmente⁸⁶.

5. Consideraciones finales

Brasil fue blanco de una guerra híbrida tras las manifestaciones de 2013, la «chispa» identificada por Korybko⁸⁷, un elemento que desencadena una «revolución de colores y, junto con las redes que construye antes de que surta efecto, cristaliza segmentos estratégicos de la población contra las autoridades y aumenta las fuerzas que actúan para el cambio de régimen». Todavía se investiga el período entre 2016 y 2022⁸⁸, pero sí hubo una campaña muy intensa para destruir la imagen de «Lula», favorito a las elecciones de 2018. Se lanzó una campaña de difamación y crimina-

82 Korybko, 2018, p. 82.

83 Leirner, Piero, «Da campanha à conquista do Estado: os militares no capítulo da guerra híbrida», in Martins Filho, João Roberto, *Os militares e a crise brasileira*, Alameda, São Paulo, 2021, p. 118.

84 Cf. Korybko, 2018, p. 91.

85 Leirner, 2021, p. 118.

86 Sobre la guerra híbrida, véase Josan, Cristina, «Hybrid wars in the age of asymmetric conflicts», *Review of Air Force Academy*, vol 1, n° 298, p. 49-52, 2015, en: https://ns.afahc.ro/ro/revista/2015_1/49.pdf.

87 Korybko, 2018, p. 85.

88 Véase Bueno, Roberto, *Golpismo estrutural e subversão da ordem democrática: imperialismo neofascista e pós-neoliberalismo (2016-2022)*. América Latina e geopolítica, Max Limonad, 2024.

lización, aunque las políticas adoptadas habían sido moderadamente reformistas⁸⁹, campaña perpetrada por «“expertos”, que manejan un lenguaje técnico objetivo (el lenguaje jurídico), que se jacta de no estar “contaminado” por la política»⁹⁰.

El golpe de Estado cívico-militar de 2016 demostró que Brasil fue sometido a una firme presión exterior, con un vasto apoyo de líderes de todos los sectores (*trans*)nacionales, lo que potencialmente podría ser reeditado más allá de Latinoamérica. El *lawfare* es un instrumento adecuado para golpes «blandos», «suaves»⁹¹, «asimétricos» o «de baja intensidad»⁹², antidemocráticos por antonomasia, que pasan desapercibidos para el gran público porque prescinden del uso abierto de la

fuerza militar, pero promueven la desestabilización del sistema político, económico, social y cultural con el fin de obtener las condiciones óptimas para derrocar autoridades y socavar regímenes. Los Estados-objetivo son aquellos que disienten de los intereses del imperio y sus grandes corporaciones transnacionales, siendo América Latina uno de los principales focos dados sus vastos y estratégicos recursos para la seguridad alimentaria y comercial de los intereses que orbitan alrededor del imperio. El objetivo de la guerra híbrida es económico, y sus sofisticados instrumentos como el *lawfare* pretenden allanar el camino para conseguirlo, especialmente frente a líderes políticos que se oponen a la ortodoxia neoliberal imperialista.

89 Singer, André, *Os sentidos do Lulismo: reforma gradual e pacto conservador*, Companhia das Letras, São Paulo, 2012; Singer, André; Loureiro, Isabel, (Orgs.), *As contradições do lulismo: a que ponto chegamos?*, Boitempo, São Paulo, 2016. Sobre el perfil de algunos de los gobiernos progresistas en el poder en Latinoamérica: Gaudichaud, Franck; Webber, Jeffery; Modonesi, Massimo, *Los gobiernos progresistas latinoamericanos del siglo XXI. Ensayos de interpretación histórica*, UNAM Ediciones, 2019, en: <https://hal.science/hal-02320891/document>.

90 Vollenweider, Romano, 2022, p. 2.

91 Sobre los golpes «suaves» en el continente latinoamericano: Borón, Atilio, «Lawfare y golpes blandos. El ataque a la democracia en la Argentina y América Latina», 28.08.2018, en: <https://www.youtube.com/watch?v=01e-1V0cl9jo>.

92 Romano, 2021, p. 139.

Lawfare en Guatemala: la persecución de los operadores de Justicia que combatieron la corrupción y la impunidad

Alejandro RODRÍGUEZ BARILLAS

I. Introducción

En Guatemala, las redes político-económicas ilícitas (REPIS)¹ han logrado obtener el control del sistema de justicia. Ello ha sido la reacción de los grupos hegemónicos a los importantes avances obtenidos por la Comisión Internacional contra la Impunidad (CICIG) en el periodo comprendido entre los años 2007 a 2019. En este lapso la CICIG, actuando juntamente con una Fiscalía conformada con fiscales de elite denominada FECI (fiscalía especial contra la corrupción) logró identificar más de 70 estructuras criminales implicadas en corrupción y violaciones de derechos humanos, sindicaron a más de 1.540 personas y obtuvieron más de 400 condenas², entre ellas, la condena del Presidente y Vicepresidente de la República, ministros de Estado, magistrados de la Corte Suprema de Justicia y Diputados.

Sin embargo, desde el año 2017 los más altos funcionarios del Estado (Presidente, Ministros, magistrados), así como políticos y empresarios vinculados a la gran corrupción afectados por las investigaciones, se plantearon obtener el control de las instituciones estatales para revertir la lucha contra la corrupción y la impunidad. Utilizaron a ciertas organizaciones de la sociedad civil, como la Fundación contra el Terrorismo (FCT) y otras vinculadas a la inteligencia militar, para realizar una persecución política contra los jueces, fiscales y abogados que llevaron adelante los procesos penales. En ejecución de ese plan, en el año 2019, impidieron la renovación del mandato de la CICIG. Posteriormente, tomaron el control de la Corte de Constitucionalidad, del Ministerio Público y de la CSJ. Desde esta nueva posición de poder, las REPIS desataron una persecución penal selectiva y arbitraria contra dichos operadores. Para ello promovieron todo tipo de denuncias infundadas, que han provocado el procesamiento y encarcelamiento de fiscales anticorrupción de la FECI y antejuicios sin fundamento contra jueces. A través de estos procesos de criminalización se han desarticulado completamente algunas de las dependencias más importantes del Ministerio Público, como la Fiscalía Especial contra la Impunidad y la Fiscalía de

1 Las redes político-económicas ilícitas son entramados complejos y transicionales, que se desplazan entre lo público y privado, entre lo gubernamental y lo empresarial, entre lo lícito y lo ilícito y entre lo formal y lo informal, y tienen por finalidades lograr: a) poder indebido (político y/o económico), b) influencia indebida (política y/o económica), c) impunidad para sus acciones ilícitas y d) enriquecimiento indebido", CICIG. Fundación Myrna Mack. Redes ilícitas y crisis política: la realidad del Congreso guatemalteco 2019.

2 CICIG. Informe Legado de la Justicia 2019. Disponible en https://www.cicig.org/wp-content/uploads/2019/08/InformeLegadoJusticia_SI.pdf

Derechos Humanos y, se ha obligado a la renuncia de jueces de mayor riesgo³.

Adicionalmente, en el año 2023, las REPIS intentaron utilizar el *lawfare* para revertir los resultados de las elecciones presidenciales, que ganó ampliamente el candidato del Partido Semilla, Bernardo Arévalo. En ese marco, la Fiscal General promovió acciones ilegales para suspender al Partido Político Semilla e impedir la toma de posesión del presidente electo. Todo ello generó una movilización social masiva en defensa de la democracia por parte de la ciudadanía, en donde destacaron los pueblos indígenas, que exigieron públicamente la destitución de la Fiscal General Consuelo Porras y del juez que ordenó estas medidas. También la comunidad internacional calificó estas acciones penales como una manipulación perversa del sistema penal para revertir los resultados electorales⁴, y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) otorgó medidas cautelares al Presidente Arévalo⁵.

El presente artículo pretende exponer desde una perspectiva teórica y práctica, cómo se empleó el *lawfare* o guerra jurídica en Guatemala.

II. Algunas precisiones conceptuales

La CIDH ha acuñado el concepto de criminalización como el uso indebido del

derecho penal a través de la manipulación del poder punitivo del Estado por parte de actores estatales y no estatales con el fin de obstaculizar las labores de los defensores de derechos humanos⁶. Para la CIDH la criminalización es uno de los mecanismos que actores estatales, a veces con el apoyo de actores no estatales, utilizan para hostigar, intimidar e impedir el desarrollo normal del trabajo de los defensores de derechos humanos en sentido amplio. La propia CIDH reconoce en sus diversos informes sobre la situación de defensores de derechos humanos, que los actos de intimidación y hostigamiento contra la labor de estos abarca una serie de modalidades, incluida, los atentados contra el derecho a la vida (ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas) las amenazas, las injerencias en la vida privada (como los allanamientos a las residencias u oficinas, las interceptaciones telefónicas, la vigilancia y seguimiento) así como las campañas de estigmatización utilizando redes sociales u otros medios de comunicación⁷.

Sin embargo, aun cuando el concepto criminalización es correcto, omite abordar un punto toral y es el hecho que se trata de una estrategia militar. Por ello, es más correcto hablar de *lawfare* o guerra jurídica, porque esta es una estrategia militar que describe un método de guerra asimétrica no convencional en el que la ley es usada como un medio para conseguir un objetivo militar⁸. En este caso, la anulación de cier-

3 Ver CIDH. Informe anual 2022. Capítulo IV, Guatemala. Par. 84.

4 Declaración del Alto Representante de la UE, 5 de octubre de 2023. Indica que UE se encuentra "profundamente preocupada por los continuos y persistentes intentos de socavar estos resultados electorales mediante acciones legales y de procedimiento selectivas y arbitrarias que no están en consonancia con la Constitución guatemalteca ni con las normas internacionales y regionales suscritas por Guatemala".

5 Ver CIDH Resolución 48/2023 Medidas Cautelares No. 574-23 Cesar Bernardo Arévalo de León y Karin Herrera Aguilar respecto de Guatemala. 24 de agosto de 2023

6 CIDH. Criminalización de defensoras y defensores de derechos humanos, OEA/SER.LV/II. Doc. 49/15, 31 de diciembre de 2015.

7 Ver. CIDH, Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas, OEA/Ser.LV/II.124. Doc. 5 rev. 1, 7 de marzo de 2006. Y CIDH, Segundo informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas, OEA/Ser.LV/II. Doc. 66, 31 de diciembre de 2011.

8 Dunlap JR., Charles J. "Lawfare Today and Tomorrow," en International Law and Changing Character of War. Raul A. Pete Pedrozo y Daria P. Wollsschlaeger (eds.), p. 315.

tos opositores políticos. Un militar norteamericano, Charles Dunlop define el *lawfare* como “el uso de la ley como arma de guerra”, mediante la manipulación de la ley para alcanzar objetivos estratégicos. Para el profesor de la escuela de Derecho de Harvard David Kennedy *lawfare* es “el arte de gestionar conjuntamente la guerra y la ley”.

En Guatemala, donde los militares han ocupado un lugar protagónico en la vida política, es lógico que el concepto de *lawfare* haya sido adoptado como estrategia de guerra para preservar el poder político y económico alcanzado durante las dictaduras militares. Se debe recordar que durante las décadas de los 70 y 80, las dictaduras militares en Guatemala emplearon técnicas de terrorismo de Estado para imponer su proyecto político. En ese marco, la CEH en su Informe Memoria del Silencio documentó el uso sistemático de la desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales, y del genocidio contra las poblaciones mayas. Cerca de 45 000 personas fueron víctimas de desaparición forzada, 200 000 personas fueron ejecutadas extrajudicialmente, 615 comunidades mayas fueron exterminadas y cerca de un millón de personas fueron desplazadas forzosamente⁹. Estos hechos fueron posibles, debida a la anulación completa y total del sistema de justicia¹⁰. En la doctrina de la seguridad nacional el Sistema de Justicia no tiene prácticamente ningún protagonismo, pues toda la represión política se realiza por un aparato ilegal, clandestino y secreto. En ese marco, los grupos militares generaron estructuras criminales que se apoderaron de amplios sectores del crimen organiza-

do y de la gran corrupción dentro del Estado¹¹.

La firma de los acuerdos de paz en la década en 1996 reconoció esta situación histórica y por eso uno de los compromisos más importantes fue la consolidación de un sistema judicial independiente, fuerte y transformado, que tuviera capacidad para proteger los derechos humanos.¹² Esto dio origen a profundas transformaciones en el sistema de justicia en Guatemala, con la introducción de un nuevo Código Procesal penal de carácter acusatorio, la creación del Instituto de la Defensa Pública Penal, la consolidación de la carrera judicial y la transformación del Ministerio Público. Los avances anteriores se vieron consolidados por el trabajo de la CICIG a partir del año 2007. La CICIG es un mecanismo híbrido de justicia transicional, a través del cual abogados e investigadores expertos en indagar sobre estructuras criminales asistirían a las instituciones del Estado a dismantelar los aparatos clandestinos y cuerpos ilegales. Sus pesquisas permitieron identificar la amplia conexión entre militares, políticos y empresarios en la defraudación del Estado de Guatemala.

Frente a ello, sectores militares y empresariales se plantearon el uso del *lawfare* como estrategia para impedir el avance y la consolidación de una justicia independiente en Guatemala. El objetivo era neutralizar a los operadores de justicia independientes, a través de técnicas de anulación de su personalidad y su “muerte civil”. Crear un efecto intimidante para que jueces y fiscales abandonasen todo esfuerzo por oponerse a las estructuras de poder que cooptan el Estado de Guatemala.

Disponible en http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3090&context=faculty_scholarship

⁹ Comisión de Esclarecimiento Histórico. (CEH) Informe Memoria del Silencio. Guatemala, 1999.

¹⁰ CEH. Informe Memorial del Silencio. Conclusión 10.

¹¹ Susan C. Peacock y Beltrán, A. *Grupos ilegales armados en la Guatemala post conflicto y las fuerzas detrás de ellos*. WOLA. Washington, 2003.

¹² Punto 8 Acuerdo sobre Fortalecimiento del Poder Civil y Función del Ejército en una sociedad democrática.

Los elementos centrales del Lawfare son: a) la reorganización del aparato judicial: las élites con el control del aparato del Estado colocan en espacios clave a “técnicos”—abogados, jueces, fiscales—vinculados al poder en turno, para atacar al adversario político y/o prevenir situaciones hostiles en su contra; b) la selectividad de la persecución penal. Quizá el elemento más importante es el uso de medios de comunicación masiva y concentrados: operan como una guerra psicológica, de modo transversal, manipulando la opinión pública, demonizando a los operadores de justicia independientes que se quieren atacar. La idea es crear una violencia simbólica en contra del objetivo, destruyendo su imagen pública, minando su credibilidad, presentándolo como un delincuente, persona perversa, etc. Se busca magnificar algunos rasgos de su personalidad, a la vez que “manufacturan consentimiento” popular para distorsionar la imagen pública del juez o fiscal. Actualmente, estas acciones se realizan a través de sistemas automatizados o *bots* o *net centers*, que replican ciertos mensajes, para dar la impresión de que cuentan con un respaldo masivo o popular.

El *lawfare* genera y distribuye falsedades (*fake news*) en el momento en que se vale de la comunicación como medio de desinformación, pues implica el uso indebido de herramientas jurídicas para la persecución política. Es el marco conceptual para analizar los fenómenos de criminalización de operadores de justicia. Mientras la criminalización de operadores de justicia es uno de los métodos para destruir o anular al opositor político, el *lawfare* tiene un espectro más amplio, que requiere articulación con los medios de comunicación que operan manufacturando consenso en contra de determinadas personalidades, grupos o sectores po-

líticos. En ese contexto, es parte de una de las estrategias utilizadas por los militares, la guerra ideológica. Todas estas técnicas se combinan para lograr la eliminación y la desmoralización del adversario político, y se concretan especialmente en el plano de la opinión pública. La desmoralización se orienta a eliminar al adversario de la esfera política formal, con medidas que van desde el procesamiento judicial y el linchamiento mediático, hasta la cárcel y la ruina económica, procesos jurídicos extendidos en el tiempo y con altos costes.

III. El uso del lawfare contra operadores de justicia

Tras la salida de la CICIG en 2019, la CIDH ha comprobado que en Guatemala se da “la utilización sistemática del derecho penal dirigido en contra de personas operadoras de justicia identificadas como independientes con motivo del trabajo realizado en casos emblemáticos de corrupción y graves violaciones a los derechos humanos en el conflicto armado interno”¹³.

El plan de lawfare fue expuesto abiertamente por uno de los principales protagonistas de los ataques a la independencia Judicial, el abogado Raúl Falla, de la FCT. Este señala que tras la salida de la CICIG “...no queda otro camino más que perseguir judicial y mediáticamente a los actores claves que sometieron a nuestra soberanía y con ello atentaron en contra de los derechos humanos de cientos de guatemaltecos (...) y en especial al jefe de la fiscalía especial contra la impunidad Juan Francisco Sandoval y otros de la misma ralea, incluyendo obviamente a los Magistrados de la Corte de Constitucionalidad, al Procurador de los Derechos Humanos y algunos vivido-

13 CIDH. Informe anual 2022. Capítulo IV b. párr.33.

res sociales. A todos ellos, va dirigido este mensaje para que sepan que no vamos a descansar hasta que no sean procesados y encarcelados e incluso desprestigiados en su función pública, ante los medios de comunicación y las redes sociales, por haber socavado su cargo a intereses ilegítimos, quebrantando la ley en perjuicio del estado y de sus habitantes”¹⁴.

Una de las formas de ataque más utilizadas ha sido la presentación de denuncias infundadas contra jueces y fiscales, de manera reiterada y sistemática. Las denuncias penales tienen la particularidad de que son realizadas por los mismos actores: la FCT u organizaciones afines inteligencia militar, tales como Guatemala Inmortal, Liga Propatria, Asociación de Dignatarios de la Nación. En casi todos estos casos, los abogados que patrocinan a dichas asociaciones son los mismos. En este proceso de criminalización participan activamente los funcionarios del Sistema de Justicia, tanto del Ministerio Público como de los tribunales de justicia.

Por estos actos de criminalización, el Departamento de Estado de los Estados Unidos de América ha designado a varios funcionarios del Ministerio Público y del Organismo judicial, en la lista de actores corruptos y no democráticos de la sección 353 del informe sobre personas extranjeras que han participado en acciones que socavan procesos o instituciones democráticos, actos significativos de corrupción, u obstrucción de investigaciones¹⁵.

14 El Siglo, Raúl Falla. Columna de Opinión: “Luego de CICIG. Kidon”. Publicación realizada el 26 de agosto de 2019. Disponible en: <https://elsiglo.com.gt/2019/08/26/luego-de-cicig/>

15 Entre los funcionarios judiciales designados en la Lista Engel de actores que obstaculizan la lucha contra la corrupción en Guatemala, el departamento de Estado ha designado a La Fiscal General, el Secretario General del Ministerio Público, varios fiscales, 5 magistrados de la Corte Suprema de Justicia y 1 magistrado de la Corte de Constitucionalidad. Ver. CCINOC. Los 52 actores corrup-

III.1. Cooptación del sistema de justicia para el *lawfare*

A continuación, se analizan los principales mecanismos que posibilitaron la estrategia de cooptación del sistema de justicia para lograr la criminalización de operadores de justicia independientes.

La elección de 2021 de magistrados a la Corte de constitucionalidad permitió a los grupos vinculados directamente a las REPIS designar, por diversos mecanismos, a magistrados altamente cuestionados en procesos que violan los estándares internacionales¹⁶. Dado que la CC es el máximo intérprete de la Constitución y el más alto tribunal en materia de protección de derechos humanos, su control significa convalidar todas las acciones jurídicas de criminalización y violaciones a las garantías judiciales cometidas por los tribunales penales ordinarios y el Ministerio Público, contra los operadores de justicia criminalizados, dejando a los acusados en situación de indefensión jurídica.

Por otra parte, con la reelección de Consuelo Porras como Fiscal General en el año 2022, las REPIS preservaron el control total del Ministerio Público, obtenido desde el año 2018. La reelección estuvo plagada de ilegalidades como constató la CIDH: “ El 17 de mayo, el Presidente de la República eligió a la Consuelo Porras para un nuevo periodo, lo que ha sido severamente cuestionado por parte de la comunidad internacional y organizaciones de la sociedad civil nacional e internacionales, en particular porque su designación significaría la continuidad de una política

tos o antidemocráticos en Guatemala, según la “lista Engel”. Disponible en: <https://ccinoc.org/informe-externo/los-actores-corruptos-o-antidemocraticos-en-guatemala-segun-la-lista-engel/>

16 Ver CIDH. Informe Anual 2021. Capítulo IV b Guatemala.

de manipulación del derecho penal y persecución judicial, así como del desmantelamiento de los avances institucionales alcanzados años atrás en el Ministerio Público y la FECI con el apoyo de la CICIG en materia del combate a la corrupción y la impunidad”.¹⁷

El Ministerio Público tiene una configuración jerárquica, concentra todas las decisiones administrativas en la persona de la Fiscal General y las reformas a la Ley Orgánica reforzaron su poder, de forma que sus decisiones no pueden ser cuestionadas internamente. Con base en estas facultades administrativas, la Fiscal General ha procedido a destituir arbitrariamente y sin justa causa a cerca de 100 fiscales en los últimos 3 años, desmantelando y reconfigurando las Fiscalías de Sección¹⁸. Todas estas destituciones son contrarias a la legislación nacional y a los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

Las destituciones, traslados arbitrarios y las reasignaciones de casos, han provocado en consecuencia un clima de temor dentro del MP, que hace que los fiscales obedezcan las instrucciones de persecución penal arbitraria. También ha significado que los fiscales que han mantenido criterios independientes y se han negado a realizar acciones ilegales fueran destituidos, sin observar los estándares de estabilidad en el cargo establecidos por la Corte IDH¹⁹ o trasladados de forma inmediata y, en algunos casos, han sido criminalizados.

A través de estos métodos ilegales, se ha obtenido la manipulación indebida de

procesos y acciones de persecución política en contra de los operadores de justicia. Especialmente, la persecución penal se ha dirigido en contra de fiscales de FECI, Defensores de derechos humanos y los jueces de mayor riesgo. En todos estos casos, la FCT ha jugado un papel importante como querellante adhesivo, dirigiendo los procesos. Debido a la intervención de la FCT, los fiscales que han desestimado denuncias penales infundadas presentadas por esta agrupación han sido destituidos o trasladados de Fiscalía y en su lugar se han colocado fiscales afines.

El resultado de todo ello ha sido la implementación de una política de persecución penal arbitraria y selectiva en contra de operadores de justicia, que ha llevado a que se inicien numerosos procesos contra magistrados de la Corte Constitucional, fiscales de FECI, jueces de alto impacto, etc. Acciones que van acompañadas de fuertes campañas de acoso cibernético.

Las REPIS han logrado, además, el control de la Corte Suprema de Justicia, a través de procesos de elección de magistrados en 2014, que han sido severamente cuestionados. El proceso de elección de Cortes de 2019 se encuentra paralizado, por la negativa del Congreso de la República a celebrar las votaciones, bajo los parámetros establecidos por la Corte Constitucional, en su sentencia de 6 de mayo de 2020. Esto ha provocado la indebida prolongación de funciones de la CSJ electa en el 2014, para favorecer la impunidad de diputados y otros funcionarios públicos, así como miembros de las REPIS.

En ese marco, la Presidencia del Organismo Judicial retiene un control jerarquizado sobre los procesos administrativos, que le permite ejercer una enorme influencia sobre nombramientos de jueces, asignación de casos, designación de salas de apelaciones para conocer de antejuicios.

17 CIDH. Informe anual 2022. Capítulo IV. Guatemala. parr. 79

18 CIDH. Informe anual 2022. Capítulo IV. Guatemala. Parr.84 y ss.

19 Resolución de La Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 23 de Septiembre de 2021, Medidas Provisionales y Supervisión de Cumplimiento de Sentencias Caso Valenzuela Ávila, y Caso Ruiz Fuentes y Otra Vs. Guatemala.

Igualmente, las facultades administrativas permiten a la Presidencia del OJ realizar el nombramiento de auxiliares judiciales y la designación de jueces suplentes. Estos poderes han sido reforzados por las reformas legales que vuelven a concentrar en la CSJ muchas de las funciones administrativas relativas a la carrera judicial, devolviendo la presidencia del Consejo de la carrera judicial a la Presidencia de la CSJ, que robustece el control jerárquico sobre los jueces.

La asignación de los casos de manera arbitraria constituye un *forum shopping*, que permite que estas judicaturas emitan resoluciones arbitrarias e ilegales, mediante el uso indebido del derecho penal para criminalizar a los operadores de justicia, catalogados como enemigos del sistema²⁰.

III.2. Patrones de ataque a jueces, fiscales y defensores de derechos humanos

En este contexto de impunidad y graves violaciones a la independencia judicial, resulta frecuente que los abogados que defienden y representan a operadores de justicia y defensores de derechos humanos enfrenten una serie de ataques en su contra, con el objetivo de hacerlos desistir de la defensa o incluso, someterlos a procesos penales indebidos y a prisión preventiva, por el ejercicio de su labor.

Existen varios patrones de interferencia en el ejercicio de la función de los operadores de justicia, defensores de derechos humanos y periodistas, que actualmente se están desarrollando de forma sistemática. Estos patrones incluyen cinco formas de injerencias indebidas: a) vigilancia y se-

guimiento, b) amenazas y acoso a través de redes sociales, realizada de forma sistemática y planificada por *net centers* manejados por las REPIS y coordinados desde órganos estatales de inteligencia, c) allanamientos y registros de oficinas profesionales, d) uso indebido del derecho penal, con la intención de criminalizar operadores de justicia y e) abuso de la prisión preventiva como mecanismo de coerción para obtener declaración de autculabilidad.

Todos estos mecanismos de intimidación también han sido utilizados contra otros defensores de derechos humanos no juristas, como periodistas, líderes campesinos y líderes políticos. La estrategia de intimidación busca generar un clima de temor entre ellos.

Se ha podido constatar que los procesos de estigmatización y difamación de los operadores de justicia y defensores de derechos humanos son precedidos de vigilancia y seguimiento de sus actividades. Un gran número de operadores de justicia criminalizados han sufrido campañas de desprestigio en redes sociales, que se utilizan de forma sistemática como medio de propaganda y difusión para procurarse impunidad. La CIDH ha venido monitoreando el uso de las redes sociales o *net centers* como mecanismo de intimidación desde el año 2017²¹. En las medidas cautelares decretadas a favor de operadores de justicia, tales como la Fiscal General Thelma Aldana, la jueza de Mayor Riesgo Erick Afán, la magistrada de la CC, Gloria Porras, la CIDH puso de relieve la vinculación directa de estos ataques en redes sociales y las Redes Económico-Políticas Ilícitas que operan en el país.

En el caso de operadores de justicia, los *nets centers* han sido utilizados como

20 Así lo declaró el Grupo de trabajo de Detenciones arbitrarias e ilegales, en el caso de Fiscal Anticorrupción Lilian Virginia Laparra Rivas, por haberse emitido órdenes de prisión preventiva y condenas ilegales y arbitrarias.

21 CIDH. Observaciones Preliminares de la Visita in loco de la CIDH a Guatemala, Comunicado de prensa de 4 de agosto de 2017.

un mecanismo de acoso cibernético, tanto para intimidarlos por su función, transmitir amenazas de muerte y articular campañas de desprestigio. Estas amenazas se hacen exhibiendo fotografías de los operadores de justicia realizando actividades de carácter personal o relacionadas con su labor de defensa, empleando expresiones propias del discurso de odio. Como se ha señalado, las imágenes provienen de operaciones de vigilancia y seguimiento realizadas por aparatos de inteligencia. Algunos mensajes contienen amenazas de muerte, de criminalización, de que serán encarcelados por su trabajo de defensa o que tendrán que marcharse al exilio.

Algunas de las campañas de desprestigio se enfocan principalmente en contra de las juezas, fiscalas y abogadas mujeres y tienen un fuerte componente de violencia de género. En este punto, los *nets centers* han difundido mensajes de odio, misoginia y violencia contra la mujer, estigmatizándolas con sobrenombres como “la Caba-lona”, “Lady Munra”, Lady Zorrillo, etc.

Muchos de los mensajes contienen información confidencial y reservada de procesos judiciales, que anuncian capturas u otras diligencias judiciales. El acceso a esta información privilegiada evidencia la conexión entre el MP y las redes sociales encargadas de las campañas de desprestigio. Suponen una forma de acoso cibernético, encaminado a denigrar y desprestigiar a los abogados defensores, dañar su imagen pública y perjudicar su integridad psicológica y emocional. La presión que provocan estas campañas limita gravemente el libre ejercicio de la profesión de abogados. La CIDH ha constatado que los procesos de criminalización contra operadores de justicia son acompañados, en ocasiones, de actos previos como declaraciones por parte de altos funcionarios que los acusan de cometer delitos o

de realizar actividades al margen de la ley con el fin de deslegitimar sus labores y su reputación²².

