

Título: *La relación del Poder Judicial con los medios de comunicación masiva y los grupos económicos. La garantía formal de independencia y su utilización como arma de acción política – La Guerra Jurídica o “lawfare”¹.*

Autores: Responsables; Guillermo Raúl Moreno, Fernando Maitini y Pablo Cabral. Colaboradores; Homero Bibiloni, Alejandro Medici, Lucio Vallefín, Dino Di Nella, Augusto Cattogio y José Maitini.

Referencia institucional: Línea de investigación del Centro de Investigación en Derecho Crítico - Jursoc/UNLP- (en trámite para su aprobación).

Resumen: En los últimos años estamos presenciando en nuestra región un extraño fenómeno que consiste en la utilización de sectores del poder judicial con fines claramente de persecución política. Para que ello sea posible se requiere no solo de jueces cómplices, sino también de medios masivos de comunicación que actúen coordinadamente con esos objetivos. Por todo lo expuesto, resulta necesario desarrollar líneas de investigación sobre la utilización del poder judicial como herramienta institucional con fines políticos, en donde bajo apariencias de respeto a la legalidad, y en muchos casos en una publicitada lucha contra la corrupción, se llevan adelante verdaderos linchamientos mediáticos contra dirigentes políticos o sociales.

I. Introducción: Los jueces y su rol en un Estado democrático.

En la organización institucional de nuestro país, el Poder Judicial es uno de los poderes del Estado. Está compuesto por una serie de órganos que integran una estructura vertical, en cuyo peldaño superior se encuentra el tribunal máximo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Como se advierte, la Constitución Nacional - siguiendo el modelo norteamericano – erigió un poder específico en su estructura estatal para cumplir la función judicial. Se suele sostener que de los tres poderes ideados por el constituyente, el judicial se nos presenta como el más débil, al no contar con las armas ni el tesoro. De allí que, como acertadamente se ha señalado, el peso político del Poder Judicial reside en el respeto adquirido frente a los demás poderes del Estado y en el prestigio que encuentre en una comunidad. Ese prestigio es producto de la justicia, prudencia y, sobre todo, de la imparcialidad de sus decisiones.

En un Estado democrático, la independencia del Poder Judicial es condición vital para su jerarquización e imparcialidad. Como bien se ha sostenido, los jueces deben estar libres de influencias, ya sean de los otros poderes, de la opinión pública, de factores o grupos de poder o presión.

La función de los magistrados adquiere tal relevancia como instrumento eficaz para asegurar el goce efectivo de la libertad, que la justicia debió estar presente en todos los tiempos y en todos los pueblos. Hacemos propia la afirmación de Joaquín V. GONZÁLEZ cuando señalaba que “ningún pueblo de la tierra ha gozado de libertad mientras no ha tenido asegurada su justicia”.

El Judicial es un poder complejo- integrado por varios órganos- compuesto, porque algunos Tribunales son colegiados, y jerárquico, pues la Constitución califica de “suprema” a la Corte. La función jurisdiccional es una tarea propia del Estado, ejercida por el Poder Judicial, independientemente de los restantes órganos de poder, en especial del presidente de la Nación e indelegable en los particulares. La creación de tribunales inferiores a la Corte suprema de carácter

¹ Ampliar en; Moreno, Guillermo R, “**El Poder Judicial como arma política. Sobre la intervención del partido justicialista en la República Argentina**”, publicado en ReDeA N° 7 –otoño 2018-, página 387 y sgtes, y en Cabral, Pablo Octavio; “**El poder judicial como herramienta institucional de participación ciudadana en el marco de la teoría de la democracia deliberativa**” publicado en la Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el mes de septiembre de 2008 (año 2, N° 2). También en el Protocolo de investigación: “**La Justicia Administrativa como herramienta para la efectivización de los derechos sociales reconocidos constitucionalmente en la Provincia de Buenos Aires**” publicado en la Revista de la Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo (ABDA) AÑO 1, N° ½, Enero/Agosto 2007. Extensión: 11 carillas (Pág. 29 a 39). En la misma línea el Proyecto de investigación, coordinado por Pablo O. Cabral y Guillermo R. Moreno, titulado “**Control y democracia en el Estado bonaerense. El principio de legalidad, la participación ciudadana y el control de la administración pública en el sistema constitucional de la provincia de Buenos Aires y su vinculación con las crisis económicas y de legitimación del poder político**”, integrante del Programa “A investigar se aprende investigando” del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Programa evaluado externamente y aprobado por el Consejo Académico de la UNLZ. Fecha de inicio 01/03/2005 y finalización 01/03/2007.

permanente constituye una obligación estatal en cabeza del Poder Legislativo para asegurar la garantía del juez natural.