De lo anterior se concluye, que existen fuertes indicios para inferir que son los propios cuerpos y fuerzas de seguridad, particularmente, los aparatos de inteligencia, la fuente de la interferencia en las legítimas labores de los operadores de justicia, que constituye delito, por ser amenazas a su labor.

A las amenazas anteriores, se agregan otras formas de intimidación, como el allanamiento de oficinas o sedes de los abogados defensores. Estos allanamientos pueden ser realizados de forma ilegal, disfrazados como robos comunes, o pueden ser realizados en el marco de investigaciones judiciales en procesos de criminalización. Estos allanamientos pueden tener por objetivo obtener información protegida por la garantía de confidencialidad del secreto profesional; así como transmitir mensajes de intimidación para hacer desistir del ejercicio de la defensa. Los allanamientos con orden judicial en las oficinas de abogados también han sido decretados por los jueces en el marco de investigaciones seguidas por el Ministerio Público, por delitos concernientes al ejercicio de la defensa en procesos penales. Esto vendría a ser una violación al secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente, ya que se busca información relacionada directamente con el ejercicio de la defensa.

Los allanamientos se hacen también en las casas de familiares de los operadores de justicia para causar temor.

En el caso de un ex fiscal de derechos humanos que llevó el juicio contra Ríos Montt por Genocidio, se realizó el allana-

22 CIDH, Criminalización de defensores y defensoras de derechos humanos, documento núm. 49/15, 31 de diciembre de 2015, párr. 15.

miento para ejecutar una orden de captura, por delito de abuso de autoridad. El enorme despliegue de fuerza realizada para efectuar el allanamiento fue transmitido en vivo y se pudo ver en televisión las imágenes del abogado cuando era sacado de su residencia esposado. Algo contrario a lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución, que prohíbe transmitir imágenes de personas que no han sido escuchadas por juez competente.

Como el sistema de justicia penal se encuentra controlado por las redes ilícitas, tanto en el MP, como en el Organismo judicial, no existen garantías para un debido proceso en Guatemala²³. En ese marco, se ha podido observar que los operadores de justicia y sus defensores han sido sometidos a un gran número de denuncias relacionadas con el ejercicio de su función profesional. Los fiscales y jueces controlados por las REPIS han realizado graves violaciones de los derechos humanos al investigar y procesar hechos que no son constitutivos de delitos.

La interposición de denuncias en contra de operadores de justicia es realizada siempre por los mismos denunciantes: FCT, Guatemala Inmortal y abogados vinculados a estos grupos. Estos actos de criminalización son respaldados por agentes estatales, que se prestan a promover acciones legales infundadas, especialmente, los Fiscales que actualmente dirigen la Fiscalía Especial contra la Impunidad, la Fiscalía de Delitos Administrativos, la Fiscalía de Asuntos Internos, entre otras. El número de denuncias contra operadores de justicia por el ejercicio de su función judicial es significativo. La ex magistrada de la CC Gloria Porras fue denunciada en más de 81 procesos, todos por sus resoluciones judiciales. El ex Jefe de FECI fue denunciado en

75 ocasiones. Las denuncias contra jueces también son elevadas, por ejemplo, en el caso de Miguel Ángel Gálvez, más de 12 denuncias.

Al analizar el fenómeno de la criminalización contra el juez Gálvez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una resolución de medidas provisionales en la cual indica que “Dado que del proceso de antejuicio puede resultar una separación del juez del proceso vinculado al presente caso, el Presidente recuerda que la independencia judicial se trata de uno de los ‘pilares básicos de las garantías del debido proceso’, por lo que cuando se afecta en forma arbitraria la permanencia de las juezas y los jueces en sus cargos, se vulnera el derecho a la independencia judicial consagrado en el artículo 8.1 de la Convención²⁴.... En razón de todo lo anterior, el Presidente estima necesario ordenar la adopción de medidas urgentes, para proteger la vida e integridad personal del juez Miguel Ángel Gálvez Aguilar, titular del Juzgado B de Mayor Riesgo del Organismo Judicial de Guatemala y su independencia judicial”. Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó en su resolución de medidas urgentes que: “28. El Tribunal observa que diversos órganos internacionales de protección de derechos humanos, en años recientes, han expresado su preocupación ante una situación de afectación a la independencia judicial en Guatemala, a través de la criminalización, estigmatización, intimidación, acoso y ataques contra los operadores de justicia en los casos en que hay avances en la lucha contra la impunidad. Al respecto, en los años 2019 y 2020 la Alta Comisionada

24 Resolución De La Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 9 de septiembre de 2022, Medidas Provisionales Y Supervisión De Cumplimiento De Sentencia Caso Guadalupe Álvarez Y Otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala, parr.28. <https://www.refworld.org/es/docid/5e59c1d04.html>

23 CIDH. Informe Anual 2022. Capítulo IV b. op.cit.

de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos observó que ‘las juezas y los jueces de los Tribunales de Mayor Riesgo que presiden casos relacionados con justicia de transición y corrupción han sido en particular blanco de ataques’²⁵. Además, ‘[s]e presentaron demandas espurias y solicitudes de antejuicio para remover de sus puestos a algunas juezas y jueces’, y se usaron ‘con frecuencia los medios de comunicación y las redes sociales para desacreditar a juezas y jueces’. Por tanto, ‘exhort[ó] a todas las autoridades competentes del Estado a aplicar medidas efectivas para proteger a juezas, jueces [...], y sus familias, con el fin de garantizar la independencia judicial’. En 2021 el Relator Especial para la Independencia de Jueces y Abogados de las Naciones Unidas indicó que “Guatemala debe dejar inmediatamente de abusar de la ley para acosar a los jueces”²⁶, y recordó que “[l]os jueces deben gozar de cierto grado de inmunidad en materia civil o penal en relación con las decisiones adoptadas de buena fe en el desempeño de sus funciones”, la cual “se deriva del principio de independencia judicial y tiene por objeto proteger a los jueces de cualquier forma de intimidación, obstrucción, acoso o interferencia indebida en el ejercicio de su función”²⁷. En los años 2021 y

2022, la CIDH “constató la agudización de acciones e injerencias sistemáticas contra la independencia del sistema de justicia”, y advirtió que recibió información “sobre la intensificación de la criminalización y estigmatización” contra los operadores de justicia. Al respecto, recomendó “[p]roteger a las y los operadores de justicia frente a ataques, actos de intimidación, amenazas y hostigamientos, investigando a quienes cometen violaciones contra sus derechos y sancionándolos efectivamente”, y “[a]bstenerse de promover diligencias de antejuicio basadas en el juicio jurídico de las y los operadores de justicia o como medio de represalia por el trabajo que realizan”²⁸. En específico, en agosto de 2021, la CIDH destacó su preocupación por la criminalización de cuatro jueces “con competencia de Alto Riesgo”, entre ellos el juez Miguel Ángel Gálvez Aguilar, “tod[o]s [...] beneficiarios de medidas cautelares”, y señaló que estas acciones buscan retroceder los logros conseguidos en contra de la corrupción y la impunidad²⁹.

Los delitos que se usan para criminalizar a los operadores de justicia son abuso de autoridad, incumplimiento de deberes, resoluciones contrarias a la constitución, prevaricato, revelación de secretos, entre

25 Cfr. ONU. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, 17 de enero de 2020 (A/HRC/43/3/Add.1), pág. 33 y 89.

26 Cfr. ONU. Relator Especial para la Independencia de Jueces y Abogados, Diego García-Sayán. “Guatemala: Los principales jueces sufren amenazas y deben ser protegidos-experto”. Comunicado de Prensa de 2 de julio de 2021. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/2021/07/guatemala-top-judges-face-threatsmust-be-protected-expert>.

27 Cfr. ONU. Relator Especial para la Independencia de Jueces y Abogados, Diego García-Sayán. “Guatemala: Experto de la ONU profundamente preocupado por la negativa del Congreso a volver a nombrar magistrada de alta Corte”. Comunicado de Prensa de 19 de abril de 2021. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/2021/04/guatemala-un-expert-deeply-concerned-congress-refusal-reappoint-topjudge>.

28 CIDH. Comunicado de prensa: “La CIDH expresa preocupación por acciones que debilitan la independencia judicial en Guatemala”, 6 de agosto de 2021. Disponible en: <http://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/203.asp>; CIDH. Comunicado de Prensa: “CIDH expresa preocupación por nuevas afectaciones a la independencia judicial en Guatemala”, 22 de febrero de 2022. Disponible en: <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2022/037.asp>, y CIDH. Informe anual 2021: Capítulo IV. Guatemala, 26 de mayo de 2022, pp. 741, 809 y 810. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2021/capitulos/IA2021cap4B.Guatemala-es.pdf>.

29 Resolución De La Corte Interamericana De Derechos Humanos de 9 de septiembre de 2022, Medidas Provisionales Y Supervisión De Cumplimiento De Sentencia Caso Gudiel Álvarez Y Otros (“Diario Militar”) Vs. Guatemala, párr.28. <https://www.refworld.org/es/docid/5e59c1d04.html>

otros. Muchos de estos delitos, son tipos penales abiertos, que dan lugar a interpretaciones arbitrarias, aptas para un uso indebido del derecho penal. Además, se ha procedido a incriminar a sus abogados defensores, por el ejercicio de actos de defensa, tales como delitos de colusión, obstrucción a la justicia, obstaculización a la acción penal, revelación de información, patrocinio infiel y falsedad ideológica. En las denuncias se relatan hechos espurios y fundamentos ambiguos para utilizar estas figuras legales, que no corresponden legalmente. El uso indebido del derecho penal debería dar lugar a la desestimación de forma inmediata de estas denuncias infundadas, por parte de los fiscales y jueces. Sin embargo, lo que se ha observado es que los fiscales y jueces han efectuado interpretaciones demasiado amplias o abusivas de los tipos penales, dando lugar a la apertura indebida de investigaciones penales por hechos manifiestamente infundados.

Además, en muchos casos, los jueces han emitido resoluciones arbitrarias e ilegales, para someterlos a proceso penal y en ocasiones, decretar su aprehensión y prisión preventiva, en clara violación al principio de legalidad penal. Esta aplicación indebida del derecho penal genera incertidumbre e imprevisibilidad en el ejercicio de la función de abogacía, y se ha convertido en un mecanismo de intimidación con el fin de obstaculizar sus labores de defensa como operadores de justicia y defensores de derechos humanos.

Los cargos que se están imputando a fiscales son notoriamente absurdos. Así en el caso de la exfiscal Virginia Laparra se le procesó por el delito de abuso de autoridad, por haber denunciado administrativamente a un juez penal. El Grupo de trabajo de detenciones arbitrarias declaró que la prisión preventiva en este caso de

Virginia Laparra era contraria al artículo 9 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos³⁰.

Igualmente, se procesó a una abogada que fue mandataria de CICIG por promover una querrela penal contra una Magistrada de la Corte Suprema de Justicia. Esta magistrada había llamado a su despacho a un juez, para que dentro de la causa judicial beneficiara a su hijo (quien se encontraba en prisión preventiva por un caso de defraudación millonaria del seguro social) con una medida sustitutiva. La ex abogada de CICIG fue sometida a prisión preventiva por dos meses y corre el riesgo de ser condenado por un hecho que no es delito conforme el derecho nacional e internacional.

Otros casos se relacionan con la simple presentación de peticiones ante los tribunales correspondientes. Así, en el caso de una abogada se le inició proceso penal por solicitar la conexión de una causa judicial a otra más antigua. Los delitos que le imputaron, junto a su defendida, una ex fiscal de FECl, es el delito de colusión. Sin duda, resulta absurdo, que pueda atribuirse el delito de colusión entre abogado-cliente, ya que ambas representan un mismo interés y, por lo tanto, no puede existir una confabulación contra la justicia, por ponerse de acuerdo en realizar una estrategia defensiva.

Otros delitos tienen relación con el ejercicio de la defensa y la presentación de pruebas de descargo. Se trata de incriminar por la presentación de ciertos documentos, con el objetivo de demostrar que son falsos y así atribuir al abogado obstrucción a la justicia. También se ha criminalizado las comunicaciones sostenidas entre abogado y cliente. Así, en el caso de

30 Grupo de trabajo de detenciones ilegales y arbitrarias. Opinión núm. 24/2023, relativa a Lilian Virginia Laparra Rivas (Guatemala) 18 de mayo de 2023.

la abogada Leyly Santizo se le incautó su teléfono y se procedió a realizar la extracción de sus mensajes de texto, con algunos de sus defendidos. El MP le imputa haber compartido información con el ex Jefe de FECL, quien es su patrocinado. Al respecto, el ex Jefe de FECL aclaró que “esta serie de mensajes lo único que denotan es que estoy ejerciendo la defensa en mis casos y que tenía una comunicación con una de las abogadas que forman parte del equipo”³¹.

Otros actos que han dado lugar a la persecución penal indebida tienen que ver con el legítimo ejercicio de la libertad de expresión del abogado defensor durante las audiencias judiciales. En un caso contra una ex Fiscal de FECL, la juez de Quetzaltenango ordenó certificar lo conducente contra su abogada defensora, cuando esta se encontraba exponiendo los motivos por los cuales consideraba que su retiro de la audiencia era ilegal. La juez no permitió a la abogada hacer uso de la palabra para impugnar la decisión y ordenó el empleo de la fuerza pública para retirarla de la Sala. El delito por el cual se solicitó iniciar investigación es el de desorden público.

Igualmente, se ha procesado infundadamente a abogados por el delito de obstrucción a la justicia, sobre la base de las estrategias de defensa y la presentación de pruebas. En estos casos, se ha ejercido actos de coerción contra los abogados, para obligarlos a revelar información amparada en el secreto profesional con su cliente, al someterlos a prisión preventiva ilegal, algo contrario al privilegio de confidencialidad, que impide que los abogados

puedan declarar en contra de sus clientes, por hechos o actos que les hayan revelado en el ejercicio de la defensa. El relator de Independencia Judicial ha revelado que este tipo de actuaciones atenta contra el principio de confidencialidad que debe reinar entre el abogado y su cliente, así como contra el debido proceso. El principio de confidencialidad está destinado a proteger las comunicaciones verbales y escritas entre abogados y entre el abogado y su cliente³².

En consecuencia, el uso indebido de estos tipos penales está generando temor entre operadores de justicia y sus abogados defensores. Pues estos pueden ser sometidos a proceso o encarcelamiento arbitrarios y en muchos casos, condenados ilegítimamente, por actos que se encuentran protegidos por el derecho internacional y nacional con relación al legítimo ejercicio de su función profesional. El patrón sistemático de estos ataques provoca que los abogados se abstengan de defender a estos colectivos o renuncien a su ejercicio, colocando a sus patrocinados en una situación de indefensión.

Por otra parte, en la mayoría de los casos judicializados se ha acordado orden de aprehensión, en lugar de una citación a primera declaración, que era lo legalmente procedente. Las órdenes de aprehensión decretadas no cumplen con los estándares internacionales en materia de restricción de libertad, en la medida en que no justifican los motivos por los cuales en el caso concreto era necesario adoptar una medida tan drástica y tiene una finalidad ilegítima, ser usada como represalia por haber investigado determinados delitos y causas.

31 Diario LA HORA. Juez ordena al MP investigar a fiscal que pidió la captura de Sandoval y Santizo,

Por Diego España –12 enero, 2023. Disponible en: <https://lahora.gt/nacionales/diego/2023/01/12/juez-ordena-al-mp-investigar-a-fiscal-que-pidio-la-captura-de-sandoval-y-santizo/>

32 Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Diego García-Sayán. Protección de los abogados contra injerencias indebidas en el ejercicio libre e independiente de la profesión jurídica. A/HRC/50/36. 2022, par.99.

Las audiencias de primera declaración y otras relevantes, son llevadas con demoras evidentes y tienen por objeto prolongar la privación de libertad, en tanto se adopta una decisión definitiva sobre la procedencia de decretar una prisión preventiva o una medida sustitutiva. Estas demoras injustificadas van generando un grave deterioro en las condiciones de salud y en la capacidad de presentar defensas efectivas en los procesos.

Como ha sido reseñado, la mayoría de los casos tratan de hechos que no constituyen delito o que están directamente criminalizando el ejercicio de la legítima función de abogado defensor. Además, los abogados defensores son sometidos a prisión preventiva, aunque cuando no concurren los presupuestos legales de peligro de fuga u obstaculización a la acción penal. El uso indebido de la prisión preventiva es uno de los mecanismos utilizados para obtener confesiones bajo coacción.

Los operadores de justicia y los abogados defensores de ciertas personalidades públicas, como el periodista José Rubén Zamora, han sido sometidos a presiones para que abandonaran la defensa. Nueve abogados han patrocinado al señor Zamora, algunos de los cuales renunciaron durante el juicio. Seis de sus abogados enfrentaron procesos penales infundados, por el delito de obstrucción a la justicia y obstaculización a la acción penal. Estos abogados fueron sometidos a prisión preventiva, por delitos que no justificaban su uso conforme a los estándares internacionales de derechos humanos. Enfrentados a la perspectiva de un proceso largo y costoso, los abogados defensores se declararon culpables invocando los beneficios de la Ley de Aceptación de cargos.

Un ejemplo es la condena de un abogado defensor que padece de diabetes e hipertensión, por aplicación de la Ley de

aceptación de Cargos. El abogado fue colocado en aislamiento, privado de sus medicamentos y asistencia médica apropiada. Ante el peligro de sufrir daños irreversibles en su salud, se declaró culpable del delito de Conspiración para la obstrucción de justicia³³.

Dos abogados aceptaron confesarse culpables y acogerse a la Ley de Aceptación de Cargos, tras ser sometidos a encierro en celda de aislamiento e incomunicación, utilizando técnicas de privación sensorial. Además, los abogados consideraron que no tenían perspectiva de un proceso justo y equitativo, por la falta de independencia e imparcialidad de los tribunales, lo que los expondría a pasar varios años en prisión preventiva, antes de llegar a juicio.

Como se observa, las declaratorias de culpabilidad son extraídas de manera coactiva, en violación al derecho a no declarar contra sí mismo, ni confesarse culpable. Por la forma violenta en que se extrajeron las confesiones, se puede afirmar que se violó el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.

IV. Conclusiones: El crimen de persecución política

De acuerdo con un informe de la Misión de Jueces de la Federación Latinoamericana de Magistrados y la Unión Internacional de Magistrados, el proceso de criminalización de operadores de justicia es un hecho que se habría agudizado debido a

33 Castañeda aceptó los cargos por lo que el juez Jimi Bremer procedió a condenarlo del delito de conspiración para la obstrucción de la justicia a 3 años de prisión conmutables. A esta condena se le suma el pago de 25 mil quetzales en concepto de reparación digna. Como parte de los beneficios de la ley de aceptación de cargos, se le suspendió la pena por un tiempo de 4 años, lapso en el que Castañeda no puede cometer ningún ilícito pues de lo contrario su pena se reactivaría y podría ir a prisión.

la ausencia de garantías de independencia de la Corte Suprema de Justicia y de las Cortes de Apelaciones en Guatemala³⁴.

Como se ha expuesto en este artículo, los procesos instruidos en contra de los operadores de justicia se han visto caracterizados por la restricción indebida de garantías judiciales, que impiden el derecho de defensa y el debido proceso. Entre las principales restricciones se encuentra la declaratoria de reserva de las actuaciones, que impide tomar conocimiento de los hechos imputados y de las pruebas de cargo; la denegación de pruebas de descargo; el ocultamiento de importantes medios de prueba; el uso de colaboradores eficaces o testimonios de coimputados. Sin embargo, el principal mecanismo de arbitrariedad es el uso de la prisión preventiva para obtener confesiones o declaraciones de culpabilidad.

Los resultados de la criminalización han sido sumamente graves: más de 76 defensores de derechos humanos se encuentran en el exilio, por temor a ser sometidos a encarcelamiento arbitrario, en condiciones de detención que pueden considerarse como una forma de tortura, tratos o penas crueles o degradantes. Más de 12 operadores han sido sometidos a prisión preventiva en lo que constituye encarcelamiento arbitrario. Además, algunos operadores y sus defensores se han declarado culpables, bajo coacción. Otros han sido condenados arbitrariamente.

Bajo esta perspectiva, los actos cometidos contra los operadores de justicia, defensores de derechos humanos y sus abogados defensores, se inscriben en un patrón sistemático de hechos delictivos, que buscan una finalidad política ilegítima, como lo es la impunidad para las estructuras criminales de corrupción (REPIS). El uso masivo y sistemático de los recursos del Estado para ejercer esta persecución penal arbitraria contra exfiscales, jueces y defensores puede ser considerado una forma de obstrucción a la justicia, realizada de manera sistemática. Asimismo, el hecho de someter a procedimientos y prisión arbitraria a los defensores, también de manera sistemática, puede ser considerado un crimen internacional de persecución política, según los artículos 7.1.h y 7.2) del Estatuto de Roma.

Podemos concluir que el Estado de Guatemala no garantiza a los operadores de justicia y a los abogados defensores de operadores de justicia y defensores de derechos humanos, las condiciones mínimas para que puedan ejercer su función de forma libre y segura. Esto genera una grave responsabilidad internacional del Estado, dado que impide que los operadores de justicia y defensores de derechos humanos garanticen los derechos de la población. Pero, además, los ha identificado como “enemigos del Estado”, los ha sometido a procesos de estigmatización y denigración pública y les ha privado arbitrariamente de sus derechos.

34 Informe de la Misión de Jueces de la Federación Latinoamericana de Magistrados y la Unión Internacional de Magistrados, “Ataques a la independencia judicial en Guatemala”, octubre de 2022, págs. 6 y 7.

El nuevo libreto del *lawfare* en Ecuador

Violencia política de género y guerras jurídicas interseccionadas en el caso Rebelión

Adoración GUAMÁN
Fidel JARAMILLO PAZ Y MIÑO

1. El *lawfare* como elemento de obturación de las alternancias democráticas en América Latina

El término *lawfare* utilizado como herramienta para analizar las estrategias de subversión de los procesos de alternancia democrática se ha convertido en un marco teórico de especial utilidad para la comprensión de las llamadas “guerras jurídicas” que se han sucedido en América Latina en la última década.

Aun cuando es imposible sintetizar la abundante doctrina producida en los últimos años sobre el concepto de *lawfare*, es necesario abordar aquí una mínima definición a efectos de recordar los términos del debate. Tal y como han explicado autoras fundamentales en el análisis de la cuestión¹, en el marco del *lawfare* los conceptos bélicos se instalan en el ámbito de la justicia con el objetivo de perseguir, desle-

gitimar y anular a las y los adversarios políticos, destruir su imagen pública, impedir su participación en la contienda electoral y obturar así el cambio en la representación política.

El procesamiento o encarcelamiento de líderes y lideresas políticas ha sido la punta del iceberg del *lawfare*, pero, como es bien conocido, la estrategia va mucho más allá. En esta ofensiva jurídico-política se combinan instrumentos como la utilización del aparato administrativo sancionatorio para perseguir a la militancia de la oposición; la vulneración de la independencia e imparcialidad judicial mediante los cambios en los mecanismos de nombramiento y destitución de jueces; la injerencia en los procesos electorales para dificultar o impedir el sufragio pasivo o el ataque a la institucionalidad electoral para sembrar la duda sobre la credibilidad de los procesos, sumándose a todos ellos la acción de los medios de comunicación para aniquilar la imagen de líderes políticos y dar una pátina de veracidad al conjunto de la estrategia². Con la estrategia del *lawfare* se persigue

1 Proner, C. (2019). “Lawfare como herramienta de los neofascismos” en Guamán, A. et al. (2019) *Neofascismo la bestia neoliberal*, Madrid, Akal; Garzón et al. (2023) *Objetivo: Cristina. El lawfare contra la democracia en Argentina*. Buenos Aires, ELAG, CLAJUD, CELAG; Samper, E., Ramina, L., Proner, C. (2023). *Guerras jurídicas contra la democracia. El lawfare en América Latina* | Volumen I. Buenos Aires, ELAG, CLAJUD, CELAG, Instituto Joaquín Herrera Flores; Zaffaroni, E.R. et al. (2020) *Bienvenidos al Lawfare*. Buenos Aires. Capital Intelectual; Romano, S. et al. (2019) *Lawfare. Guerra judicial y neoliberalismo en América Latina*. Sevilla, Mármol-Izquierdo Editores.

2 Mejía, L. M. y Jaramillo, M. (2023) “Lawfare, judicialización de la política y corrupción transnacional. La nueva dinámica en la democratización incompleta de América Latina”, en Samper, E., Ramina, L., Proner, C. (2023). *Guerras jurídicas contra la democracia. El lawfare en América Latina* | Volumen I. 1ª Edición, Buenos Aires, ELAG, CLAJUD, CELAG, Instituto Joaquín Herrera Flores.

renovar o afianzar estructuras de subordinación geopolítica, colocando o manteniendo a gobiernos capturados serviles a los intereses políticos del *hegemon* y del capital financiero internacional, ampliando el dominio de las instituciones financieras en los diseños de las políticas públicas (la captura corporativa) y el control de las empresas transnacionales sobre las vidas humanas y la naturaleza, para dar paso a lo que René Ramírez³ llamaba “dictaduras democráticas”, término conexo a lo que Canfora y Zagrebelsky⁴ han denominado “la máscara democrática de la oligarquía”.

Como es bien sabido, el término *Lawfare* se ha utilizado para el análisis de los escenarios políticos de Argentina en Brasil. Menos conocido, pero con una enorme incidencia en la realidad del país encontramos el caso de Ecuador, donde el arquetipo del *lawfare* ha experimentado una mutación expansiva, fenómeno al cual dedicamos las siguientes páginas.

2. El *lawfare* en Ecuador: de la persecución a la corrupción a la persecución por rebelión

En su acepción más clásica, el *lawfare* comenzó en Ecuador en las postrimerías del 2017, bajo el mandato del expresidente Lenín Moreno. Cabe recordar que Moreno se presentó a los comicios presidenciales de aquel año como el sucesor del proyecto político de Rafael Correa, algo que era refrendado por su programa de gobierno, sus intervenciones públicas y principalmente por su experiencia como

Vicepresidente del Gobierno de Correa durante dos períodos.

Sin embargo, una vez electo, Lenin Moreno inició un proceso contrario a su propio plan de gobierno y se autoproclamó, de manera expresa, como la persona que tendría como misión poner fin a la “era correísta”. En apenas unos meses, Lenin Moreno abrazó un programa neoliberal, contrario a los compromisos adquiridos en su campaña⁵. La consecución de este giro requería tanto el descrédito del ejecutivo anterior como la eliminación de la esfera de decisión o influencia política de actores fundamentales del correísmo, principalmente contra Rafael Correa y el vicepresidente del propio Moreno, Jorge Glas, y otros cuadros históricos, pero también la progresiva desarticulación del movimiento político que había aupado a Moreno al poder y del que necesitaba desvincularse.

En un breve espacio de tiempo, el nuevo gobierno acogió la estrategia ya ensayada en Brasil o Argentina y posicionó el combate contra la corrupción como clivaje central de un discurso orientado a cuestionar y desacreditar al gobierno anterior e impulsar una ofensiva jurídica contra los principales políticos correístas e incluso contra la propia organización política⁶.

5 Chávez, D. (2022). *Estrategias estatales en el Gobierno de Moreno*. Paz y Miño, Juan (Coord.). *Cambio de rumbo. Ecuador: Economía y sociedad 2017-2021*. Minas Gerais: Editora Navegando. Chávez, D. (2022). *Lucha de clases en Ecuador*. Jacobin (16.07.22). <https://jacobinlat.com/2022/07/16/lucha-de-clases-en-ecuador/>

6 Virgilio Hernández ha calificado la actuación de las autoridades electorales como “bloqueo político”, señalando que “los ‘correístas’ enfrentaron la persecución judicial y la proscripción política, puesto que se les impidió durante cuatro años registrar el movimiento político que les representaba y tuvieron que recurrir, en pleno siglo XXI, a la realización de alianzas clandestinas para poder participar democráticamente en los procesos electorales”. Vid., Hernández, V. “Lawfare recargado, reforma constitucional y bloqueo político: el caso del de la revolución ciudadana en Ecuador” en Samper, E.; Ramina, L.; Proner, C., *Gueras jurídicas contra la democracia. El lawfare en América Latina* | Volumen I. 1º Edición, Buenos Aires: Escuela de

3 Ramírez, R. (2020) “Dictaduras democráticas, autoritarismo neoliberal y revueltas populares en tiempos de Covid-19” en <https://www.celag.org/dictaduras-democraticas-autoritarismo-neoliberal-y-revueltas-populares-en-tiempos-de-covid-19/>

4 Canfora, L. y Zagrebelsky, G. (2002) *La máscara democrática de la oligarquía*. Madrid. Trotta.

Para ello, el primer paso, y probablemente el momento crucial de la quiebra del equilibrio institucional y democrático en Ecuador, fue la Consulta y el Referéndum que se celebró el 4 de febrero del 2018⁷. Los resultados de esta Consulta, que muchas juristas calificaron de irregular⁸, permitieron el recambio, entre otros órganos constitucionales, de los cargos del Poder de Transparencia y Control Social, así como la Corte Constitucional y el Consejo Nacional Electoral⁹.