El sistema jurídico argentino es tributario de dos tradiciones normativas:

1) Derecho Continental Codificado: El juez es percibido como la boca que pronuncia las palabras de la ley y debe, en consecuencia, resolver conflictos de interés aplicando y, sobre todo, interpretando las normas vigentes con particular deferencia a los motivos y voluntad del legislador. Esta tradición es particularmente fuerte en las llamadas materias de derecho común y codificado. Se considera al juez como un administrador, quien dispensa, entre las partes en controversia, la justicia ya contenida en las normas dictadas por el legislador en quién reside la soberanía popular.

2) Derecho Norteamericano: Se manifiesta en el diseño del poder que emerge de la Constitución Nacional –escrita, rígida y suprema- y en el cual el Judicial es designado y estructurado como uno de los poderes del Estado. El juez recrea el derecho por vía interpretativa, y se nutre de los precedentes. Además, y sobre todo cuando se trata de los magistrados de la Corte Suprema, expresa la última voz en materia de interpretación de la Constitución, ejerciendo el control de constitucionalidad. Sin duda, en este caso, el papel del juez es político en un doble sentido. En principio, porque al resolver conflictos de interés va desarrollando el derecho y a través de él, desplegando las relaciones sociales. En segundo término, porque al controlar la constitucionalidad del ordenamiento jurídico, toca a sus hacedores en lo que éstos expresan como decisión política general.

Como se sabe los jueces, en nuestro país, no son elegidos democráticamente, no los elige el pueblo soberano, sino que su nombramiento se produce mediante un procedimiento en el que intervienen el poder político (legislativo y ejecutivo) y, luego de la creación de los consejos de la magistratura, algunos grupos de interés (académicos, abogados, magistrados).

Roberto Gargarella dice que “En la mayoría de las democracias modernas aceptamos como un irremovible dato de la realidad que los jueces revisen lo actuado por el Poder Legislativo o Poder Ejecutivo y que, en caso de encontrar sus decisiones constitucionalmente cuestionables, las invaliden. Sin embargo, la decisión de dejar dicho extraordinario poder en manos de los jueces no resulta obvia o naturalmente aceptable. Menos aún en un sistema republicano democrático, en el que queremos que las decisiones que se tomen reflejen, del modo más adecuado posible, la voluntad mayoritaria.”

El poder judicial, siguiendo el modelo constitucional norteamericano, realiza un control difuso sobre la actividad legislativa, mediante la declaración, por parte de cualquier juez, de inconstitucionalidad de las leyes dictadas por el parlamento. Además, la justicia contencioso administrativa, existente a nivel federal como provincial, realiza un control de legalidad sobre la discrecionalidad de las decisiones tomadas por los poderes ejecutivos nacionales, provinciales y municipales.

Así se objeto en el marco del debate sobre los alcances del control judicial de la administración que los jueces deben respetar el papel constitucional que al poder ejecutivo le reserva el sistema político. Al describir este argumento, el catedrático español García de Enterría explica que: “Ese respeto es tanto más exigible en cuanto que, en el Estado democrático y social de Derecho en que estamos, quienes ejercitan esas funciones ostentan una legitimación popular, han sido colocados en sus puestos por el voto y con la confianza del pueblo para que gestionen sus intereses, lo que hacen en su nombre”. Si bien este autor se manifiesta en contra del gobierno de los jueces, su postura auspicia que el poder judicial revise la legalidad del actuar discrecional de la administración y garantice una tutela judicial efectiva a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

Si bien es cierto que el poder judicial tiene un origen contramayoritario o no democrático, lo que me interesa destacar es que en su seno se deciden políticas públicas institucionales mediante procedimientos deliberativos que constituyen verdaderas prácticas democráticas.

Este tipo de control judicial de la actividad legislativa y administrativa permite que el juez analice las decisiones tomadas por dichos poderes en ejercicio de las llamadas potestades discrecionales, a la luz de los argumentos expuestos por el particular que impugna la decisión y por el gobernante que la sostiene y que han sido ordenadamente discutidos en el proceso judicial desarrollado en sus estrados.

Los procedimientos judiciales se encuentran previamente regulados por ley, a través de los llamados códigos procesales, y permiten un dialogo entre las posturas de las partes arribando a una decisión que debe inclinarse por el mejor argumento, sin importar si tal decisión tiene el respaldo de las mayorías. Además existe la colaboración de técnicos (peritos), terceros (testigos y amicus curiae) y en algunos casos relevantes se pueden realizar audiencias públicas, dónde se escucha a todos los interesados.

Recientemente, con la nueva integración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN), el rol del Poder Judicial respecto de las otrora denominadas cuestiones políticas no justiciables, ha sido replanteado interviniendo el máximo tribunal en decisiones públicas de trascendencia cuya competencia le corresponde a los poderes políticos.

II. El Poder Judicial como un canal de participación democrática. El papel de la deliberación en los procesos judiciales.

Las teorías sobre la democracia deliberativa se constituyeron como una apuesta superadora de las primigenias y prácticamente irreplicables experiencias de la democracia directa y de las reales y generalizadas democracias representativas, hoy en crisis.

Expone Jon Elster que las diversas teorías que sostienen un modelo de democracia participativa, más allá de sus peculiaridades, coinciden en incluir, en la toma colectiva de las decisiones a todos los afectados por la decisión o por sus representantes y en sostener que tales decisiones se toman luego de escuchar los argumentos ofrecidos por y para los participantes que están comprometidos con los valores de racionalidad e imparcialidad.

Así sostiene este autor que el núcleo común de los autores más representativos de esta corriente de pensamiento, Rawls y Habermas, consiste en afirmar que la elección política se legitima al ser el resultado de una deliberación acerca de los fines entre agentes libres, iguales y racionales. Continúa explicando que; “cuando un grupo de individuos iguales tiene que tomar una decisión acerca de una cuestión que les concierne a todos, y cuando la distribución inicial de opiniones no obtiene consenso, pueden sortear el obstáculo de tres maneras diferentes: discutiendo, negociando o votando.”

Esta teoría, por su generalidad puede ser aplicada a cualquier decisión tomada por un grupo de personas atinente a una cuestión que les atañe a sus miembros, pero en el presente trabajo haré referencia a las decisiones que toma el Estado, en sentido lato, y que por su propia finalidad tienen como objetivo la satisfacción de un interés público de la comunidad a la que organiza jurídica y políticamente. Por decisiones públicas institucionalizadas entiendo aquellas manifestaciones de voluntad emitidas por el Poder Legislativo (Leyes), el Poder Ejecutivo (actos administrativos y reglamentos) y el Poder Judicial (sentencias y resoluciones que intervienen sobre decisiones estatales de los otros dos poderes- actos administrativos, reglamentos o leyes) que repercuten jurídicamente en los destinatarios directos e indirectos de tales medidas de gobierno.

El Poder Judicial, a pesar de no tener una legitimidad democrática de origen, tiene la potencialidad para posibilitar prácticas concretas de toma de decisiones mediante procedimientos propios de la democracia deliberativa.

El componente democrático de esta intervención está dado por la posibilidad que tiene cualquier ciudadano, sin importar su poder político o económico (siempre que funcionen bien los órganos estatales de asesoramiento y representación jurídica gratuita), de abrir la discusión en el ámbito judicial, acceder a la justicia, y exponer sus argumentos en contra o a favor de una determinada decisión pública institucional.

El componente deliberativo se encuentra, tanto en la estructura del propio proceso judicial, como en la realización de audiencias públicas donde no sólo participan las partes sino dónde también intervienen terceros, interesados y *amicus curiae*.

Refiere Habermas que la teoría discursiva, a diferencia de la concepción liberal y la republicana, entiende que los procedimientos y presupuestos comunicativos de la formación democrática de la opinión y de la voluntad funcionan como la más importantes exclusas para la racionalización discursiva de las decisiones de un gobierno y de una administración sujetos al derecho y a la ley.

A diferencia de las prácticas deliberativas que se desarrollan en el Poder Legislativo (En tanto órgano central del sistema representativo) en el procedimiento judicial las partes de la relación procesal se encuentran identificadas, los ciudadanos recuperan la palabra, hablan por sí mismos, libremente exponen sus argumentos, cuentan sus necesidades y exigen sus derechos, frente a la administración, en un pie de igualdad formal garantizado por el principio de igualdad de armas. Aquí no importa el peso político del accionante sino sus razones, no interesa si el reclamo proviene de un sector minoritario y excluido de la sociedad (presos, enfermos, minorías sexuales, desocupados, cartoneros, etc) lo que importa son sus argumentos, en fin, sus derechos.

En nuestro sistema representativo es difícil que estos grupos minoritarios encuentren la respuesta de aquellos candidatos a quienes votaron en la última elección y que, según reza nuestra constitución, los representan y gobiernan. La acción judicial es una estrategia más para que estas personas puedan decir presente e intervenir en la arena pública con una voz propia, recuperando así su identidad política y rompiendo el conjuro mágico de la representación. Pienso que aquel ciudadano que percibe que el Estado no está actuando correctamente, ya sea porque el accionar de la administración lesiona sus derechos o porque la omisión de ésta genera un incumplimiento de su obligación prestacional, y canaliza su disconformidad a través de la interposición de una acción judicial, está participando, de una forma racional y activamente, en la gestión de la cosa pública.