Estudios Latinoamericanos y Globales, ELAG / Instituto Joaquín Herrera Flores.

7 Entre las preguntas, destacaba tanto la orientada a impedir la reelección de las autoridades de elección popular por más de una vez, una pregunta evidentemente orientada a impedir la vuelta del Presidente Rafael Correa como la pregunta sobre la destitución de los miembros del CPCCS y la configuración de un Consejo Transitorio con potestad para “evaluar el desempeño de las autoridades cuya designación le corresponde pudiendo, de ser el caso, anticipar la terminación de sus periodos”.

8 Las críticas vinculadas a las irregularidades jurídicas de aquella consulta fueron recogidas incluso en el informe preliminar de la misión de observación de la OEA de 2018 (Informe preliminar de la Misión de Expertos Electorales de la Organización de los Estados Americanos en Ecuador. (5 de febrero de 2018). Recuperado de <http://www.oas.org/documents/spa/press/Informe-Preliminar-Mision-Expertos-Ecuador-2018.pdf>).

9 Como indicó el Informe Preliminar de la Misión de Observación Electoral de la OEA en Ecuador para las Elecciones Seccionales y al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS) del 24 de marzo de 26 de marzo de 2019, (OEA, 2019), el CPCCS Transitorio cesó en sus funciones a 27 autoridades del estado ecuatoriano: “entre los meses de julio y agosto de 2018 el CPCCS-T terminó de manera anticipada el mandato de los consejeros y consejeras del CNE, así como de los jueces y juezas del TCE. En el caso del CNE, el CPCCS Transitorio nombró inicialmente autoridades transitorias y el 16 de noviembre, cinco días antes de la convocatoria a elecciones, finalmente designó los consejeros y consejeras definitivos del CNE. En el caso del TCE, se seleccionaron jueces encargados a finales del mes de noviembre”. En concreto, señala Ramírez que: “Los Consejeros Transitorios, siete notables nominados por Presidencia operaron sin ningún control democrático y se arrogaron prerrogativas no establecidas en el mandato popular. Entre las más notorias, precisamente, destaca la destitución de la anterior Corte –cuyo nombramiento no es potestad del CPCCS– y la declaratoria de una inédita “vacancia constitucional” mientras se posesionaban los nuevos magistrados. En todos los casos, los Consejeros Transitorios procedieron a subrogar a los cesados con figuras del anti-correísmo. De este modo se allanaba el camino para el pleno alineamiento del conjunto de poderes con

Tras la consulta, se abrieron procesos penales y se dictaron penas de prisión preventiva contra los más destacados dirigentes del correísmo. Sin duda, los casos más conocidos y con una mayor y temprana repercusión para la política del país fueron los del entonces vicepresidente Jorge Glas, cesado de sus funciones y encarcelado en diciembre de 2017 y del expresidente Rafael Correa¹⁰. El objetivo inmediato era claro: obturar un posible regreso de un gobierno progresista. Esto abrió la puerta al objetivo prioritario: abrir la puerta a la adopción e implantación del ajuste económico dictado por el Fondo Monetario Internacional¹¹ y revertir las políticas de progreso social para

el doble objetivo del entorno presidencial: pulverizar a la izquierda populista (anticorrupción y lawfare mediante) y reconducir la agenda pública en favor de los mercados. Sin mayor apego al Estado de derecho, entonces, descorreización y neoliberalismo se entrecruzaban en un juego cruzado de legitimación que oculta que en las elecciones generales de 2017 la ciudadanía no se pronunció por ninguno de dichos cursos de acción política”.

10 Existen numerosas obras tratando estos casos, en particular los que atañen a Rafael Correa: V. gr. Zaffaroni, E. R. (2023). *O caso “subornos”: um exemplo equatoriano de “lawfare”*. *Captura Críptica: direito, política, atualidade*, 12(2), 33–53. recuperado de <https://ojs.sites.ufsc.br/index.php/capturacriptica/article/view/6217>; Back, C., (2023) “Lawfare en Ecuador: aportes teóricos”, en Samper, E.; Ramina, L.; Proner, C., *Guerras jurídicas contra la democracia. El lawfare en América Latina* | Volumen I. 1ª Edición, Buenos Aires: Escuela de Estudios Latinoamericanos y Globales, ELAG / Instituto Joaquín Herrera Flores; Martínez, A. “Lawfare” en América Latina: el paradigmático caso de Ecuador”. *Le Monde Diplomatique en Español*, publicado el Jueves 19 de enero de 2023; Garzón, B. (12 de marzo, 2021). *Julian Assange y Rafael Correa. Dos casos de Lawfare*. NODAL (Noticias de América Latina y el Caribe). <https://www.nodal.am/2021/03/julian-assange-y-rafael-correa-dos-casos-de-lawfare-por-baltasar-garzon/>

11 Vid. Guamán, A. (2021) “Lex Mercatoria o Derechos Humanos: el caso de Ecuador como ejemplo de la incompatibilidad entre neoliberalismo y democracia” en Guamán, A., Proner, C., Ricobom, G. *Lex Mercatoria, derechos humanos y democracia: un estudio del neoliberalismo autoritario y las resistencias en América Latina*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, CLACSO; Guamán, A. (2023). *Lawfare y Lex Mercatoria: el momento autoritario del neoliberalismo (y el caso de Ecuador como ejemplo)*. Samper, E.; Ramina, L.; Proner, C., *Guerras jurídicas contra la democracia. El lawfare en América Latina* | Volumen I. 1ª Edición, Buenos Aires: Escuela de Estudios Latinoamericanos y Globales, ELAG / Instituto Joaquín Herrera Flores.

procurar el trasiego acelerado de las rentas del trabajo al capital.

El deterioro acelerado de las condiciones de vida y la profundización de los ajustes antisociales dieron lugar años después a dos graves estallidos populares en 2019¹² y 2022. En octubre de 2019, tras el levantamiento popular y la brutal represión policial y militar, se produjo un giro cualitativo fundamental del *lawfare* en Ecuador, evidenciado en el llamado “Caso Rebelión”¹³. A lo largo de este caso, que incluyó la prisión preventiva de las personas encausadas, se vulneraron un amplio conjunto de derechos fundamentales de diversas autoridades y militantes vinculadas con el correísmo, entre ellas un miembro del Parlamento Andino, Virgilio Hernández y la Prefecta de Pichincha, Paola Pabón. La específica violencia, jurídica y política contra esta autoridad, se manifestó con un claro clivaje de género y con el objetivo evidente de provocar su destitución como máxima autoridad regional. La intervención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la posterior amnistía precautelaron y restituyeron, que no repararon, los derechos políticos de la Prefecta y su caso se ha convertido en un ejemplo paradigmático de las específicas consecuencias que las estrategias de *lawfare*, combinadas con la violencia política de género, tienen sobre las mujeres que desafían los espacios androcéntricos-patriarcales de la política representativa.

3. El caso Rebelión

Con fecha 1 de octubre de 2019, el presidente Lenín Moreno anunció en cadena nacional una serie de nuevas medidas económicas y laborales que pensaba acometer en el marco del cumplimiento del acuerdo entre el Ecuador y el Fondo Monetario Internacional¹⁴, mediante la emisión de decretos ejecutivos y reformas normativas. Las medidas concretamente anunciadas por el presidente consistían en políticas de ajuste económico, social y de flexibilización laboral con impacto sobre a la amplia mayoría población ecuatoriana. La eliminación del subsidio a los combustibles, vigente en el país desde hace 40 años, fue la medida de mayor impacto social, que se adoptó de manera instantánea mediante el decreto 883. Las protestas contra las reformas anunciadas, con un enfoque claro de rechazo al acuerdo con el FMI, se desataron desde el día siguiente y fueron contestadas por el ejecutivo de inmediato¹⁵. Es importante recordar que la Constitución ecuatoriana reconoce el derecho a la resistencia en su artículo 98 y establece un conjunto de principios de interpretación y aplicación de los derechos capaces de posibilitar su “legal” justiciabilidad¹⁶.

14 Guamán, A. (2023). “El FMI al mando del orden jurídico internacional: Implicaciones para el constitucionalismo social: El caso de Ecuador” en González, D., *Cambio constitucional y orden jurídico internacional*. Valencia. Tirant Lo Blanch.

15 La movilización y convocatoria ciudadana fue de enormes proporciones, protagonizada por el movimiento indígena, pero con presencia de distintos movimientos y sectores de la sociedad civil (estudiantes, universidades, sanitarios, asociaciones de mujeres...) El nivel de los enfrentamientos fue creciendo hasta que se convocó un diálogo público y televisado entre el gobierno y la dirigencia indígena, donde se llegó al acuerdo de finalizar el paro nacional, dejando sin efecto el Decreto Ejecutivo n. 883. Sobre este tema vid. el volumen Ramírez, F. (Coord.) *Octubre y el derecho a la resistencia: revuelta popular y neoliberalismo autoritario en Ecuador*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, CLACSO.

16 Merece la pena recoger aquí la dicción concreta integrada en el texto constitucional: “Los individuos y los

12 Ramírez, F. (2020) “Paro pluri-nacional, movilización del cuidado y lucha política. Los signos abiertos de Octubre” en Ramírez, F. (Coord.) *Octubre y el derecho a la resistencia: revuelta popular y neoliberalismo autoritario en Ecuador*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, CLACSO.

13 Para un detalle del caso vid. Hernández, V., *Rebelión. Crónicas de un delito inexistente (Diario de un encierro)*, CELAG, La Fábrica. Buenos Aires.

La imposición del estado de excepción (Decreto Ejecutivo 884) y la actuación desproporcionada de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado convirtieron el Paro Nacional en una confrontación de doce días, del 2 al 13 de octubre, que se saldó con 249 presuntas violaciones de derechos humanos, incluyendo seis ejecuciones extrajudiciales, 22 atentados contra el derecho a la vida, tres casos de violencia sexual y 20 lesiones oculares¹⁷. Estos hechos fueron investigados *in situ* y denunciados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y por la Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de Naciones Unidas que manifestó el 23 octubre de 2019 su consternación por “la violenta respuesta de las fuerzas de seguridad ecuatorianas frente a las protestas de

este mes contra las medidas de austeridad del Gobierno”¹⁸.

Durante los días del paro, Moreno y su gobierno insistieron en la vinculación de la conspiración castro-chavista, plasmada en una estrategia de desestabilización de carácter golpista impulsada por Rafael Correa, Nicolás Maduro o extranjeros venezolanos y cubanos. El día 7 de octubre del 2019, y tras varios días de repetición por parte del gobierno de la existencia de un supuesto complot orquestado por el expresidente Correa para dar un golpe de estado, la Dirección Nacional de la Policía Judicial e Investigaciones realizó un informe de acciones atentatorias del orden público, basado en información recogida en redes sociales. En concreto, se analizaron diversos tweets de tres dirigentes de la Revolución Ciudadana, entre ellos Paola Pabón, afirmando que en los mismos “se llama a la ciudadanía a realizar acciones que atentan contra el orden público”. En base a este informe, cuya única prueba eran los mensajes de Twitter, el 8 de octubre y por petición de la Fiscal General del Estado, se autorizó realizar diligencias de seguimiento, vigilancias, grabaciones de audio, imágenes de video o fotografías, entrevistas, manejo de fuentes y más operaciones de inteligencia e interceptación de las comunicaciones en contra de los políticos señalados. El 9 de octubre, la Ministra de Gobierno, María Paula Romo, llegó a interpelar por la red social Twitter a la Prefecta de Pichincha, advirtiéndole que “*usted tiene que responderle a Quito*”, y amenazó con detenerla, actuación que se llevó efectivamente a cabo en la madrugada del 14 de octubre de 2019. La Prefecta fue detenida, imputándosele el delito de rebelión armada y acusándola de haber promovido un movimiento armado para alterar la paz del Ecuador.

colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos”

17 La Defensoría del Pueblo de Ecuador constituyó una Comisión Especial para la Verdad y la Justicia, creada por la que presentó su informe el 17 de marzo de 2021. La principal conclusión del extenso informe de la Comisión fue la existencia de presuntas violaciones de derechos humanos, cometidas principalmente por integrantes de la Policía Nacional y Fuerzas Armadas contra la población. Las pruebas recabadas durante meses de trabajo llevaron a la Comisión a concluir que el Estado ecuatoriano, a través de sus agentes, violentó gravemente los derechos a la vida, integridad física, psicológica y sexual, la libertad personal, libertad de expresión, protesta pacífica y derecho a la resistencia. Todo ello, además, mediante actuaciones efectuadas de manera reiterada y en forma de ataque generalizado, lo cual podría implicar incluso la existencia de un crimen de lesa humanidad. Por añadidura, el informe concluye que el Gobierno posicionó una “una interpretación parcial de la realidad”, con una “agenda desestabilizadora” para justificar el uso de la fuerza. En el mismo informe, la Comisión reiteraba la vinculación entre las protestas y las reformas implementadas por el gobierno para respaldar el préstamo de 4.2 mil millones de dólares en el marco del Servicio Ampliado (SAF) del FMI. Esta vinculación de la protesta con el acuerdo adoptado con el Fondo y con las medidas de ajuste social de él derivadas ya había sido señalada, y criticada, por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Vid. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2019). Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico del Ecuador. 14 de noviembre de 2019. Naciones Unidas.

18 Vid. <https://news.un.org/es/story/2019/11/1466011>.

El mismo día 14 de octubre, siete personas vinculadas a la Revolución Ciudadana se refugiaron en la Embajada de México, que les concedió protección y resguardo. El día 15 de octubre, a instancias de la Fiscalía, se dictó prisión preventiva para la Prefecta y otros encausados, trasladándola a la penitenciaría de Cotopaxi donde permaneció 72 días. Posteriormente, citado a declarar, otro de los dirigentes de la Revolución Ciudadana (Virgilio Hernández) se presentó a la vista y, también acusado de rebelión, ingresó en prisión preventiva el 5 de noviembre. La intervención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que ordenó la adopción de una serie de medidas cautelares orientadas a proteger los derechos a la vida y la integridad física de la Prefecta y de los otros dos encarcelados fue decisiva para que, el 24 de diciembre de 2019, Paola Pabón y sus compañeros fueran excarcelados con una reformulación de cargos, pasando a rebelión sin agravantes.

De los hechos relatados y de la lectura del acta de la audiencia de formulación de cargos se deriva el carácter arbitrario de la aplicación de la medida de prisión preventiva y, así, la violación de los derechos a la presunción de inocencia y a la libertad personal de la Prefecta, por dos razones fundamentales. La primera, el carácter manifiestamente infundado de la imputación del delito de rebelión armada; la segunda, la falta de justificación de la adecuación, necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la medida.

Más allá de la ausencia de pruebas que justificaran la imputación del delito de rebelión armada debe considerarse que el encarcelamiento de Paola Pabón repercutió evidentemente en su desempeño como cargo de elección popular directa. De hecho, como se analiza en el presente apartado, es posible señalar que, desde el

inicio de la causa, la posibilidad de destituir a la Sra. Pabón por inasistencia a su puesto al mando de la Prefectura guio el comportamiento político de determinados actores para conseguir la destitución de la prefecta por ausencia del cargo. De hecho, el 6 de diciembre del 2019, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) adoptó la Medida Cautelar No. 938-19, Paola Pabón y otros respecto de Ecuador donde afirmó que: “aludiendo a las circunstancias particulares de la señora Pabón, actual Prefecta de Pichincha, debe advertirse que, según resaltaron los solicitantes, la legislación interna prevé la posibilidad de que esta pierda su cargo como consecuencia de hallarse privada de libertad tras dictarse la orden de prisión preventiva. Al respecto, la Comisión hace un llamado al Estado a fin de que, de conformidad con el artículo 23.2 de la Convención Americana y los estándares en la materia, respete integralmente los derechos políticos de aquellas personas elegidas mediante el voto popular”.

Además, la CIDH solicitó a Ecuador que adoptara las medidas necesarias para proteger los derechos a la vida e integridad personal de la Prefecta (y de Virgilio Hernández y Christian Fabián González Narváez), valorando e implementando aquellas más apropiadas a las circunstancias personales de cada uno de los beneficiarios y que permitan crear las condiciones que aseguren y respeten sus derechos. El Estado debía informar a la Comisión en un plazo de 15 días contados desde la comunicación de las medidas.

Desde su salida de prisión y hasta el 10 de marzo de 2022, la Prefecta estuvo en libertad vigilada, con obligación de comparecer ante la fiscalía y de llevar un grillete electrónico en el tobillo. Finalmente, en la sesión del pleno No. 767 de marzo de 2022, la Asamblea Nacional del Ecuador,

otorgó amnistía a favor de 268 personas acusadas o investigadas por delitos políticos, entre las cuales constó como beneficiaria Paola Pabón.

Ni la excarcelación ni la amnistía han reparado el coste político y vital del caso Rebelión que en el caso de la Prefecta de Pichincha debe leerse *interseccionado* por una constante violencia ambiental que rodea el accionar de las mujeres en política, con carácter general y que ha afectado de manera particular a Paola Pabón.

4. La violencia política de género como elemento coadyuvante de las estrategias de persecución jurídica

La violencia política de género es aquella violencia cometida por una persona o grupo de personas, directa o indirectamente, en contra de aquellas voces que ejercen su actividad política confrontando el marco patriarcal en el que se desarrolla la vida en nuestras sociedades. Esta violencia afecta de manera particular y prioritaria las mujeres que participan en los distintos escenarios de la acción política, ya sean candidatas, militantes, ejerzan cargos públicos o de representación, defensoras de derechos humanos, y en particular defensoras de los derechos de las mujeres, líderes políticas o sociales. Esta violencia se caracteriza por su potencial para provocar el efecto de reducir, suspender, impedir o restringir su accionar político o por inducir u obligar a la víctima o persona afectada a realizar en contra de su voluntad una acción o una omisión en el cumplimiento de sus funciones o militancias.

Como señalábamos en la introducción, el caso de Paola Pabón requiere ser analizado desde el prisma de la violencia jurídica y en particular de las violaciones al debido proceso señaladas junto la adopción de un enfoque de género que nos permita, con

una aproximación interseccional, analizar si los hechos relatados son, además de violatorios de los derechos ya constatados, constitutivos de violencia política derivada de su condición de mujer, conectada con otras condiciones.

Para realizar este análisis es importante ahondar en el contenido de la expresión “violencia política de género”, elaborado históricamente al calor de la preocupación por la abrumadora distancia que existe en el ejercicio de los derechos de participación política entre hombres y mujeres. Consciente de ello, ya la propia CEDAW, en su artículo 7, elaboró tempranamente el reconocimiento de la igualdad de condiciones respecto del disfrute y ejercicio de los derechos de participación política de mujeres y hombres, estableciendo como objetivo la eliminación de la discriminación existente contra la mujer en la vida política y pública. Posteriormente, la cuestión se retomó con la Plataforma de Acción de Beijing que incluyó la situación de la mujer en el ejercicio del poder y la toma de decisiones como una de las 12 principales esferas de interés, incorporando dos compromisos, el refuerzo de la llamada a la garantía de la participación en igualdad en las estructuras de poder y toma de decisiones y la adopción de medidas orientadas a aumentar la capacidad de participación de las mujeres.

Sin restar importancia a estos precedentes vinculados al reconocimiento de la existencia de discriminaciones y a la apuesta por conseguir una suerte de nivelación por igualación, es importante reconocer que el giro fundamental se produjo cuando el análisis de las causas de esta baja participación llevó al reconocimiento de la actuación de diversos ejes de dominación y subordiscriminación¹⁹ existentes, que

¹⁹ Acogemos el término de “subordiscriminación” tal y como lo elabora la profesora Maggy Barrère. La au-

actúa como elemento estructurante de la ausencia (o las dificultades) de la participación de la mujer (y de las disidencias heteronormativas) en la vida político-pública. Entre estos ejes, los estudios feministas y la acción institucional han ido evidenciando el rol fundamental de las estructuras de la violencia patriarcal, que se constituye como elemento fundamental para dificultar u obstaculizar la participación política

tor afirma que se trata de un término que permite designar el conjunto de tratos que “adquiriendo significación en uno o varios sistemas de poder, inferiorizan el estatus de ciertos grupos sociales e impiden que ese estatus cambie (es decir, que lo reproducen)”. Con el concepto de “subordiscriminación”, Barrère nos abre la puerta a una crítica y redefinición del concepto de discriminación y su uso formalista/individualista. Vid. - Barrère Unzueta, M. A., & Morondo Taramundi, D. (2011). Subordiscriminación y discriminación interseccional: Elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, 15-42. En este sentido, ya el texto clásico de Mackinnon explicaba con claridad las razones que imponen aceptar que la relación entre violencias sexo-genéricas y discriminación va mucho más allá de un simple vínculo entre ellas. Así, el acoso, en concreto el acoso sexual pero cualquier violencia fundamentada en el género que se produzca en el trabajo (o en otra relación social como el ejercicio de los derechos de participación política), son mucho más que una manifestación individual de una lesión de un derecho fundamental, son conductas de carácter sistémico que perpetúan (porque se enraizan en ella) la estructura de dominación y subordinación de las mujeres en los esquemas de derecho androcéntrico sobre los que se construyó la organización jurídico-normativa del trabajo. Son particularmente acertadas las palabras de Barrère cuando señalaba que “los hombres usan conductas tanto de naturaleza sexual como no sexual para comunicar a las mujeres su condición de intrusas en el lugar de trabajo”. Mutatis mutandis, podría afirmarse lo mismo respecto de la esfera político/institucional como un no-lugar para las mujeres. Así, y de nuevo citando a Mackinnon, Barrère nos señala que lo característico del acoso (o violencia) sexual o por razón de sexo es su carácter de fenómeno grupal. En efecto, se sufre por la pertenencia a un grupo y tiene como consecuencia el debilitamiento de la posición social de ese grupo y de los individuos que pertenecen al mismo. MacKinnon, C. A. (1980). *Sexual Harassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination* (Vol. 80). Barrère Unzueta, M. Á. (2013). El «“acoso sexual”»: Una mirada a sus orígenes y a su evolución en la Unión Europea. En *Acoso sexual y acoso por razón de sexo: Actuación de las administraciones públicas y de las empresas*. (pp. 17-50). Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Vid. también Barrère Unzueta, Maggy (2018) “Filosofías del Derecho antidiscriminatorio ¿Qué Derecho y qué discriminación? Una visión contra-hegemónica del Derecho antidiscriminatorio”, AFD, XXXIV.

de las mujeres. Así, la baja presencia de las mujeres y de personas disidentes del modelo heteronormativo patriarcal en las instituciones de gobierno, en el poder legislativo y en los órganos de decisión de los partidos políticos o movimientos se ha conseguido, y mantenido, aplicando el mandato de masculinidad patriarcal también, o incluso particularmente, mediante el ejercicio de la violencia, en todas sus expresiones.

En esta línea, el marco normativo elaborado desde el sistema interamericano tiene una importancia fundamental²⁰. En concreto, el Mecanismo de Seguimiento a la Convención Belém Do Pará (MESECVI) impulsó la Declaración sobre la Violencia y el Acoso Político contra las mujeres, de 2015, donde se afirma que “el logro de la paridad política en democracia no se agota con la adopción de la cuota o de la paridad electoral, sino que requiere de un abordaje integral que asegure por un lado, el acceso igualitario de mujeres y hombres en todas las instituciones estatales y organizaciones políticas, y por otro, que asegure que las condiciones en el ejercicio están libres de discriminación y violencia contra las mujeres en todos los niveles y espacios de la vida política”. Además, existen normas

20 Deben citarse como elementos fundamentales: la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, conocida como Belém Do Pará, en cuyo seno afirmó que, “Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos”; la Carta Democrática Interamericana establece que “Los Estados promoverán la plena e igualitaria participación de la mujer en las estructuras políticas de sus respectivos países como elemento fundamental para la promoción y ejercicio de la cultura democrática”; la Carta Social de las Américas afirma que “la participación política de las mujeres, su completa autonomía e independencia, la valorización de su papel en la sociedad y en la economía y una educación que promueva la igualdad de género son condiciones indispensables para el desarrollo y la democracia en todos los países”.

estatales donde se delimita con claridad el concepto. En concreto, merece la pena citar la “Ley contra el acoso y violencia política hacia las mujeres, para eliminar actos, conductas y manifestaciones individuales o colectivas de acoso y violencia que afecta de manera directa o indirecta a las mujeres en el ejercicio de sus funciones políticas y públicas”, Ley N° 243, aprobada en Bolivia el 28 de mayo de 2012²¹. Con carácter más avanzado, encontramos la definición incluida en art. 10 f) de la Ley Orgánica Integral para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres adoptada en Ecuador en el año 2018²².

Ya centrando el análisis en las principales expresiones de la violencia política de género, el documento “Directrices para la eliminación del sexismo, el acoso y la violencia contra las mujeres en los parlamentos”²³, elaborado por la Unión Interparlamentaria, con cita del Convenio 190 de la OIT, afirmaba que: “las principales formas de violencia contra las par-

lamentarias y el personal parlamentario femenino identificadas por los estudios de la UIP son de naturaleza similar a las que afectan desproporcionadamente a las mujeres en el lugar de trabajo y se centran en: humillaciones, insultos, amenazas de naturaleza sexual o sexista, incluso a través de las redes sociales”.

Con este marco normativo de análisis, y volviendo al caso concreto de Ecuador, existen dos informes de particular importancia sobre la materia, ambos elaborados con el auspicio de ONU Mujeres: el “Estudio sobre violencia política contra las mujeres en el Ecuador”²⁴ de 2019, y el “Estudio cualitativo y cuantitativo sobre violencia política contra las mujeres en Ecuador en redes sociales”²⁵ de 2020.

En el primero de los análisis se destaca la concurrencia de la violencia política por razones de género como un elemento típico de la vida política del país. En concreto, los hallazgos demuestran la incidencia de violencia psicológica, identificada como la más frecuente por el 66% de las personas participantes en el análisis, proveniente de compañeros de partido, opositores o superiores; el 54% de las participantes identificaron las campañas de desprestigio y rumores en su contra, con la aparición como escenario privilegiado de las redes sociales y determinados medios de comunicación. Entre otras manifestaciones, los insultos y agresiones verbales con contenido sexista se identificaron por el 40%. En el estudio también se recoge que: “alrededor de un tercio de las mujeres mencionaron haber sido víctimas de burlas, ridiculización y descalificación pública; haber sido impedi-

21 Esta norma define el acoso político de género como: “Acto o conjunto de actos de presión, persecución, hostigamiento o amenazas, cometidos por una persona o grupo de personas, directamente o a través de terceros, en contra de mujeres candidatas, electas, designadas o en ejercicio de la función político-pública o en contra de sus familias, con el propósito de acortar, suspender, impedir o restringir las funciones inherentes a su cargo, para inducir u obligarla a que realice, en contra de su voluntad, una acción o incurra en una omisión, en el cumplimiento de sus funciones o en el ejercicio de sus derechos”.

22 “Violencia política.- Es aquella violencia cometida por una persona o grupo de personas, directa o indirectamente, en contra de las mujeres que sean candidatas, militantes, electas, designadas o que ejerzan cargos públicos, defensoras de derechos humanos, feministas, lideresas políticas o sociales, o en contra de su familia. Esta violencia se orienta a acortar, suspender, impedir o restringir su accionar o el ejercicio de su cargo, o para inducirla u obligarla a que efectúe en contra de su voluntad una acción o incurra en una omisión, en el cumplimiento de sus funciones, incluida la falta de acceso a bienes públicos u otros recursos para el adecuado cumplimiento de sus funciones”

23 Documento disponible en: <https://www.ipu.org/resources/publications/reference/2019-11/guidelines-elimination-sexism-harassment-and-violence-against-women-in-parliament>.

24 Estudio disponible en: <https://lac.unwomen.org/es/digiteca/publicaciones/2019/12/estudio-violencia-politica-contra-las-mujeres-ecuador>.

25 Estudio disponible en: <https://ecuador.unwomen.org/sites/default/files/2022-03/Estudio%20violencia%20pol%C3%ADtica%20en%20redes-Ecuador%20.pdf>.

das de hablar o expresar lo que piensan; y/o, de la difusión de una imagen negativa, estereotipada o denigrante suya en los medios de comunicación o redes sociales”.

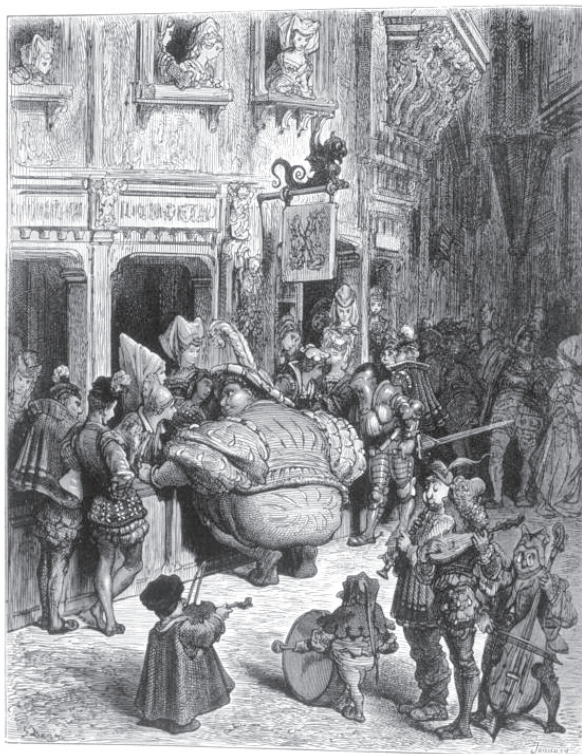
El segundo estudio analiza concretamente la violencia política en las redes sociales (Facebook y Twitter) en el momento de la campaña electoral de las elecciones seccionales de 2019, en concreto el periodo de tiempo de análisis abarcó el ciclo de la participación política que inició en noviembre del 2018 con la inscripción de candidaturas, la campaña electoral, el día de elecciones y el periodo de ejercicio de funciones hasta mayo del 2020. Merece la pena recuperar un fragmento textual del estudio: “La violencia política en redes sociales toma diferentes formas. En los casos de mujeres electas con alta visibilidad política, las redes sociales Facebook y Twitter producen y reproducen grandes volúmenes de discursos violentos basados en estereotipos de género. El contenido violento dirigido a estas mujeres incluye publicaciones con lenguaje violento, diseminación de rumores o información falsa, creación de memes, uso de hashtags, entre otros. Por la naturaleza de estas plataformas, el contenido que se produce en ellas se disemina con facilidad, y alcanza a grandes audiencias con inusitada rapidez. Con el paso del tiempo, este contenido pasa a formar parte del lenguaje común y eventualmente del imaginario público. Esto se refleja en el uso repetitivo de ciertas expresiones lingüísticas (insultos, burlas), o imágenes que transmiten mensajes que se vuelven más aceptados con el tiempo y que requieren menos explicaciones o comentario público para ser explícitos. El análisis de contenido violento en Facebook y Twitter resaltó la concentración de reacciones violentas en contra de las mujeres con mayor visibilidad política. Sobre esta tendencia, cabe hacer una precisión: La noción de que la visibi-

lidad, y en algunos casos el antagonismo político, pueda justificar de alguna manera los niveles de violencia que experimentan las mujeres electas, contribuye a la normalización de la violencia política hacia mujeres con perfiles de interés público. Esta suposición ignora los desbalances de poder existentes en las redes sociales que, en última instancia, son extensiones de los espacios de debate y formación del discurso en donde predominan las voces, los roles y los valores de lo tradicionalmente considerado 'masculino'”.

El estudio afirma que el análisis de los datos en Twitter indicó que el contenido violento se concentró en el grupo determinado de las autoridades con mayor visibilidad política en el ámbito nacional, por tanto, a mayor visibilidad mayor exposición a la violencia. En concreto se señala un “nombre 1” (preservándose el anonimato de la afectada) que concentró el 53.65% de tweets de contenido violento. En Facebook las publicaciones de contenido negativo hacia mujeres electas también se concentran mayoritariamente en ese “nombre 1” (7.088). Algunos de los comentarios violentos en Facebook contra las mujeres que fueron objeto de estudio son insultos relacionados con percepciones sobre origen étnico; o conexiones o dependencias con líneas o figuras políticas masculinas.

El estudio no menciona directamente el nombre de la Prefecta, no obstante, si se compara el contenido de las expresiones con las recogidas otro estudio publicado en una revista científica²⁶, donde se expli-

26 Morales Alfonso, Liudmila y Lizeth Pérez Cárdenas. 2021. “Violencia política contra las mujeres en México y Ecuador (2016-2019)”. Colombia Internacional 107: 113-137. <https://doi.org/10.7440/colombiaint107.2021.05>. A modo de ejemplo, en este otro estudio se relata que: En este otro artículo científico se señala textualmente que: “En mayo de 2019, tomó posesión la prefecta de Pichincha, Paola Pabón (caso 8), quien anteriormente fuera asambleísta de Alianza País y titular



Gustave Doré, *Gargantúa y Pantagruel*

cita el nombre de la Prefecta, es posible suponer que este tipo de expresiones se referían a ella.

Todas las manifestaciones violentas fundamentadas en el género vertidas durante años, de manera previa y coetánea con el caso Rebelión, contra la Prefecta tuvieron evidentes consecuencias que se acumulan a las provocadas durante el caso analizado en las páginas anteriores. El cuestionamiento permanente de la imagen y capacidad de la dirigente política por el hecho de ser mujer socavó su imagen pública y la percepción social respecto de

su desempeño, abonando el terreno para la aceptación popular de la ofensiva jurídica en su contra y alimentando un discurso de odio que, como señaló la propia CIDH, podía potencialmente haber provocado una lesión grave de su integridad física, así como la pérdida de sus derechos políticos.

En concreto, la CIDH señaló que “el Estado no aclaró que se haya efectuado un análisis por parte de las autoridades competentes de la situación de riesgo de los propuestos beneficiarios, considerando su perfil y circunstancias personales, particularmente ante la gravedad de los alegatos sobre la existencia de serias amenazas y el presunto involucramiento de autoridades estatales en los diversos episodios de hostigamiento” (...) “la Comisión entiende que, ante el tenor de las amenazas proferidas y la ausencia de medidas más

de la Secretaría de la Gestión Política en los gobiernos de Correa y Moreno. Sin embargo, los titulares de los medios de comunicación y el debate en las redes sociales no se centraron en que era la primera mujer elegida para ese cargo, sino en el vestido que usó en su investidura (“Reportan que Paola Pabón” 2019).

determinantes para asegurar los derechos de los propuestos beneficiarios que se encuentran privados de libertad, estos son susceptibles de adentrarse cada día en un escenario de mayor riesgo, conllevando incluso la posibilidad de que se ejecute la materialización de una violación a sus derechos”.

Como se ha señalado respecto de otras líderes políticas latinoamericanas, muy en concreto respecto de Cristina Fernández de Kirchner²⁷, la violencia política motivada en el género hacia una dirigente, tan importante en el medio político ecuatoriano como la prefecta de la provincia de

Pichincha (donde radica la capital del país) se convierte a la vez en una efectiva herramienta de disciplinamiento hacia el resto de las mujeres, limitando o incluso impidiendo su participación la vida política, reforzando los roles tradicionales de género y la división sexual de los espacios, con el enorme impacto que todo lo anterior tiene sobre nuestras democracias. Es por tanto de la mayor necesidad el desarrollo de políticas públicas que combatan estas prácticas y que aseguren una vida política para las mujeres y disidencias sexo-genéricas libres de violencias, de cualquier forma y por cualquier medio.

27 Gómez Alcorta, E., (2023) “Para la enemiga, ni justicia” en Garzón et al. (2023) *Objetivo: Cristina. El lawfare contra la democracia en Argentina*. Buenos Aires, ELAG, CLAJUD, CELAG.

Lawfare al revés: el Partido Popular [y el Consejo] contra el juez

Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ

Tratándose de asuntos de Justicia, el PP podría muy bien llamarse PPC (*Partido Popular de Cosidó*). Porque el siniestro episodio protagonizado por este con su oprobioso *whatsapp* desborda los límites de la anécdota, hasta convertirse en una expresiva, oficial declaración de (falta de) principios en lo atinente a la función jurisdiccional. Sí, recuérdese: esa formación jactándose entre los suyos de que, en «una jugada estupenda», había *colocado* como presidente del Consejo General del Poder Judicial a un magistrado de la Sala Segunda que, sirviéndose del cargo, iba a «controlar» políticamente la actividad de esta «desde atrás»... cuando comenzasen a llegar a ella las causas del *Gürtel*. El mismo partido que –mayor coherencia, imposible– decidió mantener, como mantiene durante más de cinco años, su mayoría en ese órgano merced a un atentado golpista²⁸ contra la Constitución, la ley y la jurisdicción. El que lleva años persiguiendo encarnizadamente a José Ricardo de Prada mediante el despliegue de toda una estrategia que, creo, puede calificarse con toda propiedad de *lawfare* al revés, por su

carácter ciertamente *bélico*, por estar claramente articulada y reflexivamente mantenida en el tiempo, e ir dirigida contra un magistrado por sus actuaciones rigurosamente ajustadas a derecho. Con la pasividad culpable –jay– del órgano de garantía de la independencia judicial.

José Ricardo de Prada, como es notorio, formó parte del tribunal que, en la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, conoció del primer caso de la aludida macrocausa seguida por distintas actividades delictivas producidas en el marco de la corrupción estructural de aquella formación. Se recordará que, en la sentencia recaída en primera instancia, se daba por cierta la existencia de una «caja B» del partido, extremo este de la resolución que ocasionó un incomprensible voto particular del magistrado Hurtado Adrián.

Recurrida la sentencia en casación, fue confirmada por Sala Segunda del Tribunal Supremo. Y –¡oh misterio!, ¿quién guiaría la mano del cronista– lo cierto es que la Oficina de prensa del Tribunal Supremo que dio la noticia, lo hizo atribuyendo a la resolución del alto tribunal una frase increíblemente tomada del voto particular de Hurtado Adrián cuestionando aquella comprometedora afirmación.

La frase indebidamente incorporada a la nota de prensa, decía que el TS «considera[ba] excesivas las menciones a la caja B del Partido Popular de la sentencia recurrida porque no puede haber respon-

28 La voz «Colpo di stato», de C. Barbé, *Dizionario di politica*, de Norberto Bobbio, Nicola Matteucci y Gianfranco Pasquino (eds.), UTET, Turín, 1999, acoge, por su autoridad, la definición de golpe de estado del clásico Larousse, como «violación deliberada de las formas constitucionales por un gobierno, una asamblea o un grupo de personas investidas de autoridad». Lo que, aplicado al caso de este, ahora Consejo *de facto*, podría sintetizarse en el también clásico: «blanco y en botella».

sabilidad penal sin acusación o defensa». Y ocasionó brutales descalificaciones de una indecente prensa partidaria, como estas: «El juez De Prada fue la mano que mecía la cuna de un cambio de gobierno»; «La maniobra político-judicial ejecutada por el magistrado progresista José Ricardo de Prada»; «La morcilla que introdujo al dictado del PSOE un magistrado progresista en la sentencia de la Gürtel para afirmar que existía una “caja B del PP”»; «Un juez progresista hizo de mamporrero del PSOE».

A la nota y su eco siguió un claro desmentido de la infundada afirmación de Hurtado Adrián. Obvio, pues, aún sin acusación en este punto, el tribunal de primer grado debió operar discursivamente con el dato bien acreditado de que Bárcenas se había apropiado de fondos *del partido*, que no procedían de la «caja A»; y tal fue la razón de una de sus condenas. Por eso, la doble afirmación de la Sala Segunda: «[la Audiencia Nacional] contó con una prueba de cargo válida y suficiente para concluir tanto [sobre] la existencia de una “caja B” del PP [...] como [sobre] los distintos actos de apoderamiento». Y tal «es el nexo común que sirve de amalgama al conjunto de episodios y actuaciones recogidos en la declaración de hechos probados».

Dicho de otro modo: lo que Hurtado Adrián no supo o no quiso ver era algo tan evidente como que, si los fondos realmente apropiados por el secretario infiel no eran de la «caja A» de su principal, es que este tenía *otra* caja.

En consecuencia: inobjetable rigor en la valoración y el manejo de los datos probatorios y una conclusión de un rigor lógico incontestable. Algo, naturalmente, sin el menor eco posterior en los medios y los *informadores* de partido, en este caso al menos, al servicio de la falsedad y el vilipendio.

De Prada, pidió amparo al Consejo General del Poder Judicial por la odiosa cam-

paña. Con motivos inobjetable, en cuanto no solo dirigida calumniosamente contra él, sino también contra la propia jurisdicción, creando confusión en la ciudadanía sobre el sentido de dos relevantes resoluciones –de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo– y acerca de los límites ética y constitucionalmente impuestos a cualquier crítica. Pero el Consejo optó por la negativa, lo más parecido a hacer causa común con los promotores y difusores de la insidia²⁹. Lo propio. Ello, a pesar de la gravedad de las imputaciones, de su alcance, y del hecho de que tenían su origen en una noticia falsa surgida en su propio marco institucional.

Claro que, vista la actitud del Consejo en los paradigmáticos casos de Espejel, López y González, y en los de «Los jueces ilegales de la Audiencia Nacional»³⁰, es seguro que, en su petición, por más que obligada, De Prada sabía a qué atenerse. Porque, si algo puede predicarse de este Consejo, es claridad y coherencia en sus tomas de posición.

29 De este Consejo podría decirse que estaba *reservándose* para dar apoyo al inefable García Castellón en sus peculiares actuaciones. Pero, de cualquier modo, hay que afirmar que ha seguido una rectilínea trayectoria de insostenibles denegaciones de amparo a jueces, mantenida en los diferentes mandatos, de las que han sido víctimas profesionales bien merecedores de él (incluso de oficio) como Elisabeth Huerta en el caso Linaza, la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el caso Marey, Luis Manglano en el caso Naseiro, Ruth Alonso por la legal concesión del tercer grado penitenciario a dos etarras, Ramón Sáez en el caso cerco al Parlament, los magistrados de la Audiencia Nacional que decidieron en el caso Parot (descalificados por un Mariano Rajoy presidente del gobierno); y los que aplicaron correctamente una decisión marco europea en materia de penas, que lo fueron, con similar desfachatez por la, entonces, vicepresidenta Sáenz de Santamaría.

30 Es la expresión que da título al artículo de Elisa Beni (*eldiario.es* de 27 de mayo de 2023), denunciando el uso torcido de la comisión de servicio por parte del actual Consejo, del que se han beneficiado jueces como Joaquín Delgado, María Fernanda García Pérez, Ana Rubio encinas, Alejandro Abascal y Joaquín Gadea, cuyos nombramientos la autora, argumentándolo, tacha de irregulares, sin que conste que esta apreciación haya sido desmentida.

Mas la cosa no acaba aquí. José Ricardo de Prada, todavía mucho tiempo después, tendría que sufrir la reactivación del miserable aquellarre mediático. Ahora en la voz de un notable representante de este, *ABC*: «Cuando formó parte del tribunal del caso Gürtel, la incógnita principal no versaba sobre la suerte de los acusados, sino de qué manera José Ricardo de Prada haría un auto de fe al Partido Popular y a su presidente, Mariano Rajoy. Una sencilla frase sobre la caja B del PP, que no era objeto del juicio, desencadenó la moción de censura contra Rajoy».

Preclaros exponentes de esa formación, como Hernando y Cospedal, chapoteando en la misma charca, vertieron también su carga de lodo sobre José Ricardo de Prada. El primero, el portavoz exquisito del verbo grácil, con la doble insidia de atribuirle no se sabe qué «antecedentes políticos» y una canallesca «sintonía con el mundo proetarra» (!). La segunda, con su proverbial finura analítica, sugiriendo deliberada subjetividad, es decir, arbitrariedad, en el modo de tratar el material probatorio. Ambos, como es de ver, ofreciendo a la ciudadanía una triple lección: de constitucional respeto a las instituciones, de argumentación racional y de ética y estética del discurso.

También el diputado Carlos Rojas, con patente abuso de su oficio, se unió a la comitiva, en una sórdida intervención en el Congreso, aprovechada para insultar a De Prada. Este, todavía en fechas muy recientes, ha tenido que escuchar del senador Monago³¹ la vomitiva atribución de la responsabilidad «[d]el mayor caso

de *lawfare* conocido en la historia política de España», por la introducción en una sentencia de «un párrafo» que provocó la caída del gobierno de Rajoy y que finalmente habría sido «sacado» de ella por el Tribunal Supremo (todo *sic*)³². Ello, a años de la rectificación de la Oficina de prensa responsable del infundio, contaría todavía con el voluntarioso respaldo de *autoridad* de la diputada Cuca Gamarra, en los pasillos de la cámara.

Pero, *la guinda*, como corresponde, ha tenido que ser cosa del propio Consejo quien, por boca de su Comisión permanente –acogiendo el informe del Servicio central, en el sentido de que tales acciones contra De Prada carecían de aptitud para ser consideradas «medios o instrumentos de presión o influencia aptos, objetivamente, para poner en peligro una decisión conforme a Derecho»– decidió (con tres votos en contra) que, en el supuesto, no concurrían «los elementos determinantes de perturbación o ataque a la independencia judicial, concebida como capacidad de decisión no condicionada y sometida en exclusiva al imperio de la ley», y optó por la inadmisión a trámite.

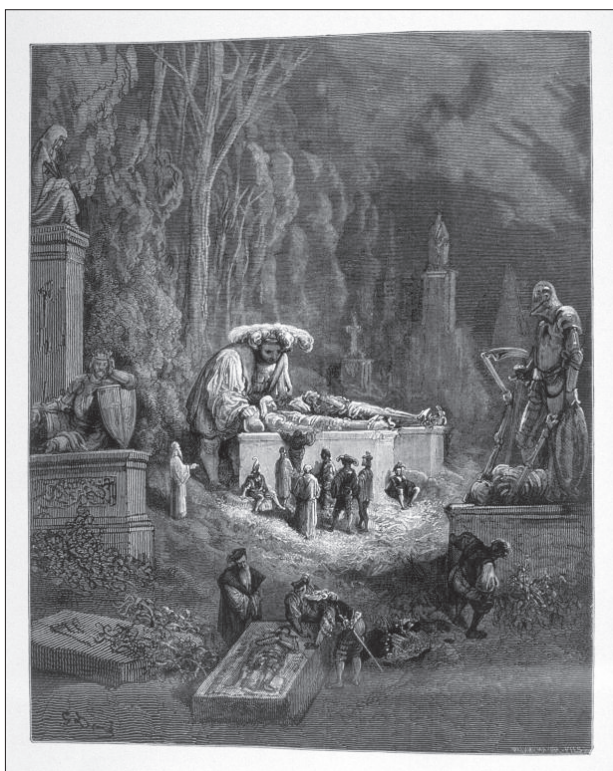
De donde resulta que, toda una campaña político-mediática de años, alimentada de falsedades y calumnias, volcada, con auténtico celo persecutorio, sobre un juez con una trayectoria jurisdiccional irreproachable, por el procedimiento de tergiversar en la opinión el sentido de sus resoluciones, sería un uso legítimo de la expresión libre. Porque no se trataría de condicionar una decisión sino, *solamente*, toda una actividad profesional, desestabilizando, a su protagonista, haciéndole víctima de un acoso sistemático. Y es que de verdadero

31 Con presencia, por cierto, en la cámara, del ministro Bolaños, que no tuvo nada que objetar. Es lo mismo que sucedió en el programa de la Cadena SER, «El ágora de hora 25», cuando García Margallo lanzó idéntica falsedad contra De Prada, en interlocución con Carmen Calvo y Pablo Iglesias, que asintieron con su inexplicable silencio.

32 En posterior intervención Monago pidió que se retiraran sus palabras del *Diario de sesiones*. Pero después de aclarar, expresivamente, que en la anterior había mantenido *la posición de su grupo*.

acoso se trata, pues, según el *Diccionario*, «acosar» es «perseguir sin tregua ni descanso»; y «acoso» la «práctica [...] consistente en un trato vejatorio y descalificador hacia una persona, con el fin de alterarla psíquicamente». Y todo, además, cuando el pretexto utilizado para justificar tal miserable proceder, tiene su origen en una mala práctica institucional falseadora del verdadero sentido de una resolución de singular importancia.

La actitud del órgano de garantía de la independencia judicial cuenta con un plus de gravedad porque, con su persistente negativa de amparo al magistrado, en las gravísimas circunstancias dadas, está prestándose objetivamente a las prácticas aquí denunciadas, contribuyendo, además a la desinformación de la ciudadanía y renunciando irresponsablemente a generar buena cultura sobre lo que, en un marco constitucional, debería ser la crítica de las resoluciones judiciales.



Gustave Doré, *Gargantúa y Pantagruel*

Sobre el uso alternativo del derecho. 50 años después*

Luigi FERRAJOLI

1. Nacimiento y fortuna de una fórmula

Creo ser responsable en parte de la fórmula «uso alternativo del derecho» que dio título al encuentro de Catania de 15-17 de mayo de 1972 y luego a los dos volúmenes de las actas, editados por Pietro Barcellona¹. Alguna semana antes Pietro Barcellona me telefoneó a Florencia. La había gustado la expresión «jurisprudencia alternativa» que habíamos utilizado en la ponencia «Per una magistratura democrática»², que Vincenzo Accatatis, Salvatore Senese y yo habíamos presentado en el Congreso de Magistratura Democratica celebrado en Roma los días 3-5 de diciembre de 1971 y que se convirtió en una suerte de manifiesto de la izquierda de MD. La expresión «jurisprudencia alternativa» (junto con «interpretaciones

o aplicaciones alternativas» y «praxis judicial alternativa»), había sido introducida algunos meses antes por Domenico Pulitanò, en un ensayo titulado «Appunti per una magistratura democrática», después incluido con otros en un libro titulado *Giudice negli anni '70*, editado por Giuseppe Coturri³.

Expliqué a Pietro Barcellona lo que nosotros entendíamos con aquella fórmula: una jurisprudencia informada en los principios de la Constitución, según el compromiso asumido por la Asociación Nacional de Magistrados Italianos en el Congreso celebrado en la ciudad de Gardone durante los días 25-28 de septiembre de 1965. Hoy esta opción puede parecer banal. Pero entonces no lo era, dado que se proponía, precisamente, *en alternativa* a la jurisprudencia dominante de la Corte de Casación que ignoraba sistemáticamente aquellos principios. Pero Pietro quería reforzar el significado y asumirlo como una indicación metodológica, estratégica y programática que el encuentro organizado por él habría querido ofrecer a la cultura jurídica en su

* Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez.

1 P. Barcellona (ed.), *L'uso alternativo del diritto. I. Scienza giuridica e analisi marxista; II. Ortodossia giuridica e pratica politica*, Laterza, Roma-Bari, 1973.

2 Llamada «librito amarillo» por el color de la portada de la versión original y después publicada con algunas modificaciones en *Problemi del socialismo*, n.º 13-14, pp. 165 ss. Hay trad., «Por una Magistratura Democrática», en Varios Autores, *Política y justicia en el estado capitalista*, edición de Perfecto Andrés Ibáñez, Fontanella, Barcelona, 1978, pp. 115 ss.

3 D. Pulitanò, «Appunti per magistratura democratica» (1971), ahora en Id., *Giudice negli anni '70*, edición de G. Coturri, De Donato, Bari, 1977, pp. 60, 63 y 72.

conjunto. De aquí la fórmula «uso alternativo del derecho», que entonces no acabó de convencerme.

«El uso alternativo del derecho» se convirtió así en la perspectiva ofrecida por Pietro a los participantes en el encuentro, que tuvo un carácter general sobre el derecho y la ciencia jurídica entre estudiosos prevalentemente de izquierda, distintos por la diversidad de las disciplinas y también de las culturas jurídicas. Fui uno de los ponentes, junto con Stefano Rodotà, Umberto Cerroni, Francesco Galgano, Biagio De Giovanni, Ulrich Preuss, Giovanni Tarello, Enrico Spagna Muso, Adolfo Di Maio, Fabrizio Mazziotti y Rudolf Wietholter. Lo que nos unía era la voluntad de refundar la ciencia del derecho sobre la base de una doble opción: ante todo, la opción jurídica en apoyo de los principios constitucionales –la paz, la igualdad en los dos significados expresados en el art. 3 de la Constitución italiana, los derechos de libertad, los derechos sociales y los derechos de los trabajadores– que habrían debido informar la crítica del derecho existente y la promoción de un derecho, una jurisprudencia y una dogmática jurídica a su altura; en segundo lugar, y consecuentemente, la opción política y moral en favor de los sujetos débiles, víctimas de las violaciones de aquellos principios, es decir, de los «obstáculos», como dice el art. 3,2 de la Constitución italiana, «que limitan de hecho la libertad y la igualdad» de las personas y que «la República tiene el deber de eliminar». En mi ponencia, en apoyo de la tesis sobre la jurisprudencia informada en la Constitución y en particular en su art. 3,2, insistí en el papel central que el caso concreto e irrepetible enjuiciado, con su contexto social específico integrado por desigualdades y violaciones de derechos, debería asumir en la que llamaba *interpretación*

operativa de los jueces⁴: una centralidad del hecho, que luego he precisado mejor en *Derecho y razón* con mis tesis sobre la equidad, es decir, sobre la comprensión y sobre la valoración equitativa de la singularidad del caso como dimensión esencial de todo juicio, añadida a la dimensión interpretativa y a la probatoria relativas a la verdad procesal –jurídica y fáctica– de la averiguación judicial⁵.

La fórmula «uso alternativo» tuvo fortuna y se difundió también fuera de Italia, en particular en España y en América Latina⁶, asumiendo los significados más diversos y a veces más sorprendentes. En las polémicas periodísticas que siguieron al encuentro de Catania fuimos acusados, por quien evidentemente no sabía nada del asunto y se limitaba a polemizar contra la fórmula, de haber querido teorizar y proponer el derecho libre, o, en cualquier caso, un derecho alternativo al derecho positivo vigente. A veces, participando en seminarios en América latina, me ha ocurrido oír hablar de «uso alternativo del derecho» para referirse al derecho natural, al

4 «Magistratura Democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria», en P. Barcellona (ed.), *L'uso alternativo del diritto* cit., pp. 105 ss. y también en *Quale giustizia*, n.º 1718, 1972, pp. 558 ss. (trad. de P. Andrés Ibáñez, «Magistratura Democratica y el ejercicio alternativo de la función judicial», en *Política y justicia*, cit., pp. 197 ss.). Mi respuesta a Tarello están en «Replica», en *L'uso alternativo*, cit., II. *Ortodossia*, cit., pp. 287 ss. Había introducido la expresión «interpretazione operativa» en «Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa», en *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, I, 1966, pp. 290 ss.

5 En *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Trotta, Madrid, 10ª edición 2018, § 11, pp. 155 ss.

6 Mi límite a recordar el volumen de N. López Calera, M. Saavedra López y P. Andrés Ibáñez, *Sobre el uso alternativo del Derecho*, Fernando Torres, Valencia, 1978; R. Bergalli, *Estado democrático y cuestión judicial*, Depalma, Buenos Aires, 1984; María de Lourdes Souza, *El uso alternativo del derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2001.

derecho revolucionario, al derecho socialista, al derecho proletario, al derecho del futuro u otras extravagancias.

2. Sobre el sentido originario de la fórmula

¿Qué quería decir aquella fórmula en los primeros años setenta? ¿Qué queríamos expresar con ella hace cincuenta años? Ciertamente, en nuestro lenguaje de entonces, el adjetivo «alternativo» —en «jurisprudencia alternativa», «uso alternativo del derecho» o similares— nunca ha supuesto alguna contestación del derecho o de la legalidad positiva. Con él se entendía exactamente lo contrario, precisamente porque, para nosotros, la legalidad positiva incluía, en el vértice, la Constitución. Más allá de cualquier exceso verbal propio de los tiempos, con aquella expresión deliberadamente provocativa pretendíamos contestar el monopolio ideológico de la legitimidad hasta entonces detentado y pretendido por la jurisprudencia y la ciencia jurídica conservadoras, a las que oponíamos, como con toda seguridad más legítimas y fundadas científicamente en cuanto ancladas en la Constitución, nuestra jurisprudencia y nuestra cultura jurídica, en este sentido «alternativas».

Había, además, un segundo significado. Contra la presunta científicidad avalorativa reivindicada hasta entonces por la ciencia del derecho y su método técnico-jurídico, la fórmula aludía a la inevitable «politicidad» de la función judicial y, más en general, del derecho y de las disciplinas jurídicas: una politicidad generada, necesariamente, por las opciones impuestas por la divergencia deóntica entre la Constitución y la legislación, esta, todavía, en gran parte fascista, y al peso consiguiente, en aquellas opciones, de las ideologías y las distintas culturas

presentes tanto en la doctrina como en la práctica jurídica⁷.