Es por intermedio del poder judicial, independiente del poder político, que el ciudadano obtiene alguna respuesta a su problema, inquietud o necesidad. Aún en el caso de no prosperar su demanda, el ciudadano obtiene una explicación argumentada y con fundamentos del rechazo a su pretensión, recreándose con cada acción judicial un modelo de acción comunicativa racional entre el particular y el Estado.

El juez que, a partir de dicha acción interpuesta por un particular, solicita un informe a la administración, le ordena que cumpla con las obligaciones por ella asumidas, anula un acto viciado en sus elementos, condena a indemnizar a un ciudadano, manda a prestar un servicio o le impone el cumplimiento de un plazo legal, está dando una respuesta positiva a la demanda del ciudadano y está ayudando al Estado a administrar mejor.

III. El uso de instrumentos jurídicos para fines de persecución política. La guerra jurídica "Lawfare".

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

Dan prueba de lo que estamos comentado la persecución judicial de la expresidenta argentina, Cristina Fernandez de Kirchner, la destitución de Dilma Rouseff en Brasil, Manuel Zelaya en Honduras o Fernando Lugo en Paraguay.

A los ejemplos mencionados debemos sumar el arresto del expresidente Ignacio Lula da Silva dispuesto por la justicia brasilera en un proceso plagado de irregularidades. La falta absoluta de imparcialidad de los magistrados intervinientes nos revela el sentido no jurídico, sino político de todas las actuaciones judiciales llevadas adelante en ese proceso. A ello debemos sumarle la fuerte campaña mediática desplegada en contra de Lula y, en palabras del maestro Luigi FERRAJOLI, la celeridad aplicada por la justicia “para llegar a la sentencia final lo antes posible y así, de acuerdo con la ley “Ficha limpia”, evitar que Lula, quien sigue siendo la figura más popular de Brasil, pudiera presentarse a las elecciones presidenciales del próximo mes de octubre. Esta es otra pesada interferencia judicial en la esfera política, que mina de raíz la credibilidad de la jurisdicción”.

Ahora bien, ¿cómo y dónde surge esta idea de un uso indebido de mecanismos y herramientas jurídicas con fines de persecución política, destrucción de imagen pública de dirigentes e incluso, como lo señalamos en el caso de Lula, inhabilitación de adversarios políticos?

A fines de la década de los 90 surge el término en ingles Lawfare, que lo podríamos traducir como “guerra legal” o “guerra jurídica”. Es decir, una táctica que consiste en utilizar la ley como arma de guerra.

El término apareció por primera vez en un trabajo del General de División retirado Charles Dunlap Jr., de la Fuerza Aérea de los Estados Unidos, en el año 2001 y desde ese momento se lo identifica con el uso abusivo de las leyes y sistemas judiciales para el logro de objetivos militares y políticos. Para el profesor Gregory P. Noone, Director del Programa de Seguridad Nacional e Inteligencia en Fairmont State University, la guerra jurídica es “un arma diseñada para destruir al enemigo mediante el uso, mal uso y abuso del sistema legal y los medios de comunicación para provocar protestas públicas contra ese enemigo”

Es de lamentar que, maniobras como éstas bajo apariencias de legalidad y de justicia lesionen seriamente la calidad democrática en nuestros países.

El principio de no judiciabilidad de las cuestiones políticas, desde su origen jurisprudencial en el precedente “Cullen c/Llerena” de la CSJN, siempre se refirió al control de legalidad en sentido amplio (constitucionalidad).

Una derivación de este principio es aquel que aplica el concepto de imposibilidad de control sólo a la actividad administrativa, limitando la revisión que el poder judicial pudiera realizar a los llamados actos de gobierno o actos institucionales (Cassagne). Tampoco pueden ser revisados los aspectos no reglados o discrecionales de la actuación administrativa (oportunidad, mérito o conveniencia).

Estas tres líneas jurisprudenciales, adaptadas cada una a diferentes manifestaciones de la voluntad de los poderes políticos constituidos (poder legislativo y poder ejecutivo), mantienen una indemnidad respecto de su legalidad, eximiéndolos de su revisión por parte del poder judicial.

Por ello, respecto de estas decisiones esencialmente políticas, adoptadas por órganos de la administración pública o por el Congreso, son irrevisables y por lo tanto, legales (más allá de la presunción de legalidad de la actuación administrativa prevista legislativamente).

Ahora, si entendemos que estos procesos se iniciaron y tramitan dentro de la justicia penal, y lo que se pretende sancionar es la conducta de los funcionarios que emitieron u ordenaron la emisión de dichos actos administrativos –imputables al Estado-, es razonable exigir que la justicia tenga acreditada la premisa que prevé la aplicación del tipo penal en cuestión, y que no es otra cosa que la declaración de ilegitimidad formal de las políticas (manifestadas en actos administrativos formales).