Pero es claro que, de no tenerse en cuenta el clima de aquellos años, no se entendería el significado polémico de la fórmula. Se había producido una profunda renovación de la cultura política y de la cultura jurídica. La Constitución italiana, puede decirse, había estado hibernada durante los años cincuenta y la primera mitad de los sesenta, en obsequio a los viejos dogmas de la neutralidad del derecho, de la continuidad del Estado y de la apoliticidad y neutralidad valorativa de la doctrina jurídica y de su autonomía de otros saberes sociales como otras tantas condiciones de su «cientificidad». Fue a mitad de los años sesenta cuando estos dogmas de la neutralidad del derecho y de la apoliticidad de su interpretación entraron en crisis, al no ser compatibles con el evidente contraste entre la Constitución y la entera legislación de base heredada del fascismo. La crisis fue abierta por los jueces, dentro de la Asociación Nacional de Magistrados, que el fascismo había suprimido y que, reconstituida tras de la Liberación, dio vida a un intenso debate sobre la jurisdicción. El resultado más relevante de aquel debate fue el ya recordado Congreso de Gardone de 1965, en cuyas conclusiones se afirmó el carácter vinculante de la Constitución en la interpretación y en la aplicación de la ley⁸.

7 Sobre las ideologías, en las disciplinas iuslaboristas, recuérdese el bello libro de G. Tarello, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale. L'esperienza italiana dopo la Costituzione*, Comunità, Turín, 1967.

8 Según esas conclusiones, «corresponde al juez, en posición de imparcialidad e independencia frente a toda organización política y todo centro de poder: 1) aplicar directamente las normas de la Constitución cuando esto sea técnicamente posible en relación con el hecho concreto controvertido; 2) remitir al examen de la Corte Constitucional, incluso de oficio, las leyes que, en el momento interpretativo, no se presten a ser reconducidas al dictado constitucional; 3) interpretar todas las leyes de conformi-

En esos años se eliminaron dos importantes discriminaciones en el ingreso en la magistratura. En 1965 se abrió el acceso a las mujeres, que cincuenta años más tarde serían mayoría entre los magistrados y hoy son el 54%. Y un año antes, una circular del Consejo Superior de la Magistratura, de 7 de julio de 1962, había excluido del trámite para la admisión al concurso de ingreso en la magistratura las informaciones policiales sobre las ideas políticas de los candidatos, cuando de izquierda, normalmente acompañados de informes de no admisibilidad, a veces acogidos. En fin, en 1964 había nacido Magistratura Democrática, que inmediatamente contestó los dos principales elementos de la vieja ideología judicial: una mala teoría de la interpretación basada en la idea del juez «boca de la ley», que ignoraba las lecciones de Kelsen y de la filosofía analítica sobre el carácter inevitablemente discrecional de las opciones interpretativas y, por tanto, de las opciones ético-políticas subyacentes a estas, y una mala teoría de las fuentes, que igualmente ignoraba la divergencia originada en el ordenamiento, por el virtual conflicto entre la Constitución y el viejo sistema legislativo. De aquí un replanteamiento y una refundación de la jurisdicción y el desarrollo de la jurisprudencia a la que, precisamente, llamamos «alternativa» en cuanto basada en la primacía de la jurisdicción. De aquí también, paralelamente, el desarrollo, en la magistratura, de un hábito de independencia y de un nuevo sentido del papel del juez como garante de los derechos de los más débiles y de la legalidad frente a los poderosos, que manifestará su carga rupturista en los procesos por corrupción que llevarían a la

crisis del sistema político a comienzos de los años noventa.

Pero fue la cultura jurídica en su conjunto la que vivió en aquellos años una etapa de profunda renovación. Gracias a las enseñanzas de Norberto Bobbio, Uberto Scarpelli y Giovanni Tarello se refundaron la filosofía jurídica y la teoría del derecho, que asumieron como problemas centrales de sus estudios la cuestión del método y el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica, o sea, lo que los juristas y los jueces hacen y lo que deberían hacer. Gracias al esfuerzo de Renato Treves y de Alessandro Baratta, nació la sociología del derecho, que por primera vez hizo objeto de análisis no solo al derecho sino también a los juristas, no solo a la criminalidad sino a los criminólogos y a los penalistas, no solo a los delincuentes, sino también a los jueces, no solo a las instituciones, sino también a las ideologías subyacentes a las doctrinas que indagan sobre ellas y, más en general, al papel social de los juristas, los condicionamientos externos de las profesiones jurídicas, el funcionamiento de la magistratura, las opciones políticas y culturales expresadas por la jurisprudencia, las actitudes de los jueces, sus estilos argumentativos y su ideología estamental. Se renovó la historiografía del derecho. Por obra de Paolo Grossi y después de Pietro Costa, Mario Sbriccoli, Mauricio Fioravanti e Italo Birocchi, pero también de numerosos juristas positivos, se desarrolló una historiografía no solo del derecho medieval, sino del derecho moderno y contemporáneo, verdadero autoanálisis crítico de la ciencia jurídica.

La renovación, bajo la enseña de la centralidad de la Constitución, se produjo simultáneamente en todas las disciplinas jurídicas —en el derecho civil, el derecho del trabajo, el derecho penal, en las disciplinas procesalistas y en las publicistas— por obra

dad con los principios contenidos en la Constitución que representan los nuevos principios fundamentales del ordenamiento jurídico estatal».

de una nueva generación de estudiosos, muchos de los cuales –como Stefano Rodotà, Niccolò Lipari, Francesco Galgano, Pietro Barcellona, Umberto Cerroni, Domenico Pulitanò, Giuseppe Coturri, Fabio Mazziotti, Giorgio Ghezzi y Riccardo Guastini– figuran entre los protagonistas del encuentro de Catania. De los institutos civilistas de la propiedad privada, el contrato, la responsabilidad civil y de la empresa, redefinidos sobre la base del valor constitucional de la persona, a la naturaleza de las relaciones de trabajo, repensada sobre la base de la garantía de los derechos de los trabajadores y de la autonomía sindical, hasta las garantías penales y procesales, como el principio de lesividad y el juicio público y contradictorio en la formación de las pruebas reivindicados frente a los viejos procedimientos inquisitivos, todo el aparato conceptual recibido de la tradición jurídica fue repensado en aquellos años y redefinido a la luz de los principios constitucionales y de acuerdo con las luchas sociales y con los movimientos juveniles de contestación.

Testimonios y lugares de desarrollo de esta renovación son las numerosas revistas fundadas entonces, que ya en sus títulos expresan un programa de revisión epistemológica y de superación de la separación de derecho, política y sociedad: *Politica del diritto*, *Democrazia e diritto*, *Quale giustizia*, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, *Diritto e società*, *Critica del diritto*, *Sociologia del diritto*, *La questione criminale*, *Dei delitti e delle pene*. Se trata de revistas jurídicas destinadas no solo a juristas, sino a un público más amplio, en las que se persigue abiertamente la integración entre enfoque jurídico y aproximación histórica, sociológica y económica, se privilegia la indagación empírica sobre la exégesis y la reflexión dogmática y se afrontan temas nuevos, como los de las

condiciones de trabajo en la fábrica, la tutela de los consumidores, la criminalidad de cuello blanco, el estado de las cárceles, los condicionamientos políticos de la jurisdicción, las desigualdades en la sociedad, la discriminación de las mujeres y el papel del derecho en la bioética y la defensa del medio ambiente. El papel político de los juristas, hasta entonces ocultado tras la pantalla de la neutralidad científica, se hacía explícito de este modo a través de su compromiso directo en la breve etapa del reformismo italiano de aquellos años: la institución de las Regiones y del referéndum abrogatorio, el Estatuto de los Trabajadores y el nuevo proceso del trabajo, la introducción del divorcio y la legalización del aborto, el nuevo derecho de familia, la reforma sanitaria, la reforma carcelaria y la abolición de los manicomios.

3. La regresión cultural actualmente en curso bajo la enseña de la ausencia de alternativas

Llegados a este punto, preguntémosnos: ¿tiene hoy todavía un sentido hablar de uso alternativo del derecho? Es la cuestión que nuestros seminarios dedicados a aquella fórmula deben afrontar ahora. Si la vieja expresión, que proponía una concepción y una práctica alternativa del derecho –más precisamente: alternativa al uso que, generalmente, venía haciéndose de él– tiene todavía un sentido; si conserva aún el valor de una indicación normativa y de proyecto y una capacidad de orientación y renovación ideal. Yo creo que la mayor parte de los juristas respondería negativamente a esta pregunta. Puede que ni siquiera entendiese su sentido. En efecto, pues tengo la impresión de que, en estos últimos 30 años, en paralelo con la crisis del viejo sistema político y el

giro liberista⁹ en la cultura y en las prácticas de la política, se ha producido una involución de la cultura jurídica, tanto en la magistratura como en la academia.

En la magistratura se ha hecho presente de nuevo la vieja ideología estamental: la idea del carácter puramente técnico y apolítico de la jurisdicción y, al mismo tiempo, no por casualidad, la defensa apriorística de la organización judicial, el fastidio ante la crítica, el carrerismo y la homologación. Es una regresión cultural que se manifiesta en tres tendencias involuciones. La primera es la de tipo burocrático, a la que corresponde la figura del juez amante del *quieto vivere* y de las jerarquías y gravitante, por lo general, en el área del poder: es el tipo de juez que mi generación encontró en Italia en los años sesenta, y que hoy puede reproducirse en aquellos jueces y fiscales cuyo horizonte y cuyas ambiciones se identifican con las perspectivas de carrera. La segunda involución es la aparentemente opuesta de tipo belicista e inquisitivo, a la que corresponde la figura del magistrado protagonista y narcisista que se asume como poder bueno en la lucha contra el mal (el terrorismo, la mafia, el crimen organizado, la corrupción o cualquier otro). Es la figura del juez que concibe la jurisdicción como lucha y al imputado como enemigo, estigmatizada por Beccaria en el célebre pasaje contra el «proceso ofensivo» en el que «el juez se convierte en enemigo del reo»¹⁰ y sugerida, en cam-

bio, por el modelo de «derecho penal de enemigo», teorizado por Günther Jakobs. En fin, la tercera involución es la de tipo corporativo, que se manifiesta en la extinción del debate dentro de la magistratura, en la intolerancia frente a las críticas y en la defensa incondicionada del cuerpo judicial como poder bueno y salvífico, que ha acabado por dejar en la sombra prácticas judiciales iliberales y antigarantistas, en contraste con esa misma legalidad que los magistrados están obligados a defender. Mientras, por el contrario, es siempre un factor de salud institucional la conciencia, entre los jueces, de que tal poder, como escribió Montesquieu, es un poder terrible, sobre todo cuando no está limitado por rigurosas garantías.

Una regresión análoga es la que también se ha producido en la ciencia jurídica. Sobre la base de un malentendido positivismo jurídico y de una suerte de realismo jurídico vulgar, la ciencia jurídica ha asistido al giro liberista y populista de nuestras instituciones y a las consiguientes involuciones autoritarias del propio objeto de estudio, oscilando, en ausencia de alternativas, entre resignación pesimista y aceptación realista y, de este modo, archivando o, en cualquier caso, adaptando los principios garantistas a los muchos cambios del derecho en transformación. Naturalmente, no es esta la sede para un balance de las vicisitudes de las diferentes disciplinas jurídicas, que valdría la pena hacer. Me limitaré a registrar las regresiones que, a mi juicio, han sufrido las doctrinas laboralista y penalista.

En estos últimos 30 años, las mutaciones del derecho del trabajo han sido devastadoras: abolición del art. 18 del Estatuto de los Trabajadores y libertad de despido, reducción de los salarios y de la calidad de las condiciones de vida de los trabajadores en los lugares de trabajo, posible desloca-

9 «Liberismo» es un término italiano –sin uso en castellano– que puede equivaler a «liberalismo económico». Va referido, por tanto, no a los derechos de libertad, sino a los derechos de autonomía en la esfera del mercado, que son derechos fundamentales, pero también poderes. En efecto, pues su ejercicio consiste en actos jurídicos que producen efectos en la propia esfera y en la de los demás. (N. del t.).

10 C. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, edición bilingüe al cuidado de P. Andrés Ibáñez, trad. de F. Laplaza, prólogo y notas de P. Calamandrei, texto italiano fijado por G. Francioni, Trotta, Madrid, 2011, § XVII, p. 175.

lización de las inversiones en países en los que se puede explotar el trabajo en formas esclavistas y consiguiente crisis de las garantías de los trabajadores, también en Italia, para poder gestionar esta competencia a la baja. Es un fenómeno mundial, generado por la asimetría entre el carácter global de los poderes económicos y financieros y el carácter local de la política y del derecho y por la consiguiente subalternidad de los poderes políticos de gobierno a esos nuevos soberanos absolutos, invisibles, impersonales e irresponsables en que se han transformado los mercados. ¿Cómo ha reaccionado a esta desvalorización del trabajo la cultura jurídica laboralista? Creo que se ha limitado a constatarla.

Lo mismo ha sucedido con las disciplinas penalistas. Si en el derecho del trabajo la agresión a los derechos de los trabajadores ha sido gestionada por las políticas y las culturas liberistas, en el derecho penal la agresión a las garantías penales y procesales se ha producido por obra de las políticas populistas, es decir, del otro de los dos componentes de la actual derecha extrema, si bien acompañado del desarrollo, en beneficio del primero, de un potente garantismo de la desigualdad y del privilegio. Paquetes de seguridad, exasperaciones punitivas para la delincuencia callejera y de subsistencia simultáneos a las leyes en favor de los corruptos, agresiones a los derechos de los migrantes, desarrollo de las medidas de prevención, cadena perpetua agravada y endurecimiento de las condiciones de vida de los presos, han marcado las políticas penales de estos últimos 30 años. También en este caso las disciplinas penalistas, en vez de defender el modelo garantista, han adaptado los principios al derecho que cambia: de la legitimación y teorización del creacionismo judicial con violación de la separación de poderes y de la sujeción de los jueces a la ley, al aval

prestado a la legislación y a la jurisprudencia de prevención, contradiciendo los principios de retribución y de legalidad, a la opción en favor de las fórmulas de negociación de la culpabilidad y la pena y de los procedimientos alternativos, hasta el apoyo ofrecido a las distintas formas de tutela anticipada de los bienes jurídicos y a las tantas diferenciaciones por tipos de autor del proceso penal y de la ejecución de la pena.

Se plantea, al respecto, una cuestión epistémica de fondo, que afecta al estatuto de la ciencia jurídica: si esta debe limitarse a interpretar las normas jurídicas, como recomendaba el viejo método técnico-jurídico, o debe también, con el auxilio de la filosofía jurídica y política y de la sociología del derecho, interrogarse sobre sus fundamentos axiológicos y ejercer el papel crítico y proyectivo hoy impuesto por la ineffectividad de los derechos fundamentales y de los principios de igualdad y dignidad de las personas constitucionalmente establecidos. En síntesis: si la ciencia jurídica tiene simplemente el cometido de contemplar su propio objeto y por eso, de hecho, de avalar con realismo su legitimidad, o si, en cambio, está además investida, frente al derecho positivo, de un papel crítico y proyectivo: crítico de sus perfiles de injusticia y de invalidez constitucional y comprometido con la indicación de normas, instituciones, funciones y garantías alternativas a la involución en curso y capaz de asegurar la efectividad de los principios constitucionales.

4. ¿Qué uso del derecho alternativo hoy? La alternativa constitucional permanente

Esta es la provocación, más actual hoy que nunca, que nos llega de la fórmula del uso alternativo del derecho: ya no la des-

cripción acrítica y la sustancial legitimación del derecho existente solo porque existente, que teme como no científico cualquier valor político del propio trabajo, sino la crítica del derecho existente, si contrario a la Constitución, y el diseño de un derecho alternativo, de acuerdo con los principios y los derechos establecidos por ella.

Hay una tesis de fondo que, a mi juicio, está en la base de esta opción y que, desde hace muchos años, seguramente desde los años de Magistratura Democrática, he sostenido siempre con fuerza. Es la contestación, en el plano de la teoría del derecho, del dogma positivista de la validez de las leyes solo porque formalmente existentes o vigentes. Este dogma, contradictoriamente defendido por Hans Kelsen¹¹, es ciertamente válido en el estado legislativo de derecho, donde la ley ordinaria es la fuente suprema y su existencia (vigor o vigencia), como resulta de su producción en las formas preestablecidas por las normas sobre su formación, equivale a su validez. Por eso el precepto formulado por Jeremy Bentham: «criticar libremente», es obvio que desde fuera, desde el punto de vista de la justicia, pero «obedecer puntualmente»¹². De aquí, en el estado legislativo, el carácter no valorativo de la jurisdicción y de la ciencia jurídica, sujetas a la ley cualquiera que sea.

11 Para una crítica de esta tesis kelseniana –según la cual la idea misma de un derecho ilegítimo o inválido es «una contradicción en los términos» H. Kelsen, *Teoría general del derecho y del estado*, [1945], trad. de E. García Máynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, primera parte, cap. XI, H, b), p. 185; Id., *Teoría pura del derecho*, 2ª ed., [1960], trad. de R. J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, § 35, j), α), p. 274– remito a mi *La lógica del derecho. Diez aporías en la obra de Hans Kelsen*, trad. de P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2017, cap. IV, pp. 77 ss.

12 J. Bentham, *A Fragment on Government, or a Comment on the Commentaries* (1776), in *Works of Jeremy Bentham*, Russell and Russell, New York 1962, vol. I, Prefacio, p. 230; edición de E. Bocardio Crespo, *Un fragmento sobre el gobierno*, Tecnos, Madrid, 2ª edición 2010.

Ese dogma, en cambio, ya no es sostenible en el estado constitucional, en el que también la ley está subordinada al derecho y, más precisamente, a la constitución que, gracias a su rigidez, impone una integración de la noción de validez y de invalidez de las leyes: ya no su dimensión solo formal –la validez como *conformidad* y la invalidez como *disformidad* respecto de las normas procedimentales sobre su producción– sino también una dimensión sustancial que, para la validez de las leyes, requiere además la *coherencia* de sus significados con las normas constitucionales, mientras comporta, en caso de *incoherencia*, la invalidez de las normas producidas aun cuando sean formalmente válidas.

Dicho brevemente, la alternativa es al *derecho ilegítimo*, generado inevitablemente por la divergencia entre constitución y ley. El *derecho ilegítimo*, que para Kelsen es una contradicción en los términos, representa, a mi juicio, la conquista más preciosa realizada con las constituciones rígidas. Contra él debe perseguirse la *alternativa permanente*, a través de una cultura jurídica que tome en serio la Constitución y sus principios. Esta mi crítica del dogma sostenido por Kelsen de la equivalencia entre existencia y validez de las normas, que hoy puede parecer una obviedad, sonaba como una herejía en el kelsenismo entonces dominante, tanto que me hizo entrar en polémica con mi maestro Norberto Bobbio¹³. Pero esta sigue a la tesis,

13 En un seminario celebrado en Camerino en 1970, el último de los seminarios de San José (así llamados porque tenían lugar todos los años, casi siempre en Turín, el día festivo del 19 de marzo). Precisé luego mis críticas en «La semántica della teoria del diritto», en *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, edición de U. Scarpelli, Edizioni di Comunità, Milán, 1983, pp. 81 ss.; en «La formazione e l'uso dei concetti nella scienza giuridica e nell'applicazione della legge», en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 1985, pp. 401 ss. y después en *Derecho y razón*, cit., cap. VII, pp. 357 ss.

que tampoco ahora puede darse por descontada, de la existencia de una dimensión ya no solo *formal* sino también *sustancial*, tanto de la validez como de la invalidez de las leyes, generada por las constituciones rígidas. Es claro que esta tesis hace impracticable el papel puramente descriptivo y avalorativo de la ciencia del derecho impuesto por el viejo método técnico-jurídico: en efecto, pues si la determinación de la invalidez formal, es decir, de un vicio de forma de las normas producidas, es prevalentemente técnica y de hecho, la cuestión de su validez o invalidez sustancial comporta siempre juicios de valor. En síntesis, la constitucionalización del ordenamiento impone en el plano científico, y no solo en el civil y político, la crítica del derecho sustancialmente inválido por acción o por omisión, es decir, de las antinomias y de las lagunas inevitablemente generadas por la normatividad de la constitución. Y es una mistificación ideológica presentar esta crítica y las consiguientes prácticas interpretativas del derecho vigente, que son opinables pero inevitables y requieren por eso argumentaciones adecuadas, como una arbitraria política del derecho, y no como una fisiológica jurisprudencia que se quiere de acuerdo con la constitución.

Este papel crítico y proyectivo está impuesto por la constitución a toda la cultura jurídica, en todos los sectores del ordenamiento. De aquí la alternativa constitucional y permanente al derecho y a la práctica jurídica corriente: *constitucional* porque las constituciones trazan un deber ser alto del derecho viviente; *permanente* porque este deber ser no será nunca entera y perfectamente realizable. Nunca viviremos en un mundo constitucionalmente perfecto. Y, por consiguiente, será siempre debida la crítica del derecho ilegítimo –de las antinomias y de las lagunas– y la proyección de sus correcciones y de sus actuaciones.

Bajo este aspecto, siempre me ha parecido un límite de nuestra literatura constitucionalista el hecho de que se haya dedicado bastante más al análisis de la segunda parte de la Constitución, la relativa al ordenamiento de la República, que a la de la primera sobre los derechos fundamentales –los derechos de libertad y los derechos sociales de las personas– que, en cambio, deberían ser el objeto privilegiado de las disciplinas constitucionalistas como clave de lectura crítica del ordenamiento en su totalidad.

Estos principios y estos derechos, gracias a su rigidez, han producido, además, no solo una modificación de la noción jurídica de validez de las leyes, sino también un cambio de paradigma de la democracia: un cambio, hay que añadir, que al igual que el de la validez de las normas, tiene dificultad para afirmarse en la cultura filosófica y está sustancialmente rechazado por la política, que cada vez más abiertamente reivindica la omnipotencia de las mayorías. Tras la introducción de constituciones rígidas, la democracia ya no solo consiste en el respeto de las reglas del juego, es decir, del sufragio universal y del principio de mayoría, en la formación de las leyes. Este respeto asegura solo la dimensión formal de la democracia, consistente en la forma representativa de los órganos y los procedimientos decisionales en la que he llamado la *esfera de lo decidible*. Pero las constituciones rígidas han añadido a esta dimensión otra sustancial de la democracia constitucional, que se refiere a los contenidos normativos de las decisiones. Más precisamente, han añadido la dimensión liberal y la social generadas por las garantías de los derechos de libertad y de los derechos sociales, que diseñan, como límites y vínculos a las decisiones políticas, la que he llamado la *esfera de lo no decidible*: lo que ninguna mayoría puede decidir, esto

es, la lesión de los derechos de libertad y lo que ninguna mayoría puede no decidir, o sea, debe decidir, es decir, la satisfacción de los derechos sociales.

Este papel crítico y proyectivo impuesto por la Constitución a la ciencia jurídica y a la práctica política y judicial es el sentido último y actual de la idea de un uso alternativo del derecho: promover la alternativa permanente a la ilegitimidad sustancial de gran parte del derecho vigente, como tarea científica, antes que política, tanto de la ciencia como de la práctica del derecho.

5. Un constitucionalismo global, como uso alternativo del derecho impuesto hoy por las catástrofes globales

Esta alternativa permanente, impuesta a nuestros estudios por el horizonte constitucional, confiere un nuevo encanto a la ciencia jurídica y en particular a las disciplinas constitucionalistas. Contra la regresión de las políticas gubernativas, cada vez más serviles a los mercados globales, los principios constitucionales, precisamente porque supraordenados a la legislación y por tanto a la política, confieren a la cultura política comprometida con su defensa una legitimación democrática y un papel progresista que no había tenido nunca en el pasado. Este es el sentido y el atractivo político de nuestros estudios proveniente de la alternativa constitucional y que habremos de transmitir y hacer comprender siempre a nuestros estudiantes: el encanto del derecho y de la razón como instrumentos indispensables de la construcción de la paz y de la democracia.

Todo esto es hoy más cierto que nunca, ya que la alternativa constitucional reclamada por la globalización es la única respuesta posible a un futuro de catástrofes. Esta alternativa –lo que bien podemos

llamar el uso alternativo del derecho que hoy impone, con necesidad y urgencia, la deriva en la que está inmerso el género humano– es una expansión del paradigma garantista a la altura de los grandes desafíos que pesan sobre nuestro futuro: el calentamiento climático, que de no detenerse hará inhabitable nuestro planeta; las guerras y el peligro de su deflagración en el holocausto nuclear; el crecimiento de las desigualdades y las violaciones de los derechos humanos, cada vez más visibles y escandalosas en un mundo progresivamente interdependiente e interconectado; la explotación salvaje del trabajo y el drama de los migrantes, determinado el primero por la libertad de los capitales de transferirse donde los trabajadores puedan ser pagados a un dólar la hora y el segundo por la negación de la misma libertad a los seres humanos en fuga del hambre, la miseria, las guerras y las persecuciones.

Frente a estas catástrofes, el constitucionalismo actual es inadecuado e impotente. Son impotentes las constituciones nacionales, cuya validez está limitada al territorio de los estados. Ese embrión de constitución del mundo formado por la Carta de la ONU y las tantas cartas de los derechos humanos es inadecuado. Una y otras permanecen inactuadas al no haber previsto y, por tanto, no haber sido construidas sus garantías y las correspondientes instituciones de garantía. Han cambiado las coordenadas del constitucionalismo diseñadas en aquel gran momento constituyente que fueron los primeros años de la segunda posguerra. Ha cambiado, con respecto a entonces, la geografía de los poderes y de las amenazas para nuestro futuro: los poderes que cuentan –los poderes políticos de las grandes potencias nucleares y los económicos y financieros de los mercados globales– están todos fuera de las fronteras nacionales, como

también las agresiones a los derechos y las devastaciones de la naturaleza producidas por su ejercicio incontrolado. Si el constitucionalismo consiste en un sistema de límites y vínculos a los poderes, de otro modo salvajes, de los estados soberanos y de los mercados globales, en garantía de los derechos y de los bienes fundamentales de todos, entonces la alternativa es simple y terrible: o tal sistema de límites y vínculos se lleva a la altura de los poderes globales de los que provienen las agresiones más mortíferas para nuestro futuro, o la humanidad está destinada a extinguirse, víctima de su ceguera.

Este es un dato de hecho. Los problemas globales no pueden ser afrontados individualmente por los estados ni por los poderes económicos, por más potentes y filantrópicos que estos pudieran ser, sino solo mediante la construcción de una esfera pública asimismo global, a través de una refundación del pacto de convivencia. Por otra parte, es cierto que 8 millardos de personas, 196 estados soberanos nueve de los cuales están dotados de armas nucleares, un anarcocapitalismo voraz y depredatorio y un sistema industrial ecológicamente insostenible, no pueden sobrevivir a largo plazo sin producir catástrofes capaces de poner en riesgo la habitabilidad del planeta y la supervivencia de la humanidad. Sin un uso del derecho alternativo a la actual anomia internacional, todos nuestros principios constitucionales –la paz, la democracia, la igualdad, los derechos humanos, la protección de la naturaleza– están destinados a quedarse en vacía retórica.

La alternativa –necesaria y urgente, además de debida, en actuación de los principios de paz e igualdad establecidos en tantas cartas nacionales y supranacionales– es, por tanto, la ampliación del constitucionalismo en una triple dirección: hacia un *constitucionalismo supranacio-*

nal, añadido al estatal, al ser supraestatales todos los poderes más potentes; hacia un *constitucionalismo de derecho privado*, añadido al de derecho público, al ser los poderes económicos privados no menos agresivos, invasivos y destructivos que los poderes públicos; hacia un *constitucionalismo de los bienes* y, más precisamente, de los *bienes vitales* de la naturaleza, que hay que preservar de las apropiaciones y las devastaciones privadas, y de los *bienes mortíferos* que hay que prohibir, como las armas, empezando por las nucleares, los residuos tóxicos y las emisiones de gases de efecto invernadero.

Son tres expansiones dictadas por la lógica misma del constitucionalismo, cuya historia es una historia social y política, que hasta ahora ha consistido en una progresiva ampliación de la esfera de los derechos y sus garantías. Hoy es este nuevo salto de civilidad el que los desafíos globales imponen al derecho y a la política: una refundación de la ONU a través de la transformación de su Carta estatutaria y de las tantas cartas de derechos humanos en una Constitución de la Tierra rígidamente supraordenada a cualquier otra fuente. En suma, como alternativa al caos global, se necesita una Constitución planetaria que no solo enuncie la paz, la igualdad y los derechos fundamentales, sino que promueva su actuación mediante la creación de instituciones globales de garantía primaria en materia de salud, de educación y de subsistencia, instituya un demanio mundial para la tutela del ambiente, prohíba todas las armas como bienes ilícitos, abole los ejércitos nacionales como sostuvo Kant hace dos siglos, cree un fisco mundial sobre los grandes patrimonios y sobre las altísimas rentas con el que financiar las instituciones globales de garantía.

La primera condición requerida para este salto de civilidad es de carácter cul-

tural. Consiste en la superación de un prejuicio que pesa sobre nuestra ciencia jurídica: la idea de un nexo necesario entre constitución, pueblo y estado nacional¹⁴. Esta es una concepción identitaria y nacionalista del constitucionalismo literalmente desmentida por el carácter universalista de los principios –la paz, la igualdad, la dignidad de persona de todos los seres humanos y los derechos fundamentales como derechos correspondientes universalmente a todos– expresados por todas las cartas constitucionales e internacionales de derechos. En virtud de tales contenidos, las constituciones son intrínsecamente universalistas e internacionalistas. Por eso son legítimas y democráticas, no porque sean queridas por el pueblo o por su mayoría, sino porque garantizan a todos, incluso a su pesar. Antes bien, son tanto más legítimas y necesarias cuanto mayores son las diferencias que están llamadas a tutelar, a través de las garantías de los derechos de libertad, y las desigualdades que deben reducir mediante las garantías de los derechos sociales: legítimas y necesarias, pues, más aún que a nivel nacional, a escala global, donde son mayores las diferencias de identidad –étnicas, lingüísticas, religiosas, culturales– que las económicas y materiales. Por eso, el constitucionalismo global,

lógicamente implicado por el universalismo de los derechos y de los demás principios establecidos en todas las cartas avanzadas, es el necesario punto de llegada del itinerario histórico del constitucionalismo.

Naturalmente, nada permite ser optimistas. El proceso constituyente de una Federación global basada en una Constitución de la Tierra está destinado a encontrar obstáculos potentísimos: en la miopía de la clase política, interesada en mantener sus propios pequeños poderes, y en los intereses no menos miopes de los grandes intereses económicos y financieros. Sin embargo, es necesario distinguir lo que es *improbable* por la ceguera de la política y por los obstáculos opuestos por los potentes intereses privados, de lo que es *imposible* en el plano teórico: para no desresponsabilizar a la política y para no legitimar como inevitable lo que de hecho sucede. La idea de la imposibilidad de una alternativa al estado de cosas existente es el fruto de un *realismo vulgar*, que naturaliza la realidad social, el derecho, la política y la economía a través de la bien conocida tesis de que «no hay alternativas». Es un realismo ideológico, que ignora la artificialidad y, al mismo tiempo, la normatividad del derecho, y específicamente de las constituciones, legítima como inevitable lo que es en todo caso obra de los hombres y desresponsabiliza a los actores de nuestra vida económica y política.

El proyecto de la alternativa constitucional contrapone a este realismo ideológico el que llamaré *realismo racional*. Es el realismo de Hobbes, Kant y Marx, pero también y, sobre todo, de las constituciones avanzadas, que frente a las injusticias y las catástrofes determinadas por el juego «natural» e incontrolado de las relaciones de fuerza, elabora en el plano teórico y formula, normativamente, los remedios racionales idóneos para asegurar los derechos y

14 «El vínculo entre estado y constitución es un dato que ha condicionado el desarrollo del constitucionalismo moderno, y del que sería imposible prescindir» (G. Azzariti, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?* Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 15). Este singular postulado fue teorizado por Carl Schmitt: «Hay que limitar la palabra “constitución”», escribió, «a Constitución del Estado, es decir, de la unidad política de un pueblo» (*Teoría de la constitución* [1928], trad. de F. Ayala, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934, § 1 p. 3), que expresa «la unidad del pueblo como conjunto político», de acuerdo con «el axioma democrático fundamental de la identidad de voluntad de todos los ciudadanos» (C. Schmitt, *El defensor de la constitución* (1931), en C. Schmitt-H. Kelsen, *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional*, trad. de M. Sánchez Sarto y R. J. Brie, Estudio preliminar de G. Lombar-di, Madrid, Tecnos, 2009, III, § 4, p. 287 y II, § 1 A), p. 155).



Gustave Doré, *Gargantúa y Pantagruel*

la dignidad de las personas y su convivencia pacífica. Según este realismo, las alternativas existen, las ofrece la propia tradición del constitucionalismo moderno como sistema de límites y vínculos a los poderes de los más fuertes, actualizarlas depende de la cultura jurídica, reivindicarlas de los movimientos y las fuerzas democráticas, y adoptarlas y actuarlas de una política de progreso. Mientras, la verdadera utopía, la hipótesis más irrealista, es la idea de que la realidad pueda permanecer tal como es durante mucho tiempo: que sea posible seguir basando nuestras democracias y nuestros desaprensivos tenores de vida en el hambre y la miseria del resto del mundo, en la fuerza de las armas y en el desarrollo ecológicamente insostenible de nuestras economías. Todo esto no puede durar. Es el mismo preámbulo de la Declaración Universal de

los Derechos Humanos de 1948 el que, con realismo y racionalidad, establece un nexo de implicación recíproca entre paz y derechos, entre seguridad e igualdad, entre salvamento de la naturaleza y salvamento de la humanidad, que solo una Constitución de la Tierra y sus instituciones de garantía pueden hoy asegurar.

Por eso, la alternativa posible es también la única alternativa realista, necesaria y urgente, no solo por los peligros que incumben a la humanidad, sino también por la creciente interdependencia entre los pueblos de la Tierra. Hace sesenta años, éramos en el mundo dos millardos de personas, pero todo lo que acaecía del otro lado del planeta resultaba desconocido para nosotros y en todo caso irrelevante e indiferente. Hoy somos ocho millardos, pero el mundo es bastante más pequeño

que entonces: basta pensar en el virus de la pandemia que, nacido en China, no conoce fronteras y se difundió por todo el mundo en pocas semanas. La humanidad está cada vez más integrada, es más frágil y, repito, más interdependiente: porque estamos todos interconectados; porque todos estamos gobernados por los poderes económicos y financieros globales; porque estamos todos expuestos a las mismas amenazas y a las mismas emergencias que pueden llevar a hacer la Tierra inhabitable y a la extinción de la humanidad. De otra parte, por primera vez en la historia existe un pueblo global que participa de un interés público y general bastante más am-

plio y vital que todos los intereses públicos del pasado: el interés por la supervivencia que une a todos, pobres y ricos, débiles y fuertes –la Tierra, dice un viejo eslogan, es para todos el único planeta que tenemos– y que, cuando las catástrofes sean manifiestas y explosivas, hará inevitable un despertar de la razón. Esta es la gran novedad generada por las emergencias y los desafíos globales y de la que hay que crear conciencia antes de que sea demasiado tarde: la interdependencia creciente entre todos los pueblos de la tierra, que debería generar entre ellos solidaridad y cooperación y refundar la política como política interna del mundo.

La Justicia pública hoy día*

Ian Duncan BURNETT

1. Introducción

La conferencia de este año marca el 25º aniversario de lo que comenzó su andadura como Principios de Latimer House de la *Commonwealth* sobre Buenas Prácticas Rectoras de las Relaciones entre el Ejecutivo, el Parlamento y el Poder Judicial. En 2003, y de nuevo en 2008, los Principios fueron revisados, actualizados y convertidos en los Principios de la *Commonwealth* sobre las Relaciones entre los tres Poderes del Estado: los Principios de Latimer House, en su forma abreviada¹. Como reconocieron los Jefes de Gobierno de la *Commonwealth*, tanto en 2003 como en 2018, constituyen una «parte integral de los valores políticos fundamentales de la *Commonwealth*»². El prólogo de los Principios es, no obstante, revelador. En el mismo se señala que «La “separación de poderes” –la esencia de los Principios– «puede tener buen aspecto sobre el papel y sonar bien en los discursos»³. Este punto se hace eco de la famosa afirmación del juez

Learned Hand, según la cual «*La libertad se halla en los corazones de los hombres y las mujeres; cuando muere allí, ninguna constitución, ninguna ley, ni ningún tribunal pueden hacer mucho para socorrerla. Mientras se halle allí, no es necesaria ninguna constitución, ni ley, ni tribunal para salvarla*»⁴.

Sin embargo, la pregunta es cómo garantizar que los Principios de Latimer House –tanto como la libertad misma– continúen estando presentes en los corazones y las mentes de todos. Más concretamente, cómo podemos seguir garantizando que un poder judicial independiente, imparcial, honesto y competente inspire confianza pública, sea capaz de impartir justicia y, lo que es más importante, contribuya a garantizar el estado de derecho, como exige el Principio IV. ¿Cómo mantenemos este principio en los corazones y las mentes de cada nación de la *Commonwealth*? La justicia pública constituye, al menos, parte de la respuesta.

En la ponencia de esta mañana me gustaría considerar cómo podemos mantener una justicia pública. También quiero analizar cómo podemos ir más allá, cómo podemos abrir las salas de justicia al público hoy día. ¿Qué podemos hacer para que la justicia sea más abierta y accesible? El arraigado principio constitucional se forjó en un momento anterior al uso de las tecnologías y de escasas reseñas de juris-

* Texto de la intervención del autor el 10 de septiembre de 2023, en el marco de la Conferencia de Jueces y Magistrados de la *Commonwealth* correspondiente a 2023, celebrada en Cardiff (Gales). Traducción al español de José Miguel García Moreno.

1 K. Brewer & P. Slinn, *The Commonwealth Principles (Latimer House) on the Relationship between the Three Branches of Government: Twenty Years On*, en *Denning Law Journal* 2018, Vol. 30, Número especial, 101.

2 Algo destacado por K. Brewer & P. Slinn (2018), pág. 107.

3 Principios de la *Commonwealth* (Latimer House) sobre la relación entre los poderes del Estado, pág. 3.

4 Juez Learned Hand, *The Spirit of Liberty*, (1944).

prudencia. Se adaptó a la llegada de la imprenta y va avanzando a trompicones para acomodarse a una tecnología en rápido desarrollo. Para analizarlo, pintaré un cuadro con una breve historia de la justicia pública, y los fundamentos que la sustentan. A continuación, quiero considerar cómo su materialización está cambiando hoy a la luz de las modernas tecnologías.

2. La justicia pública. Una breve historia

La justicia pública, la publicidad, constituye en la conocida frase de Bentham «*el alma misma de la justicia*»⁵. Se trata de un alma vieja, cuyos orígenes se remontan al menos a la antigua Grecia. Sócrates fue juzgado en público en el año 399 a.C. ante un jurado de 501 atenienses y «*una multitud de espectadores en una colina en la antigua Atenas*»⁶. Tanto Platón como Jenofonte estuvieron presentes y escribieron sobre el juicio que, por supuesto, no terminó bien para Sócrates. Más recientemente, puede ser rastreada en Inglaterra hasta el *common law* previo a la invasión normanda. Está documentado que en esa época era obligatoria la asistencia pública de hombres libres en los juicios simulados y ante los tribunales locales o el tribunal del condado en los que se celebraban los juicios penales. Lo que comenzó como asistencia pública obligatoria se transformó en asistencia voluntaria por parte del público a medida que evolucionó el juicio penal con jurado. En 1565, quedó establecido de forma indudable en Inglaterra el principio de que, aunque las acusaciones

en los procedimientos penales se redactarían por escrito, todas las demás actuaciones se practicarían en audiencia pública. Como Sir Thomas Smith expresó en 1583, aparte de las acusaciones:

«Todo lo demás se hace públicamente a presencia de los Jueces, los Magistrados, los jurados, el reo, y cuantos deseen y puedan aproximarse para oírlo; y todas las declaraciones y testimonios [son] prestados de viva voz, para que todos puedan oír lo que se dice por boca de los declarantes y testigos»⁷.

Del mismo modo, en 1829, el juez Bailely señaló lo siguiente en la sentencia del caso *Daubney v Cooper*:

«... una de las cualidades esenciales de un Tribunal de Justicia consiste en que el procedimiento se desarrolle en público, y que todas las partes que deseen oír lo que está pasando tengan derecho a estar presentes para oír lo que sucede, si hay espacio físico a estos efectos, y siempre que no interrumpen el procedimiento y no existan razones concretas por las que deban ser excluidos»⁸.

Ese derecho del público a estar presente está ahora sólidamente establecido en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional. Fue reconocido como tal en la sentencia del caso *Scott v Scott*, en la que Lord Shaw lo consideró como «*una parte sólida y muy sagrada de la constitución del país y de la administración de justicia*»⁹. Su centralidad para la correcta administración de justicia es reconocida en la Sexta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 14 del Pacto Internacional de

5 Bentham, *Draught for the Organisation of Judicial Establishment*, en *The Works of Jeremy Bentham* (ed. Bowring) (1843) (William Tait, Edimburgo) Vol. 4 pag. 316.

6 A. Harvey, *Public Hearings in Investor-State Treaty Arbitration: Revisiting the Principle* (tesis doctoral inédita, Universidad de Luxemburgo, 2020) pág. 16.

7 De Republica Angolorum.

8 *Daubney v Cooper* (1829) 109 ER 438; 10 B & C 237, pág. 240.

9 *Scott v Scott* [1913] AC 417, pág. 473.

Derechos Civiles y Políticos. Está ampliamente consagrado en la *Commonwealth*, por ejemplo, en el artículo 21 de la Constitución de la India, el artículo 50 de la Constitución de Kenia y el artículo 36 de la Constitución de Nigeria¹⁰.

Tiene una importancia real, pero siempre ha estado sujeto a excepciones limitadas cuando debe ceder ante otros intereses públicos en conflicto¹¹. Puede resultar necesario limitar el acceso público a las audiencias, a la información o a la identidad de algunos implicados para promover la propia administración de justicia¹². Como se indicó en el *obiter dictum* del juez Bayley, puede estar válidamente sujeto a límites cuando la presencia de miembros del público en una audiencia resulte perturbadora. También puede ceder cuando la publicidad pueda socavar la finalidad del procedimiento. Entre los ejemplos obvios se incluyen los casos en los que la publicidad socavaría la finalidad de las solicitudes de órdenes de registro, ya sea en el ámbito penal o civil, de embargos preventivos y similares. Y es posible que deba ceder cuando se contrapone a otros derechos o principios sustantivos, como el derecho a la intimidad y los intereses de los menores, la seguridad de las personas o la seguridad nacional. Existe un intenso debate sobre las circunstancias en las que el principio de publicidad debe ceder ante los intereses privados de los litigantes o los testigos, porque es innegable que la exposición al escrutinio público en procedimientos penales y civiles mediáticos puede resultar extremadamente estresante para muchas

personas¹³. Sin embargo, en los casos en que sea necesario lograr ese equilibrio hay que tener cuidado para evitar que las limitaciones impuestas al principio no sean más que las estrictamente necesarias para proteger el otro interés público¹⁴.

Los procedimientos pueden ser públicos e informarse sobre ellos, incluso cuando las partes o los testigos hayan sido anonimizados. La anonimización es un tema relevante en sí mismo. Al momento se está abriendo un abismo entre el planteamiento del *common law* y el del mundo de derecho continental respecto de la anonimización. Al *common law* le desagrada porque erosiona el principio de publicidad, pero la anonimización rutinaria de partes y testigos es cada vez más común en Europa¹⁵. Este es un tema que dejo para otro día.

3. La naturaleza de la justicia pública y los fundamentos que la sustentan

¿Entonces, qué requiere la justicia pública? En el mundo del *common law* hay, según creo, cuatro elementos centrales.

En primer lugar, debe existir una disposición para que el público asista a los juicios civiles y penales durante la celebración de éstos. En Inglaterra y Gales, esta disposición incluye la asistencia a las audiencias para la adopción de medidas cautelares u otras audiencias procesales¹⁶. En esta jurisdicción hasta hace unos 25 años esas actuaciones procesales generalmente se llevaban a efecto con exclusión de la audiencia pública, y ciertamente es discutible

10 *Tripathi c Tribunal Supremo de la India* (Tribunal Supremo de la India, 26 de septiembre de 2018), pár. [2].

11 *Scott v Scott* [1913] AC 417, pág. 437; *A-G v Leveller Magazine Ltd* [1979] AC 440, pág. 450.

12 *Khuja v Times Newspapers Ltd* [2017] UKSC 49, [2017] 3 WLR 351, párs. [29]-[30].

13 Véase, por ejemplo, Coleen Davis: *The Injustice of Open Justice*, 8JCLUR 92.

14 *R v Chief Registrar of Friendly Societies, ex parte New Cross Building Society* [1984] QB 227, pág. 235.

15 Nota de investigación, *anonymity of the parties on the publication of court decisions*, (marzo de 2017) curia.europa.eu.

16 *Ntuli v Donald* [2010] EWCA Civ 1276 pár. [50].

que el principio de publicidad realmente requiera una interpretación tan amplia. Hoy en día responde a la mera casualidad que las cuestiones de procedimiento sean resueltas en una audiencia, a menudo por teléfono, o por escrito.

En términos reales, incluso en el caso de los juicios penales o civiles plenarios es infrecuente que los miembros del público asistan a las audiencias, aparte de las personas que tienen un interés cercano. Por lo tanto, la disposición relativa a la publicidad debe incluir necesariamente una previsión apropiada para garantizar el acceso de los medios de comunicación. Los medios de comunicación actúan en nombre del público, escrutando e informando de lo que sucede en la sala de audiencias en representación de éste.

En segundo lugar, la publicidad requiere que los presentes en una audiencia puedan discutir, debatir y criticar lo dicho y hecho por las partes y el juez, e incluso la sentencia¹⁷. Como señaló el Consejo Privado en 1936, aunque en un lenguaje arcaico, en su sentencia del caso *Ambard c. el Fiscal General para Trinidad y Tobago*,

«La justicia no es una virtud enclaustrada: debe permitirse que sufra el escrutinio y los comentarios respetuosos, aunque sin pelos en la lengua, de los hombres comunes»¹⁸.

17 *Al-Rawi v The Security Services* [2011] UKSC 34; [2012] 1 AC 531, págs. 543, 572.

18 *Ambard v Attorney General for Trinidad and Tobago* [1936] AC 322, pág. 335. El Consejo Privado (*Privy Council*) del Reino Unido es un órgano de asesoramiento al soberano británico de origen medieval, cuyos miembros son en gran parte políticos de alto nivel, que han sido o son miembros de la Cámara de los Comunes o de la Cámara de los Lores del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. El Comité de Recursos del Consejo Privado (*Appellate Committee of the Privy Council*) constituye la última instancia judicial respecto de los procedimientos seguidos en las Dependencias de la Corona, en los Territorios de Ultramar, así como en algunos Estados de la *Commonwealth* que aceptan su jurisdicción (N. del T.).

Aquí se aprecia la conexión con los medios de comunicación, que actúan en nombre del público. Forma parte del vínculo inextricable entre el principio de publicidad y la libertad que, en general, incumbe a los medios de comunicación para informar sobre los procedimientos judiciales; un punto destacado por Lord Reed en el Tribunal Supremo del Reino Unido cuando explicó la importancia del principio de publicidad y su incidencia en Escocia en el marco de la legislación constitucional promulgada por los reyes Guillermo y María a finales del siglo XVII. Esta legislación establecía expresamente que los juicios penales debían celebrarse «*con las puertas abiertas*»¹⁹.

En tercer lugar, los documentos presentados ante el tribunal y que se utilizan en el procedimiento deben, en principio, estar a disposición del público y de la prensa. Se trata de una consecuencia inexorable de los dos primeros elementos. Si los tribunales y las audiencias que se celebran ante ellos son accesibles al público, las actuaciones judiciales también deben ser accesibles al público. Una consecuencia importante de este elemento supone que lo que se hace público de esta manera puede ser reeditado²⁰. Dado el creciente uso de pruebas y alegaciones escritas, incluyendo documentos electrónicos, sin este requisito la asistencia a una audiencia tendría limitada utilidad práctica y la información sería muy difícil.

En cuarto lugar, los datos personales de los participantes deben hacerse públicos. Como regla general la identidad de las partes debe ser conocida. Es inadmisibile que una parte litigue, por ejemplo, sin re-

19 *A v British Broadcasting Corporation (Scotland)* [2014] UKSC 25; [2015] AC 588, párs. [23]-[26].

20 *Richardson v Wilson* (1879) 7 R 237, pág. 241, citado como precedente en *A v British Broadcasting Corporation (Scotland)* [2014] UKSC 25; [2015] AC 588, pár. [25].

velar su identidad al tribunal y a las otras partes²¹. En general, su identidad también debe ponerse en conocimiento del público. Se pueden hacer excepciones cuando el anonimato de la parte o del testigo lo requiera. Es importante destacar que en la tradición del *common law* la identidad del juez debe ser conocida; los que ejercen el poder judicial del Estado no deben hacerlo en secreto. Ese aspecto del principio fue objeto de debate en este país el año pasado tras una resolución dictada *inaudita parte* por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Estrasburgo y dirigida al Gobierno británico, por la que se prohibía la expulsión de un solicitante de asilo. La identidad del juez que dictó la resolución no fue revelada en ese momento ni lo ha sido hasta ahora, algo que resulta ajeno a la tradición del *common law*.

La razón más importante que subyace a este principio radica en que garantiza que el poder judicial sea responsable de lo que hace²². El ejercicio del poder judicial del Estado en secreto aumentaría el riesgo de conducta arbitraria, o de pereza y trabajo descuidado, e incluso incrementaría las posibilidades de corrupción.

El hecho de que los tribunales actúen con publicidad y de que las sentencias motivadas de éstos deban hacerse públicas contribuye a garantizar que los jueces estén siempre sujetos a juicio cuando enjuician²³. Por lo tanto, tiene una dimensión disciplinaria respecto de los jueces, en la medida en que contribuye a detener el

abuso judicial y el abuso de autoridad, al tiempo que los estimula a actuar con probidad, a tratar a las partes de manera justa y a asegurar que la justicia sea impartida con sujeción al derecho. Es por esta razón que la justicia pública fue descrita en la sentencia del caso *Scott v Scott* como

«en sentido amplio, la mejor garantía de la recta, imparcial y eficiente administración de justicia; el mejor medio para ganar la confianza y el respeto públicos hacia ella»²⁴.

Todo esto es aún más importante cuando se trata de procedimientos judiciales dirigidos contra el Estado. Un poder judicial oculto a la vista del público podría convertirse con demasiada facilidad e indebidamente en algo “más proclive al ejecutivo que el propio ejecutivo”, en las famosas palabras de Lord Atkin²⁵.

La función disciplinaria tiene un papel más amplio, ya que también se aplica a las partes y los testigos. El carácter público de los procedimientos también los somete a escrutinio. De este modo contribuye a desalentar demandas falsas o pruebas fraudulentas o manipuladas²⁶. La función indagatoria que desempeña la justicia pública está vinculada a este aspecto. Otras posibles partes en el proceso u otros testigos que hayan tomado conocimiento de esas demandas o pruebas podrían comparecer cuando es posible que no lo hubieran hecho hasta ese momento, en particular si se practicaron fuera de la mirada pública.

La rendición de cuentas a través de la publicidad opera por otra vía. Las sentencias motivadas están sujetas al debate y discusión públicos. La forma en que los tri-

21 *SMO (A Child) v TikTok Inc* [2020] EWHC 3589 (QB); [2021] 2 FLR 917, pár. [8]; *Wright v The person or persons unknown responsible for the operation and publication of the website www.bitcoin.org* [2022] EWHC 2982 (SCCO).

22 *Al-Rawi v The Security Services* [2011] UKSC 34; [2012] 1 AC 531, pág. 543.

23 *R (Binyam Mohamed) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2010] EWCA Civ 65; [2011] QB 218, pár. [38].

24 *Scott v Scott* [1913] AC 417, págs. 463 y 476.

25 *Liversidge v Anderson* [1942] AC 206, pág. 244.

26 J. Bentham, *Rationale of Judicial Evidence*, en *The Works of Jeremy Bentham (Rationale)* (ed. Bowring) (1843) (William Tait, Edimburgo) Vol. 6 pág. 355.

bunales interpretan y aplican el derecho y, particularmente en los sistemas jurídicos de *common law*, contribuyen a su desarrollo, es una cuestión objeto de escrutinio público y político²⁷. El Parlamento puede reaccionar ante los desarrollos jurisprudenciales y corregir la evolución jurídica por medio de una intervención legislativa. De este modo, se asegura que la función de creación jurídica atribuida a los tribunales no quede al margen del proceso democrático.

En términos más generales, la publicidad desempeña un papel educativo o explicativo. Los procedimientos públicos contribuyen a informar al público sobre lo que sucede en los tribunales. Evidencia que dichos procedimientos están abiertos al público no solo como espectadores, sino también como participantes. Les permite ver que nadie está excluido de los tribunales; que el acceso a la justicia está abierto a todos. Su papel educativo también atañe a la promoción de la comprensión pública del derecho y de cómo es aplicado éste. Lord Reed recientemente enfatizó cómo las sentencias tienen amplio eco²⁸. Éstas, junto con la legislación, proporcionan el marco en el que los individuos ordenan sus asuntos conforme al ordenamiento jurídico. Contribuyen a informarles sobre cómo es probable que los tribunales resuelvan las reclamaciones. En consecuencia, contribuyen a prevenir que surjan controversias, al tiempo que proporcionan los medios para que las partes en los litigios puedan valorar las fortalezas y debilidades de sus posiciones respectivas y, en consecuencia, a alentar su resolución por una vía alternativa al procedimiento.

La justificación última va más allá del papel de la publicidad en la garantía de

una correcta administración de justicia. Se vincula con el derecho de la persona a la libertad y la seguridad²⁹. Es evidente que los procedimientos penales y algunos procedimientos civiles, en particular los seguidos por desobediencia al tribunal, pueden concluir con la sanción de alguna persona. En los procedimientos civiles el poder coercitivo del Estado puede ser utilizado para ejecutar las resoluciones judiciales. La publicidad permite que las partes sometidas al riesgo de cualquier tipo de sanción tengan confianza en que los procedimientos serán resueltos de manera justa y con sujeción al derecho, y en que los resultados de esos procedimientos puedan ser objeto de debate.

4. La justicia pública en el siglo XXI

Estos fundamentos que sustentan la justicia pública, y cuyas manifestaciones son las audiencias públicas y las sentencias motivadas, contribuyen a asegurar cuatro características esenciales en apoyo del estado de derecho: la confianza en el poder judicial; la impartición de justicia; la rendición de cuentas del poder judicial de cara al público; y la legitimidad judicial.

Teniendo esto en cuenta, permítanme ahora pasar a exponer su aplicación en el siglo XXI.

Durante siglos hemos conseguido una justicia pública asegurando que las audiencias estuvieran abiertas al público y más tarde a los medios de comunicación, con un énfasis particular en que los lugareños pudieran ver lo que sucedía en los tribunales locales. La justicia se hizo menos local, incluso cuando era impartida en Inglaterra y Gales por los Tribunales del Condado, los Juzgados de Paz, los Tribunales de *Assizes*, y posteriormente los Tribunales de la Co-

²⁷ *Khuja v Times Newspapers Ltd* [2017] UKSC 49; [2017] 3 WLR 351 pár. [13].

²⁸ *R (UNISON) v Lord Chancellor* [2017] UKSC 51; [2017] 3 WLR 409 párs. [68]-[72].

²⁹ *Scott v Scott* [1913] AC 413, pág. 475.

rona. Las personas tenían menos tiempo para asistir a las sesiones de los tribunales, y las redes sociales no permitían la difusión en toda la comunidad de los puntos de vista relativos a cómo el tribunal había dirigido una audiencia. En Inglaterra y Gales fue crucial el papel de unos medios de comunicación dinámicos e independientes, en particular de los corresponsales especializados en tribunales. Durante el siglo XIX y la mayor parte del siglo XX se informó en detalle sobre los juicios penales notorios, incluso con información textual sobre los aspectos decisivos. En nuestra jurisdicción, durante la primera mitad del siglo XX un pequeño número de abogados célebres eran seguidos como estrellas de cine³⁰. Los periódicos locales eran numerosos y relativamente prósperos e informaban sobre casi todos los juicios penales, al margen de su importancia; y, por ejemplo, detallaban regularmente el resultado de los juicios celebrados ante el Juzgado de Paz local. El público realmente sabía lo que estaba sucediendo en los tribunales. Los corresponsales de tribunales de los periódicos nacionales también informaban con rigor de los procedimientos de interés público en otras jurisdicciones.

En el Reino Unido, y sospecho que en gran parte del mundo, los periódicos locales están en declive. La manera en que muchas personas acceden a las noticias ha cambiado. La información local sobre los procedimientos judiciales se ha reducido sustancialmente. Ni todos los periódicos nacionales ni las emisoras disponen ya de corresponsales de tribunales. Los que continúan se enfrentan a una labor difícil, y las circunstancias vigentes determinan que la información sobre muchos procedimientos sea elaborada por periodistas que no están

profundamente familiarizados con los procesos judiciales o el derecho. El poder judicial puede ayudar. Las sentencias pueden redactarse en un lenguaje claro y accesible, y tener una extensión tan breve como resulte razonablemente factible. Pueden estructurarse de forma que permita al lector encontrar rápidamente el meollo de las cuestiones debatidas y el sentido de la decisión. En los casos de interés público y de enjundia el propio órgano jurisdiccional puede facilitar resúmenes breves, si bien dejando claro que no forman parte de la sentencia. Esto se hace en Inglaterra y Gales en todos los procedimientos resueltos por el Tribunal Supremo y el Consejo Privado; en muchos procedimientos ante el Tribunal de Apelación con un amplio impacto o un gran interés público, y también en un número cada vez mayor de procedimientos ante el Tribunal Superior, en particular los relativos a demandas controvertidas en materia de revisión judicial. En procedimientos penales de gran interés público, los jueces redactan normalmente por escrito sus observaciones sobre individualización de la pena, y las publican inmediatamente al final de la audiencia. Estas medidas ayudan a los periodistas, pero, lo que es más importante, contribuyen a una información precisa y rápida y permiten a cualquier persona interesada comprender las cuestiones planteadas y el resultado del procedimiento en solo unos minutos de lectura.

Pero es la tecnología la que está ampliando la posibilidad de que el público y los medios de comunicación vean lo que está sucediendo en los procedimientos judiciales de una manera que se ha precipitado, sobre todo debido a la necesidad de recurrir al uso de audiencias por videoconferencia durante la pandemia de COVID-19. Comprendimos pronto que estas audiencias no solo permiten participar a

³⁰ Por ejemplo, Sir Patrick Hastings KC y Sir Edmund Marshall-Hall KC.

distancia a las partes, testigos y abogados, sino además que otras personas interesadas en el procedimiento, incluyendo a los periodistas, puedan presenciar la audiencia a distancia.

Esta ponencia no es el lugar adecuado para disertar sobre la incidencia de las audiencias a distancia en la administración de justicia o sobre cómo, en el ámbito de los diversos órdenes jurisdiccionales y tipos de procedimientos, la asistencia de algunos participantes a una audiencia contribuye a mejorar o menoscabar la administración de justicia. Pero no hay duda de que el uso de las plataformas de videoconferencia ha permitido que las personas y los representantes de los medios de comunicación, locales, nacionales e internacionales, realmente interesados, presencien las audiencias e informen sobre éstas. En Inglaterra y Gales nos enfrentamos a restricciones legales sobre la retransmisión de los procedimientos judiciales. Volveré a esa cuestión en un momento, pero la regulación, modificada durante la pandemia de COVID-19, permite la participación a distancia, incluso de periodistas, en la mayoría de los procedimientos. Nuestros tribunales carecen de los recursos para habilitar este servicio de forma rutinaria. No obstante, en los procedimientos de interés público se han adoptado prevenciones para permitir a los periodistas conectarse a las audiencias por videoconferencia. En algunos casos de gran notoriedad pública decenas o cientos de periodistas lo han hecho, lo que ha dado lugar a una información más amplia y diría que más rigurosa.

Un estudio empírico del impacto de la pandemia realizado por el Consejo de Justicia Civil en Inglaterra y Gales destacó que los encuestados respondieron al cuestionario –y me refiero a los encuestados de los medios de comunicación– indicando que consideraban que las audiencias a distan-

cia mejoraban su capacidad para informar sobre los procedimientos³¹. Quizás se trate de algo obvio. No se dan las restricciones impuestas por la necesidad de viajar o de hallarse en un solo lugar en un momento dado. Cuando la participación en forma remota es posible se amplía la posibilidad de asistir a más procedimientos. De esta forma es posible cubrir e informar sobre un ámbito más amplio de procedimientos. En los procedimientos en los que resulte adecuado, pueden adoptarse las prevenciones para que los periodistas asistan a distancia, incluso cuando la audiencia se está celebrando de forma normal ante en el tribunal con la presencia de los participantes. Permitir que las personas asistan a los procedimientos en la red comporta algún riesgo. Resulta muy fácil grabar y posteriormente manipular cualquier material. No obstante, a mi juicio, este riesgo no debería llevar a un enfoque demasiado cauteloso a la hora de aprovechar las posibilidades disponibles en este momento. En la jurisdicción de Inglaterra y Gales lo más probable es que las limitaciones sean de tipo logístico y económico. Por desgracia, al momento presente no hay recursos económicos, técnicos o humanos disponibles para permitir una difusión generalizada de este tipo de audiencias.

La mejora del acceso a los tribunales también puede derivar de la retransmisión de las audiencias. En 1925, en respuesta a la información sensacionalista sobre los juicios penales, y, en particular, a la publicación de fotografías de las personas acusadas, el Parlamento promulgó una prohibición legal de hacer fotografías en

31 N. Byrom, S. Beardon, A. Kendrick, *The Impact of Covid-19 Measures on the Civil Justice System*, (Civil Justice Council, 2020) pág. 71 <<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/06/CJC-Rapid-Review-Final-Report-f-1.pdf>>.

las salas de los tribunales³². A medida que evolucionó la tecnología, dicha prohibición se aplicó a la grabación de sonido, a la televisión y al vídeo. La prohibición sigue vigente, pero en Inglaterra y Gales es posible flexibilizar su aplicación en virtud de un instrumento legal.

La prohibición no se aplica al Tribunal Supremo del Reino Unido, creado por la Ley de Reforma Constitucional de 2005. Desde sus inicios en 2009 este tribunal ha retransmitido sus procedimientos. El Consejo Privado también lo hace, porque sus procedimientos no quedaron comprendidos en la Ley de 1925. Se trata de un avance importante y relativamente reciente para las jurisdicciones que conservan el derecho al recurso ante el Comité de Recursos del Consejo Privado como tribunal de última instancia. Las excepciones legales respecto de la Ley de 1925 han permitido que la Sala Civil del Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales transmita en directo sus audiencias. Las grabaciones están disponibles en la página de YouTube dedicada al tribunal. Las actuaciones ante la Sala Penal del Tribunal de Apelación también pueden ser retransmitidas, previa solicitud. Generalmente los procedimientos en la fase de recurso devolutivo resultan adecuados para ser retransmitidos. No hay declarantes y se tratan cuestiones de índole jurídica. Aunque es necesario tener cuidado para evitar nombrar a cualquier persona que se vea amparada por el anonimato –los denunciados en los procedimientos por delitos sexuales, por ejemplo, menores–, nuestra experiencia de este tipo de retransmisiones es sobradamente positiva.

Muchos países de la *Commonwealth* retransmiten algunos o todos los procedimientos ante sus tribunales de última instancia. La retransmisión permite que los

ciudadanos sigan los procedimientos en los que tienen interés. También permite que los periodistas tengan una mejor comprensión de las cuestiones debatidas y de los argumentos aducidos en un caso antes de informar. Particularmente en el contexto de las impugnaciones constitucionales controvertidas, se ha considerado que la retransmisión en directo de los procedimientos mejora la comprensión pública, contribuye a la legitimidad de la resolución adoptada por el tribunal y a la predisposición del público y de los políticos a aceptar el resultado. Permítaseme dar dos ejemplos frescos en mi memoria después de mi visita a África Oriental y Central a principios de este año, aunque no son los únicos ejemplos posibles en la *Commonwealth*. En los últimos años, tanto en Kenia como en Malawi ha habido impugnaciones de los resultados de las elecciones generales. Las audiencias de los procedimientos de impugnación constitucional fueron retransmitidas y vistas o escuchadas por amplios sectores de la población. El público fue capaz de seguir las implicaciones de las referidas impugnaciones, y ello contribuyó a asegurar la aceptación, o al menos la aquiescencia, respecto de los resultados de las impugnaciones por parte de aquellos que no estaban satisfechos con la resolución. En resumen, el consentimiento de los perdedores, lo que en un ambiente político agitado podría contribuir a evitar la violencia.

La cuestión es hasta dónde debe llegar la retransmisión de los procedimientos. El apetito de los medios de comunicación por las grabaciones de los procedimientos judiciales es ilimitado. Éstas incrementan la conmoción provocada por una historia y la capacidad de producir un fragmento televisivo impactante. Hemos experimentado cómo la retransmisión de algunos juicios penales en todo el mundo se convierte en una telenovela en directo, y cómo los

32 Ley de Justicia Penal de 1925, artículo 41.

procedimientos civiles entre personas famosas parecen ser utilizados al servicio de una agenda publicitaria más amplia. Los procedimientos judiciales no constituyen un espectáculo y los ejemplos que tengo en mente –todos los presentes tendrán los suyos propios– evidencian los peligros que conlleva permitir que las actuaciones judiciales se conviertan en otra forma de espectáculo en lugar de en procedimientos solemnes.

Sin embargo, el recurso amplio a la retransmisión para informar sobre los procedimientos que conllevan un genuino interés público se ha consolidado en esta jurisdicción, y está resultando un éxito.

Si alguien estuviera interesado en saber cuáles son mis instintos naturales, un poco de investigación sobre mi vida jurídica previa habría proporcionado la respuesta. Hace 25 años hubo un grave accidente de tren en Southall, a las afueras de Londres, que se cobró siete vidas. Hubo una investigación legal pública sobre las causas del accidente, en la que fui designado letrado principal. El profesor John Uff QC y yo decidimos permitir que se filmara el procedimiento. Las audiencias se prolongaron durante un par de meses. La mayor preocupación existente fue que la retransmisión alentara el lucimiento de los abogados, pero no sucedió así. La retransmisión fue un éxito, en la medida de lo posible. Evidentemente, la realidad es que la mayoría de los procedimientos judiciales no constituyen un buen espectáculo televisivo, y se retransmitió bastante menos de las actuaciones de lo que esperábamos.

Avancemos hasta 2017, cuando fui designado *Lord Chief Justice* y se debatió la cuestión relativa a la retransmisión de las observaciones sobre individualización de la pena³³ por los jueces encargados de los

procedimientos penales mediáticos. En ese momento di mi apoyo inequívoco a la propuesta. Se tardó bastante tiempo en ultimar los detalles, y la propuesta estaba a punto de ponerse en marcha cuando llegó la pandemia de COVID-19. Fue necesario aprobar alguna legislación secundaria, y se acordaron protocolos con las compañías titulares de medios de comunicación autorizados, como la BBC, ITN y Sky, que proporcionan los equipos. La filmación se limita al juez, y no incluye a ninguna otra persona en el tribunal. Hay un pequeño lapso de asincronía para permitir que la retransmisión en directo sea interrumpida en el caso de que se produzca alguna alteración. A mi juicio es importante evitar el sensacionalismo, lo que se consigue asegurando que ni los acusados ni las víctimas sean filmados. Por el momento solo un número limitado de procedimientos, definido por el rango de juez encargado de presidir las actuaciones, está comprendido en el ámbito del instrumento normativo.

La audiencia para la individualización de la pena constituye la cuestión específica en la que la mayoría de los ciudadanos están interesados. La facilitación del acceso público a las observaciones sobre individualización de la pena, en las que, por disposición legal, debe explicarse en

sionales o jueces de paz legos) de los tribunales penales de primera instancia en Inglaterra y Gales (*Magistrates' Courts* y *Crown Courts*) para la determinación de la pena concreta que ha de ser impuesta al acusado hallado culpable (por el veredicto del Jurado, por el juez profesional o lego, o en virtud de la conformidad del propio acusado, según los casos). En la labor de individualización de la pena el juez sentenciador tomará en consideración una serie de factores como el marco punitivo abstracto fijado por la norma penal sustantiva (sea legal o derivada del precedente judicial) y las directrices (*sentencing guidelines*) aplicables, el tipo de delito y su gravedad basada en las circunstancias del caso concreto, el momento en que se prestó la conformidad por el acusado, en su caso, la personalidad del acusado y sus antecedentes, así como sus circunstancias personales y económicas (particularmente si se trata de la pena de multa), etc. (N. del T.).

³³ En inglés *sentencing remarks*. La expresión hace referencia a la actividad desarrollada por los jueces (profe-

un lenguaje comprensible por el acusado, cómo y por qué el juez ha alcanzado su conclusión sobre la pena que ha de imponerse en el caso concreto, supone una poderosa herramienta explicativa en un área en la que las reacciones respecto de la pena impuesta son instintivas la mitad de las veces.

Desde que se retransmitió el primer grupo de observaciones sobre individualización de la pena en julio de 2022 quedó claro que esta innovación ha constituido un éxito más allá de nuestras expectativas. Normalmente solo unos segundos de las observaciones aparecen incluidos en cualquier boletín informativo retransmitido. No obstante, las versiones íntegras de las observaciones sobre individualización de la pena se retransmiten en vivo *online*, y luego se insertan en los repositorios de noticias de los sitios web de las emisoras. Cuando el público tiene la imagen completa, es menos probable que se emitan críticas injustas. Ha quedado claro que la disponibilidad de estas observaciones para los comentaristas y periodistas ha mejorado la calidad de la información al respecto. Si se me permite decirlo, también ha ayudado a mejorar la comprensión del proceso de individualización de la pena entre los políticos y los legisladores.

Un aspecto que realmente no previmos fue el impacto que la retransmisión de las observaciones sobre individualización de la pena está teniendo en la percepción pública de nuestros jueces de más alto rango. Los jueces del Tribunal Superior y los jueces de más alto rango del Tribunal de la Corona (cuyas observaciones sobre individualización de la pena pueden ser retransmitidas) no son monocromáticos, masculinos y septuagenarios. Nos hemos percatado de que muchas personas se han sorprendido al comprobar que las observaciones eran emitidas por mujeres, o por hombres y

mujeres bastante jóvenes o pertenecientes a minorías étnicas.

El incremento de la comprensión del proceso de determinación de la pena, la finalidad educativa de la justicia pública, está teniendo otra consecuencia importante. Es susceptible de contribuir a acrecentar la confianza del público en el sistema de justicia penal y en el poder judicial. En los últimos años se ha reiterado hasta la obstinación que los jueces son demasiado indulgentes en el momento de la determinación de las penas. Se trata de un mito, como revelan los análisis informados de los datos relativos a las penas impuestas³⁴. Pero los mitos tienden a ser tan duraderos como perniciosos. Estos mitos son proclives a socavar la confianza pública en el poder judicial. El efecto beneficioso de la retransmisión de las observaciones sobre individualización de la pena está desempeñando un papel relevante en la destrucción del mito, promoviendo así la legitimidad judicial y, en consecuencia, el estado de derecho.

Dado el éxito de las retransmisiones de las observaciones sobre individualización de la pena, así como de las retransmisiones de las audiencias de los recursos devolutivos, cabe argumentar convincentemente que debemos ir más allá. La prueba de fuego radica en determinar si la retransmisión de los procedimientos sirve a la administración de justicia. La publicidad de las actuaciones constituye un relevante rasgo característico de la correcta administración de justicia. La retransmisión y la disponibilidad de las grabaciones de las audiencias proporciona, sin duda, un grado mayor de publicidad de los procedimientos judiciales que el mero hecho

34 Un aspecto que ya he destacado anteriormente, véase Lord Burnett CJ, *Sentencing: The Judge's Role*, (2020). https://www.ucl.ac.uk/laws/sites/laws/files/sentencing_the_judges_role_lcj_ucl_speech_9_december_2020.pdf.

de permitir a los ciudadanos y a la prensa asistir a las audiencias, incluso si esa asistencia puede realizarse a través de una plataforma de videoconferencia.

A mi juicio, la pregunta al considerar la transmisión en vivo o la retransmisión de otros tipos de procedimientos o de partes de los procedimientos debería ser: ¿por qué no? La respuesta a veces conducirá a mantener el *statu quo*. Personalmente, no estoy convencido de que la retransmisión de las declaraciones orales de los testigos sea deseable, pero hay un serio debate en curso sobre la retransmisión de otras actuaciones de algunos juicios penales. El anonimato y las preocupaciones legítimas sobre la privacidad o el bienestar bien podrían ser argumentos en contra de muchas retransmisiones potenciales. Pero las observaciones sobre individualización de la pena en un ámbito más amplio de procedimientos inevitablemente acabarán por alcanzar mayor difusión, con el tiempo. Como también sucederá con el acceso a las impugnaciones para la revisión judicial de resoluciones gubernamentales planteadas ante el Tribunal Superior cuando exista un intenso interés público. Se asemejan a las vistas de los recursos devolutivos en los que se tratan cuestiones jurídicas sin práctica de pruebas orales, y son adecuadas para su transmisión en vivo. Muchos países de la *Commonwealth* van por delante de la jurisdicción de Inglaterra y Gales, y dentro del Reino Unido nuestros colegas de Escocia nos han mostrado el camino a seguir en algunos aspectos. Corresponderá a otros continuar el viaje a partir de aquí.

5. Conclusión

Como es bien sabido, Louis Brandeis, magistrado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, observó hace más de un siglo que «*La publicidad es justamente elogiada como un remedio para las enfermedades sociales e industriales. Se dice que la luz solar es el mejor de los desinfectantes; y la luz eléctrica el policía más eficaz*»³⁵. Esta cita se suele acortar en la más sucinta «*la luz solar es el mayor desinfectante*». En lo que respecta a los procedimientos judiciales, no hay duda de que tenía razón. La publicidad no suele ser considerada como uno de los principios más importantes que sustentan la noción de juicio justo y la correcta administración de justicia. La atención se centra en el derecho al correcto emplazamiento, a un proceso contradictorio y a la igualdad de armas, así como en el derecho a proponer y practicar pruebas y a intervenir de forma efectiva en el procedimiento. Pero la garantía última de todos estos principios radica en la publicidad. Sin ella no tendrían mucho recorrido como principios significativos, ni nuestros tribunales y poderes judiciales mantendrían la confianza y la legitimidad públicas. La justicia pública constituye un fundamento necesario del estado de derecho. Por esa razón todos debemos reflexionar cuidadosamente en los próximos años, a medida que la tecnología continúa remodelando nuestros sistemas de justicia, sobre cómo mantener y, lo que es más importante, mejorar la forma en que se materializa la justicia pública.

35 L. Brandeis, *What Publicity Can Do*, Harper's Weekly (20 de diciembre de 1913).

La Toga*

Piero CALAMANDREI

Conocí a un abogado de Florencia que, cuando informaba en la vista, en vez de cuidar la pronunciación, como muchos toscanos, por timidez, tratan de hacer en público (hay alguno que cuando sube a la cátedra tiene tanto miedo a comerse las c, que por reacción las refuerza como si cacarease), parecía tomarle el gusto a deslizarse sobre las aspiradas como el violinista sobre los aflautados: «Excelencias de la Horte, la Hausa que defiendo...». Y a quien le preguntaba por la razón de estos gorjeos, respondía con aire de ostentación: —Cuando me pongo la toga me siento etrusco y me sale el acento nativo.

Esta respuesta sibilina demandaba una aclaración. Y, en efecto, él nunca dejaba de explicar que, según los glotólogos, la aspiración de la c, característica del habla florentina, es una herencia de nuestros padres etruscos, signo de nobleza bastante más antigua de la que en ciertos salones se atribuye a la r suave; y que también la toga debe considerarse nuestra vestimenta nacional como toscanos, porque habrían sido precisamente los Etruscos quienes dieron

a los Romanos el primer figurín, según lo documentado por el famoso Arengador del Lago Trasimeno que, al ser la estatua togada más antigua que se conoce, puede considerarse el modelo original de la toga corta y esbelta a la manera etrusca; sobre el que luego los Romanos, como demuestran las estatuas, no habrían hecho más que duplicar las dimensiones de la tela y complicarla con pliegues.

No me consta cómo se haya producido esta historia de la herencia de la pronunciación; pero en lo que se refiere a la descendencia de la toga, temo que aquel buen amigo se hubiera hecho al respecto alguna ilusión, cosa no rara en materia de descendencias. Porque, en suma, entre la toga de los Etruscos y la de los Romanos y la que usamos hoy los abogados, no hay nada en común que no sea el nombre. Como todo el mundo sabe, la toga romana era blanca: la nuestra es negra. La toga romana estaba hecha de un solo trozo de tela, cortado en forma de elipse, sin costuras y sin mangas; y en la nuestra toda la elegancia está en las mangas... En realidad, la toga que hoy visten los jueces y los abogados no es de origen romano. Si quisiera relacionarse con un arquetipo romano, habría que remontarse, si acaso, no a la toga, sino a la túnica; pero es muy probable que la remota derivación de esa vestimenta que

* Publicado en 1941 en la entrega núm. 3 de «La lettura», Revista mensual de *Corriere della Sera*.

Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez.

Agradezco al editor Vincenzo Campo la recuperación del texto y a Silvia Calamandrei, directora del Archivo-Biblioteca Piero Calamandrei (Montepulciano, Siena) que me lo haya hecho llegar (N. del t.).

hoy llamamos toga, sea oriental y deba ser rastreada en aquellos hábitos talarés, con amplias mangas, que se difundieron en Roma con el culto de Mitra y con el antiguo rito cristiano. Así la toga, que al inicio del Imperio era aún el traje nacional de la gente romana, la «*gens togata*» de Virgilio (según está documentado por las muchas estatuas togadas de Augusto y por los relieves del *Ara Pacis*), cayó en desuso en los siglos posteriores. Los famosos mosaicos de San Vitale que representan a Justiniano y a los dignatarios de su corte, muestran que la toga ya había dejado de existir incluso como traje de ceremonia, sustituida por más ricos indumentos.

Es cierto que la toga no tuvo nunca en Roma el carácter de un uniforme profesional reservado específicamente a los jueces o a los abogados: y el hemistiquio ciceroniano «*cedant arma togae*», que los abogados de hoy repiten voluntariosos con aire de jactancia, como queriendo afirmar la supremacía del derecho sobre la fuerza y de la palabra sobre la espada, probablemente solo quiso aludir a la normal preeminencia de la autoridad civil sobre la militar, en el gobierno del estado. En Roma, la toga era, sobre todo, el hábito de la plena capacidad civil, por así decir, el oficial del ciudadano romano.

Tal es el único carácter mediante el que la toga, desaparecida en Roma a finales del siglo VI, enlaza con la toga reaparecida en Venecia en el siglo XIV. También la toga véneta fue, como la romana, el vestido representativo de la autoridad y la dignidad ciudadana: tanto que Cesare Vecellio, en su tratado *Degli abiti antichi e moderni*, que es de 1590, la señala como «habito ordinario et comune a tutta la nobilità venetiana»; y del mismo modo que en Roma Augusto había prohibido a los ciudadanos aparecer en el foro sin toga, en Venecia el Consejo de los Diez amenazaba con gra-

ves penas a los nobles que se presentasen en público sin la prescrita vestidura oficial. Pero en cuanto a la forma, la toga véneta no tuvo nada en común con la romana: fue una amplia túnica talar con amplias mangas colgantes y sin cinturón, generalmente de paño negro (escarlata o morado para los grandes dignatarios), más tarde enriquecida en el cuello y en los puños con «lechugas de encaje».

Hasta finales del Setecientos esta toga, inmediata progenitora de la que llevamos hoy los abogados, no fue adoptada como uniforme judicial: reservada en origen a los nobles y a los dignatarios públicos, se extendió a los doctores, no solo en leyes, también en medicina. Y, viceversa, no siempre los jueces vestían la toga: en la conocida estampa de Piattoli (siglo XVIII) que ilustra el proverbio «es mejor un flaco acuerdo que una gruesa sentencia», frente a los contendientes, miserablemente despojados por el litigio –y el vencedor advierte: «Me quedo en camisa y he ganado mi pleito / el que lo ha perdido se queda sin ella»– el juez y el secretario aparecen vestidos no con toga sino con faldas.

El uso de la toga como hábito civil no sobrevivió a la revolución francesa; pero el ordenamiento judicial napoleónico la rehabilitó como uniforme judicial; y como tal sigue usándose en Francia y en la mayor parte de los Estados europeos. En Italia, un capítulo específico del reglamento general judicial de 14 de diciembre de 1865 trata «de los uniformes de la magistratura y de los abogados y procuradores», con particular detenimiento en el «uniforme con toga». Disposiciones bastante más recientes sobre el propio de los abogados y de los procuradores, han añadido algún galón y algún cordoncillo para distinguir los grados; pero las partes fundamentales permanecen invariables.

A los que estamos acostumbrados a las salas de justicia, no nos extraña este

hábito del setecientos, que sobrevive desorientado en pleno siglo XX, mientras los ropajes de su siglo se apolillan en las vitrinas de los museos; pero de la anacrónica singularidad de esta nuestra vestimenta se tuvo la prueba hace muchos años cuando, con ocasión de una ceremonia ciudadana, todo el cuerpo universitario, compuesto por un centenar de profesores desfiló en traje académico por las calles del centro. La gente, que no sabía de la procesión, asistía al inusitado espectáculo formando filas. Mas no diré que riese: este cortejo de togas, negras, que interrumpía la circulación con una mancha lúgubre, producía en el profano un cierto malestar, como si a los personajes de cualquier viejo tapiz descendiendo entre los vivos. Los comentarios de la gente, más que en tono de burla, parecían movidos por una sospechosa inquietud: uno preguntó «¡oh! ¿de dónde han salido?» con el tono de susto de quien pensase en una cueva o de una catacumba. Y una anciana, sacudiendo la cabeza, comentó: «¡Pobres desesperados!» (pero tampoco ahora tengo claro el porqué del comentario).

Evidentemente, la toga no está hecha para lucirse al aire libre, en contacto con los tranvías y con los automóviles: pero viéndola en las salas de justicia se entiende por qué ha sobrevivido a su siglo solo en ellas.

Hoy es atributo típico de los juristas que son los «hombres de toga» por antonomasia: ¿cuál ha sido la razón histórica de esta transformación de un hábito civil en uniforme típicamente profesional, de este estrechamiento de los lazos entre la toga y la justicia?

* * *

Yo creo que esto se deriva, antes que nada, de la naturaleza insuprimible y necesaria de la función judicial, que, mientras en

los siglos cambian las leyes y las instituciones, permanece *fundamentum regnorum*, como instalada fuera del tiempo. Cuando se piensa en este carácter casi divino de la misión del juez, llamado a examinar por transparencia los hechos contingentes a la luz de su lámpara eterna —aquella a la que aludía Cino de Pistoya, cuando pedía perdón a Dios por haber gastado mal sus días: «*aplicando leyes, todas injustas y vanas, sin la tuya, que se lleva escrita en el corazón*»—, se comprende que su traje deba tener necesariamente un cierto aire, no diré anticuado, porque la justicia es de ayer como de mañana, pero apartado y destacado, que está fuera de las edades y de las modas: como el sayo de ciertas órdenes monásticas, que no cambia durante siglos aunque cambien en su entorno los figurines.

Tal es la razón por la que en las figuraciones simbólicas de la Justicia esta diosa es a menudo representada con los ojos vendados, e incluso —como en uno de los mosaicos que adornan el nuevo Palacio de Justicia de Milán, ante el que los profanos se detienen pensativos...— con la cabeza oculta entre las nubes. No porque la Justicia pueda ser ciega e ignorar las humildes vicisitudes humanas, a las que ella debe dar presto consuelo; sino porque bajo estas vicisitudes, con una visión más penetrante que la de los ojos mortales, debe descubrir las razones de la dignidad moral y de la humana solidaridad que recomponen todas las miserias y todos los contrastes de las criaturas en un orden oculto, invisible para los profanos. Pertenece, pues, a la propia naturaleza de la función judicial esta necesidad de liberar al juez, en el momento del juicio, de todo aquello que podría distraer o nublar la serenidad de su mirada. El juez debe ser, sí, un hombre de su tiempo: pero no aquel que se llama Pascual y Gaetano, con el pelo crespo o calvo, que tiene sus tics y sus ambiciones, sus amigos

y sus proveedores, sino el hombre purificado de rencores y temores, por encima de las debilidades humanas y los partidismos, olvidado por un instante de los números de la doméstica contabilidad. Por eso, en otros países, los jueces, como símbolo de uniformidad, llevan peluca; por eso, entre nosotros, visten la toga, como para recordar, con la igualdad de su indumentaria, al margen de las modas que cambian, que la ley es eterna e igual para todos.

Esta necesidad de dar al juez una vestimenta representativa que sea el signo visible de su imparcialidad, se refleja en el hábito de los abogados, que deben vestir toga para poder dirigirse al juez de igual a igual, como pertenecientes al mismo orden. En efecto, pues, también en las leyes, es la toga del juez la que sirve de modelo a la del abogado, y no al revés.

Según el reglamento general judicial, el uniforme de los jueces está mucho más adornado y tiene mayor variedad que el de los defensores: en los actos solemnes, las togas de los magistrados de la Corte de Casación y de las de Apelación son rojas, destallantes de galones de oro, enriquecidas con bocamangas de terciopelo, forro de raso; y en la cima de la jerarquía judicial las togas tienen además colas y mucetas de armiño. Todo este lujo es ajeno a la toga de los abogados; pero, en definitiva, si se prescinde de estos hábitos de gala que salen de los guardarropas una vez al año, en la apertura de tribunales, el uniforme que ordinariamente llevan los jueces en la audiencia (su traje de faena, podría decirse) es similar en todo al de los abogados: jueces y abogados lejanos durante las ceremonias, se aproximan y se confunden en el trabajo. Si se comparan las disposiciones que regulan el uniforme de los jueces y las que regulan el de los abogados puede parecer que el primero es mucho más complicado, porque comprende dos indumen-

tos que no figuran en el guardarropa de los abogados: la *sotana* y el *cinturón*. Parece que la ley no tiene escrúpulos en dejar abierta la toga de los abogados, de modo que debajo de ella pueda verse el hábito civil, pero que, en cambio, quiere impedir rigurosamente que semejantes contaminaciones de lo sagrado con lo profano se produzcan en el caso de los jueces; y que con este fin impone, para impedir el paso a cualquier mirada indiscreta, la pantalla de la sotana, bien cerrada con el cinturón. Pero, en realidad, la sotana y el cinturón hace tiempo que, también entre los jueces, han caído en desuso. Así, los jueces y los abogados van aproximándose también en esta, no peligrosa, libertad en el vestir. A veces, tanto en unos como en los otros, el «ciudadano» se transparenta un tanto bajo la toga (y ya no es un desastre).

De este modo, lo mismo para los jueces que para los abogados, las piezas esenciales del uniforme se reducen a tres: la *toga*, la *corbata* y el *birrete*.

* * *

Liberado de todos los accesorios de ceremonia, el figurín se queda en un dibujo en blanco y negro: donde la nota blanca viene dada por ese tercer instrumento que ley llama «collar» para los jueces «corbata» para los abogados.

De las tres piezas, esta es la más gentil y amable: bastante más de lo que harían suponer las palabras con las que las leyes la tratan. Es, en efecto, algo más que un collar, si por collar se entiende, como los diccionarios enseñan, «la tira de cartón forrada de tela blanca, que los curas llevan en el cuello», o también, ¡Dios nos libre!, «la tira de cuero, con una hebilla, que se coloca en el cuello del perro o de otros animales»; pero es también algo mejor que una «corbata», fea palabra que no puede

ocultar su origen croata y que hace recordar a los prestamistas. No: el nombre apropiado de este pequeño ornamento, alma y luz de toda la vestimenta forense, es otro. Se llama pechera [*facciola*], o mejor, *las pecheras*, porque está formado por dos rectángulos superpuestos de tela almidonada, un poco divergentes en su parte baja, con la forma de dos paginitas (y es que, en origen, *facciola* significa la octava parte de un folio) que penden sobre el pecho, unidas al cuello por dos cintitas. También el juez de Manzoni está «envuelto en una amplia toga negra, todo negro, salvo un collar blanco con dos amplias pecheras»; y en el lenguaje corriente, para indicar que un abogado o un juez ha vestido el uniforme judicial, se usa decir que está «en pecheras»: o también, bromeando, «en barbillas».

La menos acertada, a mi juicio, de las tres piezas es, en cambio, el birrete, que, teniendo como antecedentes ciertos gorros de forma noble y soberbia –recuerdo que en el Ateneo de Pisa, cuando yo estudiaba allí, hace treinta años, los más viejos profesores todavía entraban en clase vistiendo la toga y con ciertos enormes botes galoñeados, una especie de sombreros de mago invertidos, en la cabeza– ha decaído hoy a una suerte de gorrito flojo y aplastado, con una borla sobre la coronilla, que, si no fuera por el color, parecería (dicho sea con todo el respeto) un algo intermedio entre la gorra de los marineros y la de los cocineros. Por eso, tengo la impresión de que la gran mayoría de los abogados no profesa mucha simpatía a este sombrero. Y de encontrarte por el pasillo del tribunal a un abogado con el birrete en la cabeza, podrás diagnosticar con toda tranquilidad: frío o calvicie.

* * *

Para el defensor, la toga no es solo el símbolo de la dignidad de su oficio: es

también el hábito de trabajo en el que se siente a gusto cuando tiene que abordar la fase más ardua de su quehacer, que es la audiencia pública. Puede que los profanos piensen que el abogado con toga sienta cierto embarazo bajo esa vestimenta representativa y pomposa, como le sucede a quien lleva un traje de ceremonia, que al ponérselo suspira porque llegue el momento de quitárselo. En cambio, como el pintor que viste el blusón o como el mecánico que para moverse con más libertad se endosa el mono, para el abogado revestir la toga es el modo de ponerse en libertad para su trabajo.

Quien no lo ha probado no puede entender el sentido de tranquilidad y equilibrio que da este hábito. Cubierto con esta pantalla, el hombre se siente agrandado y fortalecido: pierde su nombre y apellido, olvida sus defectos, hace callar a sus dudas y temores de la vigilia: se convierte simplemente en *un abogado*, que puede tratar de igual a igual a su contradictor sentado en el mismo banco, aunque bajo la toga que tiene enfrente se halle Vittorio Scialoja. Es más, el confort de la toga es tanto mayor (y me gustaría que los jóvenes pensasen en esto al inicio de la profesión) cuando más suscita en quien la endosa la conciencia de la propia modestia y de su inferioridad frente a un adversario de autoridad aplastante. La justicia es benévola con los defensores novicios, cuando son discretos: lo que cuenta es la dignidad del oficio, que es siempre igual y augusto, cualquiera que sea el valor personal de quien lo ejerce con humilde devoción.

Además, ese indumento da a quien lo viste tal sentido de superioridad y altura moral que lo pone en condiciones de ser resuelto y libre sin temor a represalias. La toga infunde ese estado de ánimo que tenía San Felipe Neri cuando iba pidiendo dinero para los pobres y que, a aquel mal-

criado que respondió a sus súplicas con una bofetada, supo decirle humildemente: «Esto es para mí; pero ahora dame la limosna para los hambrientos». Cuántas veces la invectiva que nos dirige el contradictor o incluso la pequeña descortesía del juez (sucede de vez en cuando) provocaría en quien la recibe una viva reacción, de no ser porque esa toga nos recuerda el bien del cliente y nos invita a silenciar los mezuquinos despechos personales, para servir a la causa de quien nos ha confiado su patrimonio, su honor, ¡quizá la vida! Hasta sucede, a veces, que el defensor reaccione a las intemperancias del adversario con otras intemperancias, pero estos arrebatos tienen siempre una excusa, porque no los inspira el pequeño livor egoísta, sino el cuidado del bien ajeno. Tal es la razón por la que el Código Penal e incluso el código caballeresco consideran que las ofensas proferidas en el calor de los debates judiciales están «cubiertas por la toga». Pero en ciertos momentos se necesita más coraje para permanecer calmos y fríos frente a la injuria que para responder del mismo modo, y es precisamente la toga la que da este coraje, por el bien de los demás. Tal es la actitud del altruismo consciente y decidido.

También en relación con los jueces la igualdad en el vestir tiene un significado: es que el interés de la justicia exige que el abogado se presente ante ellos, no como un inferior, sino como colaborador; y que, si el defensor tiene el deber de ser respetuoso y deferente hacia el juez que se sienta a mayor altura que él, este debe atender a la palabra del defensor que viste como él, sin bostezos y sin mirar el reloj. El temor reverencial, la timidez, el amor a la vida tranquila deben callar en el abogado cuando viste toga: esta es el salvoconducto que le confiere el deber de hablar claro ante los jueces, sin vacilaciones ni servilismos.

* * *

Con razón los abogados han considerado siempre un honor y un privilegio llevar toga; y en otros tiempos los estamentos forenses sostuvieron luchas memorables para conquistar o conservar este derecho.

Pero si entonces fue así, ¿por qué nuestra ley ha sentido la necesidad de advertir a los abogados que el uso de la toga es obligatorio «en las audiencias de los Tribunales y de las Cortes» y que «se procederá en vía disciplinaria contra quienes contravengan esta disposición? Y ¿por qué también recientemente el ministro de Justicia, Dino Grandi, con una circular de la que los periódicos han dado noticia, ha sentido la necesidad de lamentar que «la toga, signo del más alto prestigio y de la altísima función confiada a la Magistratura y a la Abogacía, no se luzca siempre con el debido decoro», y de recordar a los jueces su «obligación de vestirla durante la audiencia de la forma prescrita y de hacerla vestir con la misma decorosa dignidad al defensor?

La razón de este desafecto de los abogados por un hábito al que, por todo lo que significa, deberían sentirse celosamente unidos, hay que buscarla, sobre todo, en la imperfección de las leyes procesales hasta ahora vigentes.

Hubo un tiempo, hace cuarenta o cincuenta años, cuando, en las causas civiles, estaba en uso el procedimiento llamado «formal», en el que la toga tenía gran consideración. En tal procedimiento, los abogados debían intervenir en audiencia pública solo en la conclusión del proceso, es decir, en el momento de la discusión oral ante el tribunal; el trabajo preparatorio e instructorio y, sobre todo, el intercambio de los escritos redactados por los defensores, se producía fuera de la audiencia, en secretaría, sin solemnidad y sin toga.

Así, esta se vestía raramente, y con ello se mantenía el decoro de este indumento excepcional.

En aquellos tiempos el abogado novicio, en el momento de iniciar la profesión, encargaba como ajuar personal una toga a la medida, para ponérsela por primera vez en el acto de prestar juramento ante la Corte de Apelación. Casi siempre, era la madre o la novia quien se la cosía en casa y se la regalaba en ese día solemne: y esa toga lo acompañaba durante toda la vida, adquiriendo con el tiempo los signos plateados o dorados de la vejez, pero permaneciendo siempre la misma tela, bajo la que el abogado, hasta sus últimos años, seguía sintiendo sobre sus espaldas, cada vez más encorvadas, la augural caricia de las manos que la habían confeccionado. Todavía recuerdo la caja de nogal encerrado dentro de la que, cuando yo era niño, papá mantenía en reposo su traje de audiencia. Esta caja, normalmente, se tenía en casa, para que mamá, después de cada audiencia, pudiera almidonar las pecheras. Y, de tanto en tanto, por la mañana, temprano, se veía aparecer por casa el «joven del despacho» (normalmente era un viejo jubilado sin estudios) que venía a recoger la caja «para la vista». Esto quería decir que nosotros, los niños, debíamos estar más callados de lo normal, para no molestar a papá mientras, cerrado en su cuarto, se preparaba para el informe.

Entonces, los abogados se contentaban con pocas causas, una o dos al mes; pero sentían placer estudiándolas con gran amor, hojeando aquellos librotos antiguos que entonces se llamaban «los barbudos» [*i barboni*], y embelleciendo sus escritos con citas latinas y versos de Dante. Entonces, las conclusiones de las defensas estaban redactadas a mano, en bella caligrafía: y en lugar de esos caracteres mayúsculos prepotentes e intimidatorios, que hoy sa-

len de la de imprenta, como puñetazos dirigidos hacia el lector distraído, tenían, de vez en cuando, en rojo, en el margen de la página, una airosa manita, con el dedo apuntando los argumentos. Y cuando, después de cincuenta años de trabajo, el abogado podía comprarse una villita para su última vejez, le ponía nombre (como aún puede ver el que suba de San Domenico hacia Fiesole) «Villa Papiniano»...

Pero todo se estropeó en 1901 con la introducción del malhadado procedimiento «sumario», que parecía un progreso y fue una ruina: también responsable del descrédito en que cayó la toga. A partir de esta reforma, los abogados se vieron constreñidos a comparecer en la audiencia, no solo para discutir las causas, sino también, simplemente, para intercambiarse los escritos y solicitar la citación a otra audiencia, destinada a su vez a un nuevo intercambio y otra nueva citación. Así, con la multiplicación en cada proceso de estas inútiles comparecencias, las salas de justicia se llenaron con centenares de procuradores apiñados en torno a la mesa del presidente, con un alboroto infernal y en todo semejante al que escuchó Benvenuto Cellini «en la gran sala de París», cuando creyó haber encontrado en las palabras con las que el juez lugarteniente del Rey reprendía a los abogados vociferantes, la clave del verso de Dante: «La puerta de Satanás, la puerta de Satanás, ¡detente!».

Desde que, con la introducción del procedimiento sumario, la audiencia se convirtió en la sala de reunión de los abogados y, casi podría decirse, en su parlatorio y su mercado, estos dejaron de sentir la ambición de ponerse la toga para tan poco. Y, no obstante, ya que la ley seguía advirtiendo que la toga es siempre obligatoria en la audiencia, se difundió, como repliegue, para evitar a los profesionales el castigo de

andar todos los santos días a vueltas con la maleta de la ropa, el uso de las togas de alquiler. Así, en cada tribunal y cada corte, gestionada por los ujieres, se abrió una tienda, o sea, una chamarilería de togas, fabricadas en serie para todas las espaldas y todas las estaturas, a disposición de cualquier abogado o procurador que, por una pequeña propina, quisiera «entogarse» rápidamente durante los cinco minutos necesarios para la citación o para la «lectura de las conclusiones». En los primeros tiempos, estas togas de alquiler cumplían bien su papel; pero poco a poco, con los años, comenzaron a descubrir el gris y también, las peores el verde hiel; algunas, aparecían como chamuscadas en las costuras por el polvo de decenios, con los flecos pelados y el cuello encerado por los sudores generosos de cientos de nucas, semejaban, más que togas de abogados, gabardinas impermeables de viajeros de comercio o guardapolvos de pintor. Así, fatalmente, debía ocurrir que estas togas descoloridas y ajustadas no fueran llevadas con «el debido decoro»: se vio a defensores apresurados entrar en la audiencia sin pecheras, o con pecheras de color paja o gris perla, anudadas de cualquier manera o incluso giradas sobre la espalda. Se vio a un abogado bajito y obeso arrastrar por el corredor una larga toga de talla dos veces la suya, como un pollo enfermo que rozase el suelo con la punta de sus alas claudicantes; a otro, altísimo y flaco, con una toguita *alla bersagliera* que le cubría a medias y dejaba a la vista unas delgadísimas piernas de flamenco, como colgando de aquella especie de camisola ondeante. Pero he creído siempre que el colmo del escándalo fue la moda –difundida en ciertos tribunales, donde no había togas suficientes para atender todas las demandas– de tres o cuatro procuradores haciendo uso de una toga, alquilada en régimen de cooperativa

que, luego en la audiencia, durante la vista de las causas, se pasaban al vuelo de mano en mano, para vestirla uno tras otro, como en esos juegos de sociedad consistentes en lanzar el pañuelo a la señora más bella del grupo... Yo mismo, con estos ojos mortales, he visto una vez en la audiencia, a tres jóvenes procuradores hacerse pequeños para resguardarse bajo una única toga, como tres niños que fueran a la escuela bajo la misma capa...

Todo esto, hay que confesarlo, no contribuye al decoro de la función judicial. Pero, por fortuna, las cosas van a cambiar. La novedad más característica del nuevo Código Procesal Civil que entrará en vigor el próximo año, es la institución del juez instructor, ante el que se producirán con familiar simplicidad todos los actos preparatorios e instructorios del proceso, para los que, en el actual, los procuradores estaban constreñidos a abarrotar inútilmente las audiencias. Toda esta fase procesal ya no se desarrollará en la sala reservada a las audiencias colegiales, sino en el despacho del juez: jueces y defensores, sentados a la misma mesa, vestirán de civil, sin ceremonias ni solemnidades. Esta será la señal de un mayor acercamiento, de la estrecha colaboración entre abogados y jueces que el nuevo Código quiere favorecer; y dado que en este nuevo sistema las audiencias colegiales estarán exclusivamente destinadas a la discusión oral de las causas ya instruidas, también se restituirá a la toga su dignidad, porque recuperará su significado de vestimenta excepcional, reservada para el juicio ante el tribunal constituido para la decisión final.

* * *

¿Qué quiere decir vestir la toga «con el debido decoro»? ¿Cómo hacerlo «con decorosa dignidad»?

Como envoltura visible del decoro moral de la abogacía, que debe habitar en las conciencias, hay también un decoro estético que consiste, sobre todo, en saber llevar la toga. Ninguna norma escrita enseña a hacerlo: ni el *Galateo degli avvocati* de Moreno, ni el *Arte forense* de Domenico Giuriati ofrecen sugerencias al respecto. Pero creo que puede bastar lo que sobre el modo de vestirse se lee en general en el *Galateo* de Moseñor Della Casa: «quieren seguir siendo las ropas adecuadas y que le están bien a la persona».

Para estar bien a la persona, la toga no debe ser demasiado larga ni demasiado corta; pero, especialmente, tratándose de personas altas, es mejor exagerar la largura, hasta tocar el talón, como el traje talar del que se deriva: la toga que llega a la rodilla y que se puede confundir con la capita de los ujieres, es (puede decirse, confidencialmente, entre nosotros) más bien cómica. Para quedar bien necesita, sin excepciones, el complemento indispensable de las pecheras que, si no se quiere exagerar en ornamentos de encaje, deben sobre todo estar limpias (no es demasiado pedir) y bien planchadas; e ir bien pegadas al cuello, de modo que cubran en el punto justo la apertura de la toga, y no se vea salir fuera, junto a la nuca, el nudo de las cintas. No acierto a comprender lo que hacen ciertos abogados, incluso de los más elegantes y compuestos, para no sentirse mal cuando comparecen en la audiencia sin pecheras, de modo que por la apertura de la toga se ve la corbata verde con lunares blancos o el nudo de la pajarita de seda fantasía... Si tuviese que presentarme ante los jueces de esta guisa, me resultaría embarazoso, como quien, estando en un salón, se diera cuenta de tener los zapatos desparejados, uno amarillo y otro negro. Pero lo cierto es que he conocido abogados, incluso muy dignos, que han prescindido toda la vida de las pe-

cheras: «el baberito –decía uno– dejaré que me lo pongan cuando sea viejo y me den la papilla a cucharadas».

Para el que quiera llevar decorosamente la toga no es indiferente la forma y el color del traje que va debajo. Yo mismo asistí hace muchos años al desdén con que un presidente de Corte expulsó de la sala a un abogado que, en verano, se había puesto la toga encima de un magnífico terno de playa, de lino blanco; y tampoco me parecería entonado, bajo la toga, un traje de sport con calcetines altos o botas de caña...

Pero el decoro y la elegancia de la toga reside sobre todo en las mangas: el mismo efecto decorativo con que los *sinus* sabiamente compuestos de la toga romana acompañaban el gesto del orador, se obtiene en nuestras togas con el amplio abullonado de las mangas, recogidas a un lado por los cordones sujetos a los hombros. Pero es preciso que el efecto no lo estropee alguna falta de armonía de los brazos, como en el caso de que estos, en vez de cubiertos por las mangas de una chaqueta negra o muy oscura, se mostrasen revestidos solo de la camisa o, lo que es peor (como pude verlo, ¡ay de mí!, en una vista de apelación celebrada en el mes de julio), enteramente desnudos hasta la axila. Todavía siento el horror de aquellos bíceps gorditos cubiertos de una pelusa medio rubia, que salían gesticulando del negro de las mangas, como si fueran enormes pistilos emergiendo de monstruosas corolas.

La toga debe llevarse con compostura, sin enarbolarla con gestos demasiado encendidos, y sin creer que dejarla deslizarse por la espalda hasta los codos sea un signo de desenvoltura, cuando solo lo es de desaliño. En sustancia, el modo como el abogado lleva la toga es el índice de su oratoria o incluso de su carácter, y si quiere recabar respeto para ella, es preciso que

no acompañe la voluble docilidad de sus pliegues con gestos de charlatán o vociferaciones deregonero.

Nadie como Daumier, en la célebre serie de dibujos satíricos titulada *Le Gens de justice*, supo captar en las sinuosidades de las togas todo lo que de más sórdidamente «burgués» puede verse o sospecharse en los gestos de los leguleyos: los abogados y los jueces vistos por Daumier están todos embebidos de avidez, de egoísmo, de bajo cálculo y de engaño. Los pliegues con los que se envuelven en sus togas son sinuosos e insidiosos, como las vueltas de la serpiente; y tras de los brazos agitados del orador, las mangas revolotean como las alas del murciélago.

Pero el terrible Daumier, por una vez, quiso abandonar su sarcasmo, y sucedió que él, que estaba habituado a dedicar a los abogados las muestras más crudas de la irrisión y el menosprecio, fue a pintar de un modo inolvidable la epopeya de la toga. Se trata de una pequeña tela, de un tono oscuro, que representa el interior de un aula de justicia en el momento en que el defensor realiza su informe: detrás de él, se vislumbra apenas en la sombra, junto al gendarme, a la imputada que llora, con el rostro oculto entre las manos; ante él, al fondo, las cabezas de los jueces que escuchan. Pero en primer plano sobresale la figura del abogado: en pie, con el brazo derecho extendido hacia el tribunal, la mancha negra de aquella toga, enhiesta en actitud desafiante, llena el cuadro. El candor de las pecheras ilumina con pálidos reflejos la frente del orador. Pero toda la vida del lienzo se concentra en esa mano que emerge de los grandes pliegues colgantes, segura como una flecha, apuntando hacia el crucifijo. El cuadro se titula «El perdón»; pero podría titularse «La acusación» y el gesto sería igualmente apropiado. Es como si la esbelta figura que parece

salirse del marco demasiado pequeño de la particular vicisitud judicial, fuera el intérprete y vindicador de todas las criaturas que sufren injustamente y que se consuelan en la religiosa espera de la justicia: «*nil inultum remanebit*».

Por una vez, Daumier pintó a un abogado que no hace reír.

* * *

Quien entre en día de audiencia en la gran sala de las Secciones Unidas de la Corte de Casación encontrará allí, como agrupadas con un fin retrospectivo, las distintas versiones a través de las cuales, transitando milenios, nuestro traje judicial ha llegado a ser el que hoy vestimos. En las paredes de esta sala hay frescos romanos del tiempo de las XII Tablas, con sus togas sencillas y breves, y más allá están los ricos mantos usados muchos siglos más tarde, cuando Triboniano y sus colaboradores ofrecieron a Justiniano la obra de los *Digestos* ya concluida. Los magistrados vivos que se sientan hoy en esta aula y los abogados que debaten en ella –y son los más altos y más insignes de nuestro tiempo: en el cuadro reproducido se reconoce al primer presidente Mario d'Amelio, y en el fondo, en el banco de los abogados, la gallarda cabeza canosa del más prestigioso y juvenil de nuestros casacionistas, Vittorio Emanuele Orlando– visten hoy togas bastante distintas de las pintadas en las paredes: pero si los hábitos han cambiado, hay un camino ideal que las relaciona a través del tiempo con las pintadas. El sentido jurídico de humana y moderada sabiduría, el equilibrio alcanzado entre la dignidad individual y la solidaridad social, de la que ha nacido nuestra civilidad romana y cristiana, de la que nuestras togas son el símbolo fiel.

En este símbolo, los detalles de las modas variables pierden importancia: todo

abogado está dispuesto a regalar los galones y ornatos, con tal que le quede, aunque modesto y desnudo, esta alba negra, par de la blanca bata del médico. Símbolos ambos de caridad humana: austeras vestimentas de piedad hechas para llevar a los hombres la salud del cuerpo y del espíritu o también, cuando esto no sea posible, la esperanza y la ilusión que tienen su lugar y que pueden ser, también ellas, un consuelo igualmente precioso.

No creáis a los abogados cuando en los momentos de desaliento os digan que en el mundo no hay justicia. En el fondo de su corazón están convencidos de que es cierto lo contrario, que por fuerza debe ser cierto lo contrario; porque, por su cotidiana experiencia de las miserias humanas, saben que todos los afligidos esperan en la justicia, que todos tienen sed de ella y que todos ven en la toga el símbolo vigilante de esta esperanza.

En el atrio de la Corte de Apelación de Florencia una lápida colocada en 1918 conmemora a los abogados caídos en la guerra: «para que se salve la Patria / vencedora la justicia».

Estaban vestidos de un gris verdoso: pero si pienso en ellos, a distancia de veinte años, me parece verlos en toga, como si hubieran caído luciendo este uniforme, al que, como al de los soldados, no desdicen aquellas palabras.

Por eso amamos nuestra toga, por eso queremos que, cuando llegue el día, se coloque sobre nuestro féretro este trapo negro, con el que estamos encariñados porque sabemos que ha servido para enjugar alguna lágrima, para volver a levantar alguna frente injustamente humillada, para reprimir alguna opresión: y sobre todo para reavivar en los corazones humanos la fe en la victoria de la justicia, sin la que la vida no merece vivirse.

Juezas y Jueces *para la* Democracia

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

REVISTA JUECES PARA LA DEMOCRACIA. INFORMACIÓN Y DEBATE

Empresa: _____
Nombre: _____
Apellidos: _____
CIF / NIF: _____
Dirección: _____
Municipio: _____ C.P.: _____
Provincia: _____ País: _____
Teléfono : _____ Móvil : _____
E-mail: _____

Importe suscripción por un año natural (3 números)

España: 30 € Europa: 40 € Resto: 50 €

(Rellenar los siguientes datos y remitir a la dirección abajo indicada)

Forma de pago (marque la opción de pago que desee):

☐ **Datos de domiciliación bancaria (20 dígitos):**

BANCO OFICINA DC Nº CUENTA CORRIENTE
____/____/____ ____/____/____ ____/____ ____/____/____/____/____/____/____/____

☐ **Transferencia Bancaria a favor de Maxipack, S.L.:**

Cuenta número: ES88 2100 / 1913 / 12 / 0200049257

(Enviar justificante ingreso en Banco de Transferencia a e-mail suscripciones@maxipack.es)

☐ **Tarjeta de crédito:** ☐ **Visa** - ☐ **Mastercard**

Número tarjeta: _____

Fecha de caducidad: ____ ____ ____

Remitir Boletín de Suscripción a la siguiente dirección:

JUEZAS Y JUECES PARA LA DEMOCRACIA

Teléfono suscripciones: 682 01 28 84

E-mail: jpd@juecesdemocracia.es

Los datos que nos ha facilitado han sido incorporados a un fichero automatizado cuya titularidad y responsabilidad corresponde a Juezas y Jueces para la Democracia, que tomará las medidas necesarias para garantizar su seguridad y confidencialidad, usándolo para gestionar esta suscripción, así como para realizar comunicaciones. Usted puede ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en la dirección email datos@juecesdemocracia.es.

Inicio Asociación ▾ Actividades ▾ Actualidad ▾ Informes Publicaciones Buzón del juez/a Blogs ▾ Contacto Acceso área restringida Rincón del opositor/a

Suscríbete

Guía de estilo

per Juntos y Juntas para la Democracia | Ene 17, 2012 | Informático y Cultura, Publicaciones

JUECES para la DEMOCRACIA
diciembre 2021

Proteger las transformaciones del derecho público
a la ciudadanía

400 Series Steel
 400 Series stainless steel is a family of alloys that includes grades 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 689, 690, 691, 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 707, 708, 709, 710, 711, 712, 713, 714, 715, 716, 717, 718, 719, 720, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 774, 775, 776, 777, 778, 779, 780, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 822, 823, 824, 825, 826, 827, 828, 829, 830, 831, 832, 833, 834, 835, 836, 837, 838, 839, 840, 841, 842, 843, 844, 845, 846, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 853, 854, 855, 856, 857, 858, 859, 860, 861, 862, 863, 864, 865, 866, 867, 868, 869, 870, 871, 872, 873, 874, 875, 876, 877, 878, 879, 880, 881, 882, 883, 884, 885, 886, 887, 888, 889, 890, 891, 892, 893, 894, 895, 896, 897, 898, 899, 900, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 907, 908, 909, 910, 911, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 922, 923, 924, 925, 926, 927, 928, 929, 930, 931, 932, 933, 934, 935, 936, 937, 938, 939, 940, 941, 942, 943, 944, 945, 946, 947, 948, 949, 950, 951, 952, 953, 954, 955, 956, 957, 958, 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 971, 972, 973, 974, 975, 976, 977, 978, 979, 980, 981, 982, 983, 984, 985, 986, 987, 988, 989, 990, 991, 992, 993, 994, 995, 996, 997, 998, 999, 1000.

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Dr. phil. habil. Dr. med. Dr. phil. Dr. rer. oec.
 Dr. phil. habil. Dr. rer. oec. Dr. med. Dr. phil. Dr. rer. oec.
 Dr. phil. habil. Dr. rer. oec. Dr. med. Dr. phil. Dr. rer. oec.

João Manuel Mendes-Ferreira e Ana Margarida Lamas
Departamento de Matemática, Faculdade de Ciências da Universidade de Coimbra

Long-Term:
The right to marry and have children

Political Justice System:
The right to a fair trial and to be heard by a competent court

Marie José Fernandes-Figueiredo Mendes
Professora adjunta de estatística de nível superior

John A. Sweeney, Esq.
Co-Chairman, Board of Governors of Empire Insurance

Copyright © 2006 by John Wiley & Sons, Inc.

Fonte: *Barometro a Sondeo sobre la Elección presidencial*

de la perspectiva del Derecho Internacional,
de la consideración de los aspectos de la responsabilidad

la dictadura y la crisis en la democracia. Entrevista

«Un juez o escribano, en vistiendo las diligencias con las togas forenses, que todo lo tapan, tienen poco que temer. [...] Hasta ahora no he oído decir de un juez en la horca, ni de un escribano con la mano cortada, y he visto muchos jueces públicamente inicuos y muchos escribanos declaradamente falsarios. Las leyes, que tan severas se han mostrado con los infelices ladrones del dinero, parece han templado su ceño con los felices ladrones de los derechos y aun de la vida de los ciudadanos.»

*León de Arroyal,
Cartas político-económicas al Conde de Llerena [1841]